
DISCUSIONES 21

1 - 2018

CULTURAS PROCESALES:
EL JUICIO ABREVIADO



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Directores

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Federico Arena (CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)
Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)
Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)
Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)
Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)
Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)
Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Paul Hathazy (CONICET)
Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)
Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)
Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Laura Manrique (CONICET)
Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)
Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)
José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)
Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)
Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)
Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)
Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)
Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)
Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)
Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)
Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)
Sección Discusiones: Cortes
Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido
Sección Discusiones: Libros
Responsable: Pau Luque Sánchez
Sección Discusiones: Balance
Responsable: Diego Dei Vecchi

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES 21

1 - 2018

CULTURAS PROCESALES: EL JUICIO ABREVIADO



ANTONELLA DONNES

(Editora)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

- De los trasplantes a las traducciones legales: Introducción a la tesis de la no-Americanización en Langer. *From Transplants to Legal Translations: An Introduction to Langer's Non-Americanization Thesis* 9
ANTONELLA DONNES (*Universidad Nacional de Buenos Aires*)
- De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la “americanización” en el proceso penal. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*..... 25
MÁXIMO LANGER (*University of California Los Angeles, Estados Unidos*)
- La no-americanización del proceso penal continental europeo: Del trasplante a la traducción jurídica en Langer. *The Non-Americanization of the Continental European Criminal Process: From Transplants to Legal Translations in Langer* 135
LORENA BACHMAIER (*Universidad Complutense de Madrid, España*)
- Observaciones a “De los trasplantes legales a las traducciones legales...” de Máximo Langer. *Remarks on “From Legal Transplants to Legal Translation:...” by Máximo Langer* 165
ARMIN ENGLÄNDER (*Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemania*)

Mecanismos negociados de resolución de conflictos penales en Chile y Alemania: Una aproximación pragmática. <i>Negotiated Mechanisms for the Resolution of Criminal Disputes in Chile and Germany: A Pragmatic Approach ...</i>	185
CARLOS CORREA ROBLES (<i>Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile</i>)	

Quince años después: traducciones legales, globalización del <i>plea bargaining</i> y americanización del proceso penal. <i>Fifteen Years After: Legal Translations, Globalization of Plea Bargaining and Americanization of Criminal Procedure</i>	213
MÁXIMO LANGER (<i>University of California Los Angeles, Estados Unidos</i>)	

SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

La protección de la privacidad en la jurisprudencia chilena reciente. <i>The Protection of Privacy in Recent Chilean Judicial Rulings</i>	235
RODRIGO P. CORREA G. (<i>Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile</i>)	

SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

¿Por quién doblan las campanas del Derecho? Sobre la exclusión jurídica y sociopolítica de los inmigrantes indocumentados. <i>For Whom the Law Tolls? On the Legal and Socio-Political Exclusion of Undocumented Immigrants</i>	267
MATIJA ŽGUR (<i>Università di Roma Tre, Italia</i>)	

SECCIÓN IV: BALANCE DE UNA DISCUSIÓN

Sobre cheques y normas penales en conflicto. Balance de Discusiones 9 (2009). <i>On Checks and Conflicting Criminal Norms. Taking Stock of Discusiones 9 (2009)</i>	323
SANTIAGO ROLDÁN (<i>Universidad de Buenos Aires</i>)	

Instrucciones para las/los autoras/autores	359
--	-----

NOTA PRELIMINAR

A partir de este número *Discusiones* comienza un período de modificaciones. Se cambiará el Director, el Consejo Editorial y algunos aspectos del formato. En los próximos números asumirá la dirección Federico Arena, junto a una nueva serie de académicas y académicos. Esta nueva generación continuará la empresa de la revista, a medio camino entre profesional y artesanal. La revista *Discusiones* es una muestra notable de cooperación y colaboración colectiva y pública. Esta revista no sería posible sin el apoyo de la Universidad Nacional del Sur, de EdiUns, del Departamento de Derecho y de una red vastísima de profesionales relacionados con la educación e investigación pública argentina y del exterior. Cada número supone la colaboración de más de 15 personas si han de sumarse las autoras y autores, quienes dirigen las secciones, quienes corrigen, editan y quienes evalúan o realizan dictámenes. Las y los integrantes del Comité han prestado una importante ayuda con sus sugerencias y observaciones. Personalmente quiero agradecer a Pamela Tolosa, Sebastián Arruiz, Andrés Bouzat, Daniela Domeniconi, Samanta Funes, Federico Arena, Paula Gaido, Sebastián Elías, Rodrigo Sánchez Brígido, Pau Luque y Diego Dei Vecchi por la colaboración desinteresada y todo el trabajo amable, cooperativo y gratuito. Sin la colaboración de semejante masa crítica esta revista no vería la luz ni el papel.

HERNÁN G. BOUVIER

Sección I
Discusión

INTRODUCCIÓN

De los trasplantes a las traducciones legales: Introducción a la tesis de la no-Americanización en Langer

*From Transplants to Legal Translations:
An Introduction to Langer's Non-Americanization Thesis*

Antonella Donnes*

Recepción y evaluación de propuesta: 2/5/18

Aceptación: 2/6/18

Recepción y aceptación final: 9/4/2019

Resumen: En lo que constituye el núcleo central de esta *Discusión*, Máximo Langer nos sumerge en el mundo del derecho comparado y nos invita a reflexionar sobre las influencias y relaciones entre distintos sistemas en el ámbito del derecho procesal penal. Las recientes reformas de corte acusatorio implementadas en los sistemas procesales continentales europeos y latinoamericanos sugieren una “americanización” del proceso penal en tales países. No obstante, Langer se propone ir más allá de las apariencias y refutar esta idea mediante un análisis del modo en que ha sido introducido el instituto estadounidense del *plea bargaining* en cuatro jurisdicciones representativas de la tradición continental europea y latinoamericana. Bachmaier, Correa Robles y Engländer evalúan la posición presentada y enriquecen el debate desde las perspectivas de sus países de origen.

Palabras clave: Plea bargaining, justicia negociada, proceso penal, sistema inquisitivo, sistema acusatorio, trasplante legal, traducción legal.

* Abogada, Profesora de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina.
Correo electrónico: donnes@estudio.name

Abstract: Regarding the core of this discussion, Máximo Langer immerses us into the world of comparative law and invites us to reflect on the influences and relationships between the different systems in the field of criminal procedure. The new accusatory reforms implemented in the European and Latin American continental procedural systems may imply an Americanization of the criminal process in such countries. However, Langer intends to go beyond appearances and refute this thesis through an analysis of how the U.S.'s institute of plea bargaining has been introduced in four jurisdictions representative of the continental European and Latin American tradition. Bachmaier, Correa Robles and Engländer critically evaluate the position and enrich the debate from the perspectives of their countries of origin.

Keywords: Plea bargaining, negotiated justice, criminal process, inquisitorial system, adversarial system, legal transplant, legal translation.

1. Introducción

En lo que constituye el núcleo central de esta *Discusión*, Máximo Langer nos sumerge en el mundo del derecho comparado y nos invita a reflexionar sobre las influencias y relaciones entre distintos sistemas en el ámbito del derecho procesal penal. En un mundo globalizado la interacción entre diversos sistemas jurídicos resulta cada vez más intensa, las fronteras parecen haberse vuelto más tenues y el proceso penal no escapa a este fenómeno. En este marco, son numerosos los institutos y las soluciones estadounidenses que han sido importadas en distintas jurisdicciones europeas y latinoamericanas: la justicia negociada típica del pragmatismo estadounidense brinda un claro ejemplo. Aun así, cabe preguntarse si ello implica una “americanización” de los sistemas procesales referidos, o si, por el contrario, éstos han sabido conservar sus notas más características.

En este riguroso y exhaustivo trabajo, Langer polemiza contra la tesis de la “americanización” del proceso penal según la cual un número importante de sistemas legales gradualmente podrían imitar o parecerse al sistema legal estadounidense. Sin negar la influencia en el mundo de este último en los ámbitos más diversos del derecho, rápidamente prevé contra dicha

tesis mediante un análisis del modo en que ha sido introducido el instituto estadounidense del *plea bargaining* en cuatro países de tradición continental europea y latinoamericana —Alemania, Italia, Francia y Argentina—.

El *plea bargaining* es un mecanismo procesal estadounidense a través del cual la fiscalía y la defensa pueden alcanzar un acuerdo sujeto a la aprobación de un tribunal en el marco de un proceso penal. El término suele traducirse al español como “acuerdo de culpabilidad negociado”. Éste generalmente consiste en que el acusado se declara culpable de uno o más delitos a cambio de algunas concesiones: la fiscalía desestima otros cargos, o bien acepta que el acusado se declare culpable de un delito menor. De esta manera, el acusado evita su sujeción al juicio tradicional.

Luego de reconocer la influencia que ha tenido el *plea bargaining* estadounidense en estas cuatro jurisdicciones, Langer pone en evidencia las diferencias —incluso sustanciales— con el modelo estadounidense que la importación del instituto ha presentado en cada uno de esos países, lo que mostraría que lejos se está de que tal influencia esté efectivamente recreando la práctica estadounidense en otros sistemas legales.

A su turno, Lorena Bachmaier, Carlos Correa Robles y Armin Engländer enriquecen el debate desde las perspectivas de sus propios países. Ellos pertenecen a jurisdicciones que comparten una misma tradición (continental europea y latinoamericana)¹ que es aquella analizada en el trabajo central. De esta manera, contribuyen a la *Discusión* munidos de las experiencias legales de sus países de origen. Así, junto a la evaluación de la tesis de no-americanización presentada por Langer, la búsqueda de una metáfora que logre captar adecuadamente el fenómeno de la importación de prácticas legales extranjeras y el acierto o desacierto de las reformas analizadas resultan ser los puntos centrales de sus contribuciones.

2. Sistema inquisitivo y adversarial: reconceptualización

La temática analizada obliga a abordar diversas cuestiones preliminares. Y es que el interrogante planteado en torno a una posible americanización del

¹ Bachmaier por España, Correa Robles por Chile y Engländer por Alemania.

proceso penal en sistemas de tradición continental europea y latinoamericana conlleva la necesidad de establecer un marco conceptual que permita definir las características típicas del sistema procesal penal estadounidense —históricamente caracterizado como sistema acusatorio— por contraposición al sistema procesal penal de Europa continental y Latinoamérica —considerado un sistema inquisitivo—.

Ahora bien, la caracterización de estos sistemas no ha sido una tarea sencilla y aún hoy continúa suscitando interés y controversia. Ya en el siglo XII se utilizaba esta dicotomía para distinguir un proceso que requería el impulso de una parte para ponerse en marcha (*processus per accusationem*), de un proceso que podía iniciarse en su ausencia (*processus per inquisitionem*)². En tiempos modernos generalmente se ha sostenido que el rasgo diferencial entre el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio y el inquisitivo obedece al modo en que se organizan los poderes ejercidos en el proceso. Así, la característica fundamental del sistema acusatorio residiría en la división de los poderes ejercidos en el proceso entre acusador, imputado y tribunal, mientras que la nota característica del sistema inquisitivo estaría dada por la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor³.

Como lo ha hecho ya en otra ocasión⁴, Langer se propone aquí echar luz sobre las diferencias entre el sistema penal acusatorio y el sistema penal inquisitivo⁵ a través de un análisis centrado en ciertos rasgos determinantes

² Damaska, M. R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 12.

³ Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, pp. 416-421.

⁴ Langer, M., “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona: Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado”, en Maier, J. B. J. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 97-133. Véase también Carrió A., *El enjuiciamiento penal en la argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Eudeba, 1990.

⁵ Cabe reiterar aquí la doble advertencia que realiza el autor desde el inicio del texto en el sentido de que por un lado, las expresiones “sistema acusatorio” y “sistema inquisitivo” son utilizadas como categorías meramente descriptivas y no como tipos ideales normativos; y de que, por el otro, no se pretende adoptar a través de ellas ningún tipo de connotación política o cultural, tal como ocurre con la tradicional asociación entre sistema acusatorio e inquisitivo y concepciones liberales o autoritarias del proceso penal, respectivamente.

que la doctrina suele pasar por alto. En una descripción esencialmente compartida por los discutidores de su trabajo, explica que estas categorías no deben ser entendidas (o no sólo) como dos formas distintas de distribuir el poder y las responsabilidades entre los principales actores del proceso penal, sino más bien como dos culturas procesales distintas: a una la identificará con el “modelo de la disputa” y a la otra con el “modelo de la investigación oficial”.

Este marco teórico brindará las bases para comprender los efectos que genera el traslado de un instituto propio de un sistema al otro, a la vez que le permitirá a los contribuidores de esta *Discusión* evaluar si es o no cierto que, tal como se sostiene desde ciertos sectores, la adopción del *plea bargaining* estadounidense en los sistemas procesales europeos y latinoamericanos referidos ha desencadenado un avance de éstos en dirección al sistema acusatorio (tesis fuerte de la “americanización”).

3. Sobre trasplantes, traducciones y otras metáforas

A la hora de analizar lo que ocurre cuando ideas o instituciones legales son transferidas desde un sistema legal a otro, la metáfora muy difundida y algo rígida del “trasplante legal” no lograría captar las transformaciones que tales ideas e instituciones pueden sufrir en el proceso de adaptación, ni tampoco las que dicho fenómeno puede generar en el sistema legal receptor. En efecto, ese *legal borrowing* no se agota en una mera reproducción del elemento foráneo en el sistema receptor, sino que implica necesariamente una transformación del instituto importado para adaptarlo al contexto jurídico e institucional en el que se inserta.

De allí la propuesta de Langer de la “traducción legal” como metáfora para comprender el fenómeno de la importación de prácticas legales extranjeras. Así pues, la práctica legal transferida (en este caso el *plea bargaining*) puede ser entendida como el texto que ha sido traducido de un idioma —el sistema acusatorio estadounidense— a otro idioma —los sistemas inquisitivos de Alemania, Italia, Argentina y Francia—. El objetivo de Langer es precisamente poner al descubierto el modo en el que la men-

cionada importación se ha adaptado a los principios del modelo inquisitivo existente. Por lo demás, el enfoque de Langer presupone que la “americanización” no es un juego a todo o nada, en la medida en que las prácticas del sistema legal receptor pueden moverse en dirección del sistema estadounidense en un determinado nivel de procedimiento pero no en otro. Ello explica también su preferencia por la metáfora de la traducción legal como herramienta heurística superadora para captar esta realidad.

Sus discutidores, sin embargo, no se muestran tan convencidos. Ellos advierten, por un lado, acerca de la sobrevalorización de la potencia heurística de la metáfora propuesta por Langer. Por el otro, proponen una revalorización de la metáfora del “trasplante legal”, cuya difusión debemos a Alan Watson. Así, Lorena Bachmaier, quien comparte casi por completo el análisis y la conclusión de la obra de Langer, en este punto no advierte una contradicción, sino una mera diferencia de enfoques entre ambos autores. En otras palabras, Watson no niega lo que Langer enfatiza. A su vez, Bachmaier extiende el análisis más allá, al retomar diversos enfoques que han querido constatar que el proceso penal europeo no sólo no se ha “americanizado”, sino que incluso se ha “inmunizado” frente a la influencia estadounidense. Así, fórmulas de consenso y otros institutos típicamente adversariales habrían actuado como vacunas en los sistemas receptores. Ingeniosamente, la autora termina por sugerir que esta idea de inoculación subyace de algún modo también al trabajo de Langer.

4. ¿*Plea Bargaining* como Caballo de Troya?

En lo que resulta ser el núcleo del trabajo, Langer comienza por exponer cuáles han sido los fenómenos que han dado lugar a la llamada “tesis fuerte de la americanización”. Así pues, explica que en las últimas tres décadas, un gran número de países de Europa continental y Latinoamérica introdujeron reformas de corte acusatorio en sus sistemas típicamente inquisitivos. También los demás autores reconocen que el viejo sistema inquisitivo poco a poco ha comenzado a transitar hacia caminos que antes parecían vetados, aunque el análisis de las causas de este proceso no parece ser uniforme.

Especial relevancia cobra en este contexto la progresiva incorporación de diversos mecanismos consensuales inspirados en el *plea bargaining*. La elección por parte de Máximo Langer de este instituto como objeto de análisis luce más que acertada. En efecto, pocas prácticas resultan más características del sistema acusatorio estadounidense por contraposición al inquisitivo continental —al menos en el sentido en que son definidos a lo largo del texto⁶—en tanto a través de él el acusado al declararse culpable (“*guilty plea*”) puede poner fin a la etapa de la determinación de la culpabilidad o inocencia y las partes —los verdaderos dueños del proceso—, mediante una negociación, alcanzar un acuerdo que no necesariamente reflejará la verdad de lo ocurrido y que un órgano decisor pasivo no tendría por qué rechazar. El *plea bargaining*, de hecho, parece incompatible con un sistema en el que no existe el concepto de declaración de culpabilidad, en donde el fiscal posee una discrecionalidad mucho más limitada para decidir qué casos habrá de perseguir, en donde la verdad es concebida en términos más absolutos, y en donde los jueces no suelen sentirse vinculados por las peticiones de las partes en cuanto a la pena que habrán de imponer.

No obstante esta aparente incompatibilidad, Langer explica que existe un gran número de países continental europeos y latinoamericanos que recientemente han traducido este mecanismo en sus procedimientos. Esto de por sí parece suficiente, a juicio del autor, para confirmar la tesis “débil” de la americanización. Pero además, podría pensarse que si los referidos países tradujeran este mecanismo fielmente, entonces se produciría un profundo cuestionamiento de las bases del sistema inquisitivo, y fiscalía y defensa comenzarían a sentirse partes en una disputa, mientras que el juez comenzaría a percibirse a sí mismo como un mero árbitro (tesis “fuerte” de

⁶ Efectúo esta aclaración puesto que algunos autores sostienen que el *plea bargaining* no resulta ser un instituto representativo del sistema acusatorio, sino más bien lo contrario, ver p. ej., Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2014, p. 748 y Anitua, G. I., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales latinoamericanas”, en *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2014, p. 200 y ss. Sin embargo, es probable que ello obedezca al entendimiento de dicho sistema como un modelo puro, mientras que, como ya se ha dicho, Langer lo utiliza aquí como mera categoría descriptiva. Sobre las razones de la paradoja que implica rechazar este instituto propio del derecho anglosajón bajo la calificación del procedimiento como inquisitivo véase Langer, M., *op. cit.*, pp. 109-111.

la americanización). De este modo, el *plea bargaining* sería algo así como “un Caballo de Troya con el potencial de introducir, escondido en su interior, la lógica del sistema acusatorio en el inquisitivo”⁷.

A través del estudio de la legislación y la práctica jurídica de los países considerados, la propuesta de Langer persigue comprobar que la versión fuerte de la tesis de americanización es inaplicable, o, al menos, demasiado simplista. Parece, cuanto menos inverosímil que una única reforma de inspiración estadounidense tenga el poder de lograr que los actores de los procesos penales abandonen sus resabios inquisitivos. Esto mismo es evidenciado por Carlos Correa Robles, quien presenta las tensiones que ha generado la introducción de los acuerdos y destaca acabadamente los resguardos del legislador alemán y del legislador chileno a fin de mantener vigentes ciertos principios estructurales del proceso tradicional.

Entonces, lo que se habría modificado es en realidad el *plea bargaining*, que ha sido “traducido” para que pueda subsistir en el modelo receptor. Ello, a su vez, habría traído aparejado el efecto de fragmentación y divergencia en jurisdicciones que solían compartir una cultura procesal similar. Es precisamente respecto del modelo de la investigación oficial que las cuatro jurisdicciones analizadas estarían comenzando a diferir.

5. Las razones de la ¿resistencia?

Tal vez valga la pena indagar acerca de las razones que se esconden detrás del fenómeno de la no-americanización (en su versión fuerte), si es que se comparte la tesis de Langer. Así, las diferencias estructurales entre el modelo acusatorio penal estadounidense por un lado, y el inquisitivo continental europeo y latinoamericano por el otro, a juicio del autor son tan profundas que hacen poco probable que reformas individuales inspiradas en modelos estadounidenses empujen esos procesos penales inquisitivos

⁷ Ver punto V en Langer, M., “De los trasplantes legales a las traducciones legales...”, en *Discusiones*, en este número.

sustancialmente en la dirección del sistema acusatorio⁸. Esta diferencia en la cultura jurídica de tales países —“estructuras de interpretación y sentido inquisitivas preexistentes”— constituiría el factor principal que ha obstaculizado la aparente “americanización”. Otras veces la resistencia local encontrada ante la reforma entre los diversos actores del proceso penal, o incluso la desconfianza de los propios impulsores de la importación han tenido un rol fundamental para neutralizar el riesgo de americanización. Y es que la introducción del *plea bargaining* lógicamente pudo ser visto como una amenaza al poder tradicional asegurado en un modelo inquisitivo. Pero además, quizá sea posible pensar en la preocupación de los riesgos que tales negociaciones podrían implicar en términos de debido proceso⁹.

El análisis anterior, sin embargo, nos compromete con una asunción que puede no estar libre de objeciones. ¿En qué medida se puede afirmar que la incorporación del juicio abreviado es verdaderamente una consecuencia de la influencia estadounidense en los modelos analizados? Es esto lo que Engländer pretende cuestionar, al indagar sobre los factores que habrían sido relevantes para la formación y proliferación del juicio abreviado en Alemania. El análisis propuesto por el autor parece com-

⁸ Si se piensa, tan sólo como ejemplo, en la introducción en el sistema procesal penal argentino de otra figura típica del pragmatismo estadounidense como es la del imputado “arrepentido” o colaborador (consolidada definitivamente por la Ley 27.304, B.O. 2/11/2016), se advierte que ella tampoco parece haber modificado el paradigma predominantemente inquisitivo, pues, pese a que tanto en el caso estadounidense como en el argentino el instituto constituye un incentivo para fines externos al proceso penal (p. ej., desbaratamiento de organizaciones criminales, protección de la competencia y del mercado, etc.), la práctica argentina parece sugerir que el instituto no es concebido como una negociación entre el imputado y la fiscalía, sino más bien como un beneficio que se le otorga al imputado, quien puede obtener la reducción de la escala penal a cambio de la “confesión” y la “colaboración” en la investigación oficial de los hechos.

⁹ Para una mirada crítica de los acuerdos en este sentido, además de la bibliografía señalada por Langer véase: en Alemania, Volk, K., *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 393-398 y Huber, B., “Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán”, *Revista Penal*, 22, 2008, pp. 43-49, disponible también en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2666898>; en Italia, Ferrajoli, L., *op. cit.*, pp. 737 y ss., 747 y ss. y 76; en Argentina, Anitua, G. I., *op. cit.*, pp. 187-210 y “El juicio penal abreviado como uno de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva” en Maier, J. B. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 137-160.

partir la tesis principal de Langer (negación de la tesis “fuerte”) al poner de relieve que el desarrollo que ha tenido el *plea bargaining* en Alemania desde la fecha de publicación del trabajo de Langer ha estado guiado por la máxima inquisitiva de obligación de la averiguación de la verdad, incluso como imperativo constitucional. Tras ello, sin embargo, Engländer ataca una de las premisas sobre las que se apoya esta tesis: la idea según la cual el desarrollo del procedimiento abreviado en Alemania puede reconducirse a la influencia del modelo estadounidense. De este modo, en la visión de Engländer incluso la tesis débil de la americanización queda sin sustento alguno. En este contexto, no es posible pasar por alto las observaciones de dos de los discutidores de este número, quienes señalan que en las jurisdicciones analizadas la importación de estas soluciones procesales negociadas constituyó una respuesta pragmática frente al aumento de la cantidad de casos penales en sistemas que resultaban directamente inviables, antes que una consecuencia de una profunda influencia cultural del sistema estadounidense. Si esto es correcto, entonces cabe preguntarse: ¿tiene sentido hablar de resistencia?

6. Algunos interrogantes finales

El trabajo de Máximo Langer demuestra un conocimiento cabal de los sistemas estudiados y un análisis de un grado de rigurosidad pocas veces visto. En este sentido, resulta dificultoso siquiera aproximar una evaluación crítica o novedosa de la cuestión planteada. El autor logra superar todo examen superficial que podría indicar que, al importar instituciones propias del proceso penal estadounidense, el proceso penal continental y latinoamericano se ha americanizado necesariamente. Y no se detiene allí, sino que además analiza el efecto paradigmático que la influencia estadounidense ha generado en los sistemas receptores.

Tal como correctamente subraya Bachmaier, el trabajo de Langer no propone una evaluación del éxito o fracaso, ni de la conveniencia o no de la incorporación de estas formas de justicia negociada en las jurisdicciones examinadas. Su objetivo es analizar el impacto y los efectos de este

fenómeno: el modo en que ha sido recepcionado el *plea bargaining* con prescindencia de aquella dicotomía. También Engländer se coloca en esta línea para el caso de Alemania. En ello se distancia de los otros discutidores, quienes en mayor o menor medida realizan un juicio de valor del instituto en sí. Correa Robles, por ejemplo, no oculta su preocupación por las tensiones que suscita la incorporación del *plea bargaining* en relación con las garantías del debido proceso, y, a través de una comparación de costos y beneficios, analiza el acierto de las reformas alemanas y chilenas desde una mirada crítica y escéptica. Más optimista, en cambio, es la visión de Bachmaier en relación con la incorporación de estas fórmulas de consenso en el sistema europeo, sobre todo en términos de eficiencia, pero también desde la perspectiva de las garantías fundamentales del acusado. De este modo, sus discutidores logran, en un diálogo constante con Langer, extender aún más el análisis e incluso cuestionar algunas premisas que subyacen a la tesis y al trabajo principal de este volumen.

Para finalizar, solamente agregaré unos comentarios y plantearé algunos interrogantes que la lectura de esta *Discusión* me ha suscitado. En primer lugar, y focalizando la atención una vez más sobre el uso de metáforas, comparto con Langer que la metáfora de la traducción legal resulta superadora de la tradicional puesto que logra captar de forma más clara el proceso de transformación de prácticas e instituciones legales al ser trasladadas a otros sistemas (el “texto” debe ser adaptado al “idioma” receptor y allí se juega el proceso legislativo de importación del instituto en cuestión). A esto lo llamaré “primer momento”. Lo que no me parece tan asumible, en cambio, es que esa misma metáfora sea igual de efectiva para expresar el “segundo momento” que Langer pretende enfatizar, el de la aplicación del instituto que puede producir una sucesión de cambios una vez que ha sido incorporado en el sistema de destino. Pues, una vez realizada la traducción, no veo cómo ese texto pueda producir cambios en el idioma receptor. O al menos no creo que la metáfora de la traducción resulte la más expresiva de esa realidad. Por el contrario, considero que se requiere un concepto más dinámico, que pueda captar el sentido de las transformaciones que conlleva la aplicación de la institución importada.

Tal vez sea posible pensar en un injerto medicinal que implica trasladar tejido de una parte del cuerpo a otra, o de una persona a otra, sin

llevar su propio riego sanguíneo con él. Previo a ello, el material de injerto debe ser preparado a fin de no ser rechazado por el lecho receptor (primer momento). Finalmente, de producirse exitosamente el injerto, se desarrollará un nuevo sistema de irrigación sanguínea en la zona donde se lo coloca (segundo momento). A su vez, el injerto es diferente al trasplante en el sentido de que, mientras el trasplante no requiere una modificación o adaptación del órgano que será trasplantado, el injerto exige una preparación a fin de ser privado totalmente de su aporte sanguíneo (ej. disección y desgrase de la dermis en injertos de piel). Asimismo, mientras en el trasplante se trata solamente de cambiar un órgano por otro, sin que se esperen transformaciones o modificaciones, el injerto, una vez realizado, comienza a mimetizarse y a crear nuevas condiciones biológicas sobre la persona, a adaptarse al terreno donde ha sido colocado, a cambiar de tamaño, a generar neovascularización, es decir, adquiere vida propia con un dinamismo biológico que no se encuentra presente en los trasplantes de órganos. Por otra parte, la metáfora del injerto podría también responder a las objeciones efectuadas al “irritante legal” de Teubner puesto que el injerto proviene de un organismo distinto, externo al que lo recepta. Según el procedimiento de injerto entonces, se toma un cuerpo extraño y distinto al de destino (*plea bargaining*), pero con la potencialidad de seguir produciendo cosas y modificando otras una vez que se lo injerta en el organismo receptor (sistema inquisitivo). Así, bien podría hacerse alusión a un “injerto legal”.

En segundo lugar, creo que el análisis realizado hace incuestionable la conclusión a la que se llega en el trabajo central. Aun así, subsiste la pregunta de si el fenómeno descrito por Langer no podría constituir el comienzo de la denominada “americanización”, incluso en su versión fuerte. Es decir, las crecientes reformas de corte acusatorio en las jurisdicciones examinadas no parecen, actualmente (y tal vez todavía), haber alterado las bases de sus sistemas inquisitivos; sin embargo, si se mantienen y acrecientan en el tiempo, ¿podrían llegar a promover la concepción estadounidense del proceso penal en esas jurisdicciones? ¿O las diferencias entre el sistema acusatorio e inquisitivo son tan profundas que ello sería inviable? ¿Podría ser considerada esta etapa como una mera etapa de transición hacia una verdadera americanización? En este sentido, retomando

la metáfora tradicional del trasplante legal, no cabe pasar por alto que los casos de trasplantes se encuentran siempre precedidos por un examen de histocompatibilidad, lo que sugiere que de algún modo, el cuerpo receptor se encuentra preparado para recibir el órgano de que se trate. De modo similar, ¿podría considerarse que las culturas legales importadoras del *plea bargaining* en algún punto resultan compatibles con cierta concepción del sistema acusatorio?

Parecería que no, pero quizá valga la pena preguntárselo. Sobre todo si se piensa en la asociación entre *plea bargaining* y la técnica más tradicional del sistema inquisitivo como prueba suficiente para la determinación de la culpabilidad: la confesión¹⁰. Pero aun teniendo en cuenta los rasgos característicos de los sistemas inquisitivos modernos, en la práctica es posible advertir cierto paralelismo entre el proceso penal estadounidense y el continental europeo o latinoamericano en la medida en que en Estados Unidos, la difundidísima práctica del *plea bargaining* hace que en la casi totalidad de los casos la decisión acerca de la responsabilidad del imputado no se lleve a cabo ante un tribunal pasivo, sino en las oficinas del fiscal, que termina por actuar como juez en su propio caso. En efecto, la mayoría

¹⁰ Así se ha dicho: “El carácter inquisitivo del ‘juicio abreviado’ pone de manifiesto la intención de condenar sobre la base de la confesión extraída coactivamente”, Bovino, A., “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en Maier, J. B. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 74. Así también, Ferrajoli: “La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición”, Ferrajoli, L., *op. cit.*, p. 748. Se ha dicho también: “El procedimiento abreviado supone una clara regresión al juzgamiento escrito y reverdece la figura de la confesión, tan cara a la ideología del inquisitivo”, Almeyra, M. A., “Juicio abreviado ¿o la vuelta al inquisitivo?”, en La Ley, F-6, Buenos Aires, 1997. En igual sentido, Cabezudo Rodríguez analiza con detenimiento los mecanismos de negociación, encontrando paralelismos entre el recurso de acusar por delitos no realizados y solicitar penas gravísimas o demostrar que las conseguirán indudablemente en juicio (el overcharging y el bluffing) de los fiscales estadounidenses, y el fingimiento de pruebas inexistentes por los inquisidores con la promesa de una solución más piadosa si se aviniera a prestar la confesión, cf. Cabezudo Rodríguez, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, Comares, 1996, los últimos dos cit. por Anitua, G. I., Ensayos sobre enjuiciamiento penal, *op. cit.*, pp. 201 y 203. Esta asociación es también sugerida por Correa Robles en su réplica al texto de Langer en este volumen de Discusiones y por el propio Langer en el texto principal.

de los acusados en los Estados Unidos son condenados efectivamente por funcionarios públicos y no, en cambio, por jueces independientes y jurados legos. Entonces, si dejamos de lado por un momento la concepción del fiscal como una parte de un procedimiento acusatorio judicial, y nos concentramos en la función del fiscal en la etapa de investigación, resulta bastante sencillo reimaginar al fiscal como el agente de un proceso inquisitivo estatal para determinar los hechos y establecer la culpabilidad de las personas¹¹. Las imágenes que invoca el verbo “negociar” resultan en cierta manera engañosas puesto que es dudoso que el fiscal intervenga en estos procesos como representante de un interés que negocia en igualdad de condiciones con su contraparte.

En resumen, tal vez exista cierta compatibilidad entre los dos sistemas. Quizá haya que matizar lo sostenido en torno al *plea bargaining* como una de las prácticas más incompatibles con el sistema inquisitivo, en razón de la pretensión de eficacia que en la actualidad caracteriza a todo sistema procesal penal. O tal vez Engländer tenga razón y no haya que sobrestimar el potencial estadounidense para influenciar otros sistemas jurídicos. Pero no es éste el espacio para responderlo. Aquí sólo se ha querido presentar la *Discusión* y destacar el ingenio de los autores que han contribuido a ella. Se trata, en el fondo, de un debate sobre culturas legales, y más específicamente, sobre la manera en que es concebido el proceso penal y el modo en que han tenido o no lugar las influencias entre distintos sistemas jurídicos. A partir de ahora el lector podrá sacar sus propias conclusiones.

¹¹ Lynch, G. E., “Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A., Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 299 y 307, traducción de Natalia Sergi, disponible también en <http://upaderecho2.blogspot.com/2008/05/plea-bargaining-el-sistema-no.html>. Este autor se opone a quienes pretenden “europeizar” la justicia estadounidense ya que sostiene que, en los hechos, ésta ya tiene una estructura administrativa donde un funcionario (el fiscal en lugar del juez de instrucción) procesa los casos penales.

Bibliografía

- Almeyda, M.A., “Juicio abreviado ¿o la vuelta al inquisitivo?”, en *La Ley*, F-6, Buenos aires, 1997.
- Anitua G. I., “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales latinoamericanas”, en *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2014 y “El juicio penal abreviado como uno de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Maier J. B. y Bovino A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 137-160, ISBN 987-9120-41-8.
- Bovino A., “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en Maier J. B. y Bovino A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 53-96.
- Carrió A., *El enjuiciamiento penal en la argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Eudeba, 1990.
- Cabezudo Rodríguez, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, Comares, 1996.
- Damaska, M. R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Análisis comparado del proceso legal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Ferrajoli L., *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2014.
- Huber B., “Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán”, en *Revista Penal*, 22, 2008, pp. 43-49, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2666898>
- Langer, M., “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona: Algunas Reflexiones a Partir del Procedimiento Abreviado”, en Maier J. B. J. y Bovino A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 97-133.
- Lynch, G. E., “Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 293-330, disponible también en <http://upauderecho2.blogspot.com/2008/05/plea-bargaining-el-sistema-no.html>.

Antonella Donnes

Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.

Volk K., *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la “americanización” en el proceso penal

*From Legal Transplants to Legal Translations:
The Globalization of Plea Bargaining and the
Americanization Thesis in Criminal Procedure*

Máximo Langer**

Recepción y evaluación de propuesta: 2/5/18

Aceptación: 2/6/18

Recepción y aceptación final: 9/4/2019

Resumen: el artículo analiza la implementación e influencia del sistema procesal norteamericano en otras jurisdicciones, con especial énfasis en el procedimiento penal y el denominado juicio abreviado. Se propone revisar la idea de “trasplante” legal y se sugiere explorar otras figuras, como la de la “traducción”. Tal concepto ilumina mejor el modo en que los sistemas son usados, trasladados e incorporados en sistemas foráneos. En contra de la llamada “tesis de la americanización” se propone observar el modo real en que el “plea bargaining” estadounidense ha sido adoptado en cuatro jurisdicciones diferentes.

Palabras clave: derecho comparado, *plea bargaining*, proceso abreviado, traducción

* Traducción de Lucas Tassara.

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Los Ángeles; Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Harvard; Abogado, Universidad de Buenos Aires.
Correo electrónico: langer@law.ucla.edu.

Abstract: the paper analyses the alleged influence of the American legal system in foreign jurisdictions. The main argument focuses on the plea bargaining in Criminal Law Procedures and the so called “legal transplants”. According to the article, the idea of “translation” fits better with the real phenomenon of legal ideas and institutions travelling abroad. Against the thesis of the americanization of other legal systems, the article analyses the development of the plea bargaining in four different jurisdictions.

Keywords: comparative law, plea bargaining, translation

1. Introducción

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y en especial luego de la culminación de la Guerra Fría, el sistema legal estadounidense se ha posiblemente vuelto el más influyente en el mundo¹. La influencia sobre los sistemas legales de otras naciones ha incluido desde una influencia general sobre la teoría general del derecho (v.g., realismo y pragmatismo jurídico, derecho y economía, discurso de los derechos, etc.)² hasta una influencia sobre distintas áreas específicas del derecho (v.g., derecho constitucional³,

¹ Ver, por ejemplo, Kennedy D, “Three Legal Globalizations”, *Inédito*, 2001, inédito (archivos de Harvard International Law Journal); Mattei, U., “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, p. 383 (2003); Mattei, U., “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law” en *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, p. 195 (1994); Wiegand, W., “Americanization of Law: Reception or Convergence?”, en Friedman, L.M. y Scheiber H.N. (eds.) *Legal Culture and The Legal Profession*. Boulder, West View, 1996, p. 137; Wiegand, W., “The Reception of American Law in Europe”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, p. 229 (1991).

² Ver, Kennedy, *op.cit* y Mattei, “Why the Wind Changed”, *op. cit*.

³ Ver, por ejemplo, Henkin, L. y Rosenthal, A.J., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*. Columbia, Columbia University Press, 1990; Davison, J., “America’s Impact on Constitutional Change in Eastern Europe”, *Albany Law Review*, 55, 793 (1992). Para un trabajo que advierte sobre la adopción del modelo constitucional estadounidense por otros países, ver Zasloff, J., “The Tyranny of Madison”, *UCLA Law Review*, vol. 44, p. 795 (1997).

derecho tributario⁴, derecho bursátil⁵, derecho empresarial⁶, propiedad intelectual⁷, arbitraje comercial internacional⁸, etc.); desde la enseñanza del derecho (v.g., el sistema de créditos por determinados cursos, o ciertos estudios de post-grado que permiten obtener una maestría o LL.M.)⁹ y el modo en que se estructura la profesión legal (v.g., grandes estudios jurídicos¹⁰ o la valorización de la práctica privada¹¹) hasta la reforma del poder judicial¹²; desde doctrinas o herramientas jurídicas específicas (v.g., las reglas de exclusión constitucional de prueba¹³, la doctrina de la “actual

⁴ Stewart, M., “Global Trajectories of Tax Reform: The Discourse of Tax Reform in Developing and Transition Countries”, en *Harvard International Law Review*, vol. 44, pp. 139, 151 (2003).

⁵ Ver, por ejemplo, Tung, F., “Passports, Private Choice, and Private Interests: Regulatory Competition and Cooperation in Corporate, Securities, and Bankruptcy Law”, en *Chicago Journal of International Law* CHI. J. INT’L L., vol. 3, n.43, p. 369, (2002).

⁶ Von Nessen, P., “The Americanization of Australian Corporate Law”, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 26, p. 239 (1999).

⁷ Ver, por ejemplo, Alpert Gladstone, J., “Why Patenting Information Technology and Business Methods is Not Sound Policy: Lessons from History and Prophecies for the Future”, *Hamline Law Review*, vol. 25, pp. 217, 229 (2002).

⁸ Delazay, Y. y Garth B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.

⁹ Ver, por ejemplo, Wiegand, T., “Americanization”, supra nota 1, pp. 138-39; Wiegand, T., “The Reception”, supra nota 1, pp. 232-33.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Nota Estudiantil, “The Protectionist Bar against Foreign Lawyers in Japan, China and Korea: Domestic Control in the Face of Internationalization”, *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 16, pp. 385, 389 (2003) (“La creciente presencia de estudios jurídicos en Japón ha estimulado aún más la “americanización” de la práctica legal, pero no sin continuas restricciones”).

¹¹ Ver, por ejemplo, Ortwein II, B. M., “The Swedish Legal System: An Introduction” en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 13, p. 405 (2003). (n.247: “El profesor Modeer sostiene que la ‘americanización’ de la profesión legal sueca ha producido un aumento en el número de graduados de las facultades de derecho que buscan afiliarse al Colegio de Abogados de Suecia con la esperanza de que ello les facilite una carrera como abogados privados”).

¹² Ver, por ejemplo, Chodosh, Hiram E., “Reforming Judicial Reform Inspired by U.S. Models”, *DePaul Law Review*, vol. 52, p. 351 (2002).

¹³ Argentina, Canadá, Italia y España, entre otros países, han adoptado una versión de la regla de exclusión estadounidense respecto a la prueba obtenida en violación de los derechos constitucionales. Sobre la experiencia canadiense, ver, por ejemplo, Stribopoulos, J., “Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 22, p. 77 (1999).

malicia” en el ámbito de la libertad de expresión y de prensa¹⁴, las acciones de clase o colectivas¹⁵, etc.) hasta disposiciones constitucionales como la separación de poderes y la revisión judicial¹⁶. Estas innegables influencias estadounidenses sobre otros sistemas legales han llevado a varios autores, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos, a afirmar que un número importante de sistemas legales, tanto domésticos como internacionales, gradualmente podrían parecerse o imitar al sistema legal estadounidense y, por lo tanto, “americanizarse”¹⁷. Hay otros autores que, si bien reconocen la influencia predominante del sistema legal estadounidense, no sostienen que esa influencia esté efectivamente recreando la práctica jurídica estadounidense en otros sistemas legales¹⁸.

En este artículo prevengo contra la tesis de la “americanización” recién señalada (tesis “fuerte”) a través de un análisis de la introducción del *plea bargaining* estadounidense en cuatro países de tradición continental europea y latinoamericana (Alemania, Italia, Argentina y Francia)¹⁹. La influen-

¹⁴ Para un análisis sobre la recepción de esta doctrina en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, ver, por ejemplo, Bertoni, E.A., *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 72-82.

¹⁵ Gidi, A., “Class Actions in Brazil--A Model for Civil Law Countries”, en *American Journal of Comparative Law* vol. 51 (2003) (señala cómo las acciones de clase o colectivas anglo-americanas influyeron en los desarrollos brasileiros mediante los trabajos de la doctrina italiana).

¹⁶ Ver, por ejemplo, Blankenburg, E., “Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany”, en Jacob, H., et al. *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, Michigan, Yale University Press, 1996, pp. 249, 308 [de ahora en adelante *Courts, Law and Politics*].

¹⁷ Ver, por ejemplo, Keleman, R. D. y Sibbitt, Eric C., “The Americanization of Japanese Law”, en *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, p. 269 (2002); von Nessen, supra nota 6; Wiegand, T., “The Reception”, supra nota 1, pp. 246-48 (comparando la “americanización” de los sistemas legales europeos actuales con la recepción del *ius commune* en la Edad Media en aquél continente).

¹⁸ Ver, por ejemplo, Gidi, A., supra nota 15; Kennedy, D., supra nota 1; Zamora, S., “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, vol. 24, p. 391 (1993) (discutiendo las diferencias que existen entre las leyes laborales y ambientales de México y Estados Unidos, así como los respectivos mecanismos de aplicación, a pesar de las presiones sobre el sistema legal mexicano de imitar al estadounidense).

¹⁹ Elegí estas cuatro jurisdicciones por dos motivos. Primero, tradicionalmente han sido consideradas como influyentes en otros países (Francia, Alemania e Italia en todo el mundo, y Argentina en América Latina). Por ende, y en la medida en que siguen manteniendo parte

cia del *plea bargaining* estadounidense en estas cuatro jurisdicciones es innegable. Sin embargo, y a pesar de ello, es improbable que la importación del *plea bargaining* en estas cuatro jurisdicciones reproduzca el modelo estadounidense de proceso penal. Cada una de estas jurisdicciones ha adoptado una forma de *plea bargaining* que contiene diferencias —incluso sustanciales— con el modelo estadounidense, sea por decisiones tomadas por los impulsores o los encargados de las reformas en cada jurisdicción, o por diferencias estructurales entre el proceso penal estadounidense y los procesos penales de la tradición continental europea y latinoamericana. En consecuencia, algunas versiones del *plea bargaining* difieren desde su concepción con la práctica estadounidense. Además, las diferencias estructurales entre la concepción acusatoria estadounidense y la concepción inquisitiva continental europea y latinoamericana del proceso penal son tan profundas que es poco probable que reformas individuales inspiradas en modelos estadounidenses empujen esos procesos penales inquisitivos sustancialmente en la dirección del sistema acusatorio estadounidense. Por último, en cada una de estas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas algunos actores han desconfiado o resistido la adopción del *plea bargaining* y otros mecanismos consensuales, sea porque las reformas significaban una amenaza a su poder tradicional en el proceso penal inquisitivo o por su distinta cultura jurídica. Esta desconfianza y resistencia también han sido importantes para neutralizar el potencial de “americanización” inherente en algunas de estas reformas procesales penales.

Aunque los factores que obstaculizan su “americanización” han estado presentes en cada una de las jurisdicciones examinadas, han tenido un papel diferente en cada una de ellas. No sólo estas jurisdicciones adoptaron una versión del *plea bargaining* diferente del modelo estadounidense, sino que también cada una de ellas ha adoptado formas de *plea bargaining* distintas entre sí. Los *plea bargaining* alemán, italiano, argentino y francés difieren sustancialmente entre sí por decisión de los impulsores y los encargados de

de su ascendencia sobre otros países de la misma tradición jurídica constituyen un buen indicador de lo que puede ocurrir en buena parte de ese mundo jurídico. Segundo, cada una de estas jurisdicciones brinda una versión distinta del modo en que el *plea bargaining* puede ser importado por los países de esa tradición jurídica y los diferentes efectos que estas versiones pueden producir en cada uno de ellos.

las reformas legales en cada uno de esos países, por las distintas formas en que la práctica ha sido introducida y por la resistencia generada. Dadas las diferencias que presentan estos mecanismos, la adopción de alguna forma de *plea bargaining* en estas jurisdicciones podría producir diferentes transformaciones o efectos en cada jurisdicción. Por lo tanto, el efecto potencial del *plea bargaining* estadounidense sobre las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas no sería tanto que estos sistemas comiencen a parecerse gradualmente al sistema legal estadounidense, sino que comiencen a diferenciarse entre ellos en aspectos en los cuales, hasta hace muy poco, eran relativamente homogéneos. En otras palabras, el efecto paradójico de la influencia estadounidense sobre los procesos penales de la tradición continental europea y latinoamericana no sería el de la “americanización”, sino el de la fragmentación y divergencia entre aquellos sistemas.

Antes de comenzar con el análisis concreto de estas importaciones es necesario abordar dos cuestiones. Primero, a fin de explicar y trazar las transformaciones que el *plea bargaining* estadounidense ha sufrido desde que fue adoptado por primera vez por estas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas, hay que explicar las diferencias históricas entre el proceso penal acusatorio estadounidense y los procesos penales inquisitivos de la tradición continental europea y latinoamericana. Los sistemas acusatorio e inquisitivo pueden ser entendidos no sólo como dos formas distintas de distribuir el poder y las responsabilidades entre varios actores legales —órgano decisor (juez y/o jurado), fiscalía y defensa— sino también como dos culturas procesales diferentes y, por ende, dos tipos distintos de entendimientos básicos sobre el modo en que los casos penales deben ser enjuiciados y perseguidos²⁰. La mayor diferencia entre estas

²⁰ En este sentido es importante señalar desde el principio que utilizaré la expresión “sistema acusatorio” como una categoría descriptiva, no como un ideal normativo. Como ideal normativo la expresión a veces es utilizada en Estados Unidos para referirse a un proceso penal en donde los derechos del acusado son plenamente respetados, ver, por ejemplo, Damaška, M., “Adversary System”, en Kadish, S.H. (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Nueva York, Free Press, 1983, vol. 1, pp. 24, 25 y la epitome del sistema acusatorio es el juicio por jurados. Sin embargo, en este artículo utilizaré la expresión “sistema acusatorio” como una categoría descriptiva a través de la cual voy a explicar las características actuales del proceso penal estadounidense por oposición a las actuales características del proceso penal en Europa continental y en América Latina. Del mismo modo, la expresión “sistema

culturas procesales a los fines de este artículo es que mientras el sistema acusatorio concibe al proceso penal como la regulación de una disputa entre dos partes (fiscalía y defensa) ante un órgano decisor pasivo (juez y/o jurado), el sistema inquisitivo concibe al proceso penal como una investigación oficial única llevada a cabo por uno o más oficiales imparciales del Estado a fin de averiguar la verdad²¹.

Dado que estas diferencias culturales han sido pasadas por alto por la doctrina y estudios tradicionales del derecho procesal comparado, en este artículo propongo un nuevo marco teórico para reconceptualizar los sistemas acusatorio e inquisitivo. Este nuevo marco teórico será útil no sólo para describir las diferencias entre los procesos penales del *common law* y de la tradición continental europea y latinoamericana, sino también para analizar algunas de las transformaciones que el *plea bargaining* —y potencialmente otras instituciones jurídicas— pueden sufrir cuando son transferidas de un sistema a otro. Este marco teórico también será de utilidad para evaluar la “americanización” producida por la adopción de alguna forma de *plea bargaining* en estos cuatro sistemas procesales penales continentales europeos y latinoamericanos, puesto que proveerá un eje claro de referencia para comparar las diferencias entre los sistemas acusatorios e inquisitivos y, por ende, para evaluar si los últimos se están moviendo en dirección a los primeros.

Segundo, es necesario cuestionar y reevaluar cómo pensamos sobre la circulación de las ideas legales entre sistemas jurídicos. La metáfora del “trasplante legal” ha sido la principal herramienta utilizada por la doctrina y los practicantes del derecho comparado, para analizar la importación de prácticas legales foráneas²². Sin embargo, esta metáfora tiene sus defectos.

inquisitivo” muchas veces es usada en forma negativa para referirse a concepciones autoritarias del proceso penal. Pero en este artículo también voy a utilizar la expresión “sistema inquisitivo” sólo como una categoría descriptiva.

²¹ Como lo explico más adelante, no considero que los sistemas acusatorio e inquisitivo sean culturas procesales homogéneas. Pero estas dos concepciones han sido predominantes en las cinco jurisdicciones que examino en este artículo y por lo tanto son las más relevantes para nuestro estudio.

²² Ver generalmente Berkowitz, D., et al. “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect” (Center for International Development at Harvard University, Working Paper No. 39, 2000, disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/039.htm> (último acceso el

Su principal problema es que asume o encierra la noción de que las ideas e instituciones legales se pueden “cortar y pegar” de un sistema a otro. Por lo tanto, esta metáfora no logra transmitir las transformaciones que pueden sufrir las ideas e instituciones legales cuando son transferidas entre sistemas jurídicos. En este artículo propongo la metáfora de la “traducción legal” como una herramienta heurística alternativa para analizar la transferencia de las ideas e instituciones legales entre distintos sistemas. Los sistemas acusatorio e inquisitivo, considerados como dos culturas procesales distintas, pueden ser entendidos como dos sistemas de producción de sentido diferentes. Así, la transferencia de instituciones legales de un sistema a otro puede ser entendida como traducciones de un sistema de sentido al otro. Específicamente, se puede considerar que las transformaciones que ha sufrido el *plea bargaining* al ser transferido a estas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas son, o bien decisiones tomadas por los “traductores” (i.e., los impulsores y encargados de la reforma), o bien producto de diferencias estructurales que existen entre los “lenguajes” acusatorio e inquisitivo.

En este trabajo mostraré que la influencia del proceso penal estadounidense parece confirmar la versión débil de la tesis de la “americanización”, y que la versión fuerte de esa tesis es inaplicable o, al menos, demasiado simplista con relación al proceso penal. A pesar de la influencia del *plea*

25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal); Buscaglia, E. y Rafliff, W., *Law and Economics in Developing Countries*, Hoover Institution Press, 2000, pp. 14-19, 31-54; Watson, A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Londres y Atenas, Georgia University Press, 2ª ed., 1993, p. 21; Ajani, G., “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, en *American Journal of Comparative Law* vol. 43, p. 93 (1995); Mattei, U., “Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics”, *International Review of Law and Economics*, vol. 14, p. 3 (1994); Miller, J.M., “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and the Argentine Example to Explain the Transplant Process”, en *American Journal of Comparative Law* vol. 51, 4 (2003); Mistelis, L. A., “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law Reform--Some Fundamental Observations”, en *International Law*, vol. 34 (2000), p. 1055; Schauer, F., “The Politics and Incentives of Legal Transplantation”, en Nye, Joseph S. Jr. & Donahue, John D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, Washington, Brookings Institution Press, 2000 (p. 253.); Weiner, J. B., “Responding to the Global Warming Problem: Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law”, *Ecology Law Quarterly*, vol. 27, p. 1295 (2001).

bargaining en las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas, las diferencias culturales entre los sistemas acusatorios e inquisitivos son demasiado profundas como para ser superadas por una única reforma de inspiración estadounidense, o inclusive por un número sustancial de reformas con la misma inspiración. Además, y teniendo en cuenta que cada una de estas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas ha traducido el *plea bargaining* en forma diferente, el efecto final de esta influencia estadounidense dentro del proceso penal continental europeo y latinoamericano, será el de la fragmentación y divergencia, más que la “americanización”. Las cuatro jurisdicciones examinadas en este artículo comparten una cultura procesal penal similar que considera al proceso penal como una investigación oficial llevada a cabo por funcionarios imparciales. Sin embargo, cada jurisdicción ha adoptado una versión distinta del *plea bargaining* y, por ello, estas diferentes reformas los pueden conducir en direcciones diferentes.

La estructura de este artículo es la siguiente: en las secciones II y III propongo un nuevo marco teórico para conceptualizar los sistemas acusatorio e inquisitivo. La principal idea que defiendo aquí es que estas categorías deben ser entendidas no sólo como dos formas distintas de distribuir el poder y las responsabilidades entre los principales actores del proceso penal (jueces, fiscales, abogados defensores, etc.), sino también como dos culturas procesales diferentes. En la sección IV muestro las influencias que ha tenido la concepción anglo-americana del proceso penal en el proceso penal inquisitivo de la Europa continental y Latinoamérica en las últimas décadas. En la sección V se discuten los problemas que presenta la metáfora del “trasplante legal” como una herramienta heurística para analizar la circulación de las instituciones legales entre sistemas legales. Aquí ofrezco la metáfora de la “traducción legal” como una herramienta heurística más productiva y refinada para pensar estos problemas. La práctica legal transferida —en este caso el *plea bargaining*— puede ser pensada como el “texto” que ha sido traducido de un “idioma” —el sistema acusatorio de los Estados Unidos— hacia otro “idioma” —los sistemas inquisitivos de Alemania, Italia, Argentina y Francia—. La sección VI explica cómo el *plea bargaining* puede tener un efecto de “americanización” potencial en las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas, si fuese completamente aceptado por

estos sistemas. Sobre esta cuestión considero que el *plea bargaining* estadounidense asume una concepción acusatoria del proceso penal y, por ende, si fuese traducido fielmente y aceptado completamente por las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas podría promover la concepción estadounidense del proceso penal en esas jurisdicciones. Las secciones VII, VIII, IX y X analizan los “*plea bargains*” alemán, italiano, argentino y francés, y explican no sólo por qué cada uno de estos países ha traducido el *plea bargaining* estadounidense, sino también por qué cada uno de ellos ha escogido traducir esa práctica de forma distinta. Aquí demuestro además, cómo la concepción cultural inquisitiva del proceso penal ha sido uno de los principales motivos por los cuales el *plea bargaining* estadounidense ha sido transformado y resistido en estas jurisdicciones. Por último, la sección XI articula mi argumento central: dado que cada una de las jurisdicciones examinadas ha traducido el *plea bargaining* en forma distinta, las influencias estadounidenses pueden terminar produciendo la fragmentación y divergencia, más que la “americanización” del derecho procesal penal de la tradición continental europea y latinoamericana.

2. Reconceptualización de lo acusatorio y lo inquisitivo como categorías teóricas

La doctrina y estudios del derecho comparado y del derecho procesal penal comparado tradicionalmente han utilizado las categorías teóricas “acusatorio” e “inquisitivo” de dos modos principales²³: el del mínimo denominador

²³ El uso de las expresiones “acusatorio” e “inquisitivo” no se ha limitado al proceso penal comparado. Para las descripciones de otros usos de estos términos, ver Damaška, M., “Adversary System”, *op. cit.* en p. 24 Feeley, M., “The Adversary System”, en Janosik, R.J. (ed.) *Encyclopedia of the American Judicial*, Charles Scribners Sons, 1987 p. 753; Langer, M., “La Dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Maier, Julio B. J & Bovino, A. (eds.) *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001. pp. 97, 102-11. Se pueden consultar estudios sobre otros modelos y categorías que se han utilizado para analizar los diferentes tipos de procesos penales, por ejemplo, en Packer, H.L., *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Stanford University Press, 1968, pp. 149-246; Arenella, P., “Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts’ Competing Ideologies”, *Georgetown Law Journal*, vol. 72,

común y el del tipo ideal²⁴. Según el criterio del mínimo denominador común, las categorías acusatorio e inquisitivo simplemente contienen las características comunes a todos los sistemas procesales penales del *common law* y de las jurisdicciones continentales europeas, latinoamericanas y similares (*civil law*) respectivamente²⁵. Por ejemplo, el juicio por jurados o la regla sobre el testimonio “de oídas” serían características del sistema acusatorio si todas las jurisdicciones del *common law* incluyeran estos elementos en un momento dado. Este criterio presenta varios problemas. Primero, cada vez que una jurisdicción particular abandona una característica que era parte de este mínimo denominador común los seguidores de este criterio tendrían el siguiente dilema: o bien deberían modificar el contenido de los sistemas acusatorio e inquisitivo, o bien deberían remover a estas jurisdicciones del sistema acusatorio o inquisitivo. El criterio del mínimo denominador común no brinda una respuesta clara para lidiar con este dilema²⁶. Segundo, tampoco queda claro cómo distinguir las características principales de las secundarias en ambos sistemas. En otras palabras, el criterio del mínimo denominador común no dice por qué ciertas características son más relevantes que otras para distinguir los dos sistemas²⁷. Tercero, este criterio no parece útil para analizar los sistemas híbridos que han sido influenciados por ambas tradiciones legales, y quizás también por otras tradiciones legales del mundo. Estos sistemas mixtos constituyen un fenómeno muy importante para estudiar actual-

p. 183 (1983); Damaška, M., “Models of criminal procedure”, *Zbornik PFZ*, 51, (2001); Griffiths, J., “Ideology in Criminal Procedure, or a Third ‘Model’ of the Criminal Process”, *Yale Law Journal*, vol. 79, p. 359 (1970); Luna, E. G., “The Models of Criminal Procedure”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 2, p. 389 (1999).

²⁴ Ver en general Damaška, M. R., *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986.

²⁵ Ver Damaška, M., “Adversary System”, *op. cit.*, p. 28 (poniendo como un ejemplo de esta perspectiva, Herrmann, J., “Various Models of Criminal Proceedings”, *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 2, pp. 3, 4-6, 1978). Para rechazar la idea de que la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente no es una característica definitoria del sistema acusatorio, el profesor Herrmann señala que la regla de exclusión no ha sido adoptada por todas las jurisdicciones anglo-americanas, y que ha sido adoptada en la legislación de varios países europeos. *Ibid.* p. 18.

²⁶ Ver Damaška, M., *op.cit.*, supra nota 24, p. 5.

²⁷ *Idem.*

mente, no sólo porque la incidencia de los sistemas nacionales híbridos es mayor ahora que en el pasado debido a las influencias mutuas entre el *common law* y el *civil law*, sino también para entender a los tribunales penales internacionales, de Núremberg a la Corte Penal Internacional, en donde se mezclan e interactúan normas y profesionales del derecho de diferentes tradiciones legales²⁸. Finalmente, este criterio no parece ofrecer un marco teórico adecuado para explicar el fenómeno de las influencias legales y los trasplantes legales puesto que lo máximo que puede ofrecer, cuando una práctica legal (como el *plea bargaining*) es transferida de una jurisdicción acusatoria a una inquisitiva, es que, o bien la ausencia de esta institución ya no es más una característica definitoria del sistema inquisitivo, o bien que la específica jurisdicción receptora no forma más parte de la familia legal inquisitiva, con lo cual nos reconduce al primer problema del criterio del mínimo denominador común.

El segundo criterio generalmente utilizado por el derecho procesal penal comparado consiste en la conceptualización de lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales weberianos²⁹. Estos modelos no existen

²⁸ Para diversos análisis del procedimiento y las reglas probatorias de diferentes jurisdicciones penales internacionales con base en la dicotomía entre lo acusatorio y lo inquisitivo, ver, por ejemplo, Champy, G., “Inquisitoire-Accusatoire devant les juridictions pénales internationales”, en *International Law Review of Penal Law*, vol. 68, 1997, p. 149; Combs, N. A., “Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes”, *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 2002; May, R. y Wierda, M., “Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, p. 725; Mundis, D. A., “From ‘Common Law’ Towards ‘Civil Law’: The Evolution of the ICTY Rules of Procedure and Evidence”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, p. 367; Tochilovsky, V., “Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to Address in Light of the Experience of the Ad Hoc Tribunals”, *Netherlands International Law Review*, vol. 46, 1999, p. 343.

²⁹ En su clásica descripción de la metodología de Weber, Max Rheinstein escribe: “Nunca han existido en la historia situaciones como las descritas en los tipos ‘puros’. Estos tipos son construcciones artificiales similares a las construcciones puras de la geometría. Ningún triángulo, cubo o esfera puro han existido alguna vez. Pero la realidad nunca ha sido penetrada científicamente sin el uso de los conceptos artificiales de la geometría. Para los conceptos ‘puros’ que creó, Weber utilizó el término ‘tipo ideal’ ... Los ‘tipos ideales’... son simplemente construcciones mentales cuyo propósito es servir como categorías de pensamiento cuyo uso nos ayudará a captar la infinita multiplicidad de la realidad al comparar este fenómeno con los tipos ‘ideales’ que se utilizan, por así decirlo, para que sirvan

realmente en ningún sistema legal histórico pero, mientras que las jurisdicciones del *common law* serían más cercanas al tipo acusatorio, las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas serían más cercanas al tipo inquisitivo³⁰.

Esta concepción teórica es mucho más promisoria que la del mínimo denominador común y no presenta muchos de sus defectos. Por ejemplo, el uso de los tipos ideales identifica las diferencias relevantes entre los sistemas acusatorios e inquisitivos, y una modificación en un sistema procesal penal concreto no implica necesariamente cambiar o descartar el modelo. Por el contrario, este criterio sólo se limita a catalogar a los procesos penales concretos como más cercanos o más lejanos del tipo ideal. Además, el criterio del tipo ideal es de utilidad para analizar los procesos penales híbridos como el de los tribunales penales internacionales puesto que identifica aquellas características que se corresponden con cada tipo³¹. El criterio del tipo ideal también brinda un marco adecuado para analizar el fenómeno de las influencias y el trasplante legal entre los procesos del *common law* y de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas³². Primero, al suministrar un marco de referencia claro este criterio nos permite analizar hasta qué punto los procesos penales son transformados como consecuencia de las influencias o el trasplante. Segundo, en la medida en que los procesos penales concretos son más cercanos a los tipos ideales, estos tipos explican los incentivos y la lógica del sistema, de modo tal que es posible identificar de antemano posibles focos de resistencia a una reforma.

2.1. Estructuras de interpretación y sentido

como guías en un sistema de archivo". Rheinstein, M., "Introduction", en Rheinstein (ed.) *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954.

³⁰ Mirjan Damaška ha mostrado el uso más sofisticado de esta interpretación, aunque él reemplaza a lo acusatorio y lo inquisitivo con sus propias categorías. Ver Damaška, M., *The Faces of Justice...op. cit.*

³¹ Ver, por ejemplo, Tochilovsky, V., *op. cit.*, supra nota 28.

³² Ver Damaška, M., "The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiences", *American Journal of Comparative Law* vol. 45, 1997, p. 839; Grande, E., "Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance", *American Journal of Comparative Law* vol. 48, 2000, p. 227.

No obstante lo expuesto, hay un área que la perspectiva del tipo ideal no aborda, o bien relega, y que quisiera poner de resalto en este artículo. Los modelos acusatorios e inquisitivos no son sólo dos formas de estructurar los procedimientos penales, sino también dos formas de entender y representar el proceso penal. Por ejemplo, los jueces del *common law* intervienen mucho menos que sus colegas continentales en el interrogatorio de los testigos, no sólo porque las reglas procesales les otorgan menos potestades para hacerlo, sino también porque el rol del juez es entendido en forma diferente en el sistema anglosajón o del *common law*. Mientras que el juez del sistema inquisitivo es entendido y percibido como un investigador activo y, consecuentemente, con el deber de ser activo en estos interrogatorios, el juez del sistema acusatorio es generalmente entendido como un árbitro pasivo que supuestamente no debe intervenir activamente en el interrogatorio de los testigos³³.

³³ Con la reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo desarrollada en este artículo, intento captar el punto de vista interno de los actores legales que son parte de los procesos penales anglosajones o del *common law* y de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas. Esta distinción entre un punto de vista externo e interno ha sido utilizada en una multiplicidad de disciplinas. Por ejemplo, Max Weber tomó en cuenta esta distinción al incluir como objeto de estudio sociológico no sólo al aspecto externo del comportamiento humano, sino también al sentido que los seres humanos les otorgan a su propio comportamiento. Ver Rheinstein, M., *op. cit.*, p. XXIX-XXX: “La observación de que una persona le entrega a otra un pedazo de papel verdoso es, como tal, irrelevante en el estudio de las relaciones humanas. Este fenómeno no asume significancia social hasta que sabemos que un gran número de personas, de las cuales nuestros dos actores son miembros, consideran a este papel verdoso como un billete de papel moneda o, en otras palabras, que le asignan la función de servir como un medio de intercambio y pago generalmente reconocido.” *Idem* p. XX. En la teoría del derecho, la referencia clásica es H. L. A. Hart, quien utilizó esta distinción entre el punto de vista externo y el interno. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed., pp. 88-91. Ver también Kahn, P. W., *The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship*, University of Chicago Press, 2000. En los estudios de antropología Clifford Geertz ha intentado captar la idea del punto de vista interno a través de su concepto de la “descripción densa”. Geertz, C., *The interpretation of cultures*, Vol. 5019. Basic books, 1973, pp. 5-10. Como Weber utilizó coherentemente el criterio del tipo ideal y tomó en cuenta el punto de vista interno de los actores sociales, no considero que mi reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo sea incompatible con la perspectiva del tipo ideal; por el contrario, considero que simplemente son independientes uno del otro. Mi argumento es que el derecho procesal penal comparado generalmente ha pasado por alto el punto de vista

En otras palabras, lo acusatorio y lo inquisitivo pueden ser entendidos como dos diferentes estructuras de interpretación y sentido a través de las cuales los actores de un determinado sistema de justicia penal entienden tanto al proceso penal como al rol que ellos desempeñan en el sistema³⁴. Dentro de estas dos estructuras procesales de interpretación y sentido, o “idiomas procesales”, los mismos términos, o significantes, frecuentemente tienen sentidos distintos. Por ejemplo, en el sistema acusatorio la palabra “fiscal” significa una de las partes en disputa con un interés en el resultado del proceso; en el sistema inquisitivo, sin embargo, esta palabra hace referencia a un magistrado imparcial del Estado cuyo rol es investigar la verdad³⁵. La palabra “verdad” también tiene un significado diferente en cada estructura procesal de interpretación y sentido. En el sistema acusatorio, la disputa es sobre la “verdad” en tanto la fiscalía intenta probar que determinados eventos ocurrieron y que el imputado participó en ellos, mientras que la defensa intenta cuestionarlo o refutarlo. Pero el concepto de verdad acusatorio es más relativo y consensual: si las partes llegan a un consenso sobre los hechos del caso, mediante acuerdos sobre declaraciones de culpabilidad o estipulaciones, no es tan importante determinar cómo

interno de los actores del sistema de justicia penal, y que es fundamental la inclusión de esta perspectiva para examinar las diferencias entre los procesos penales del *common law* y las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas, así como también para captar fenómenos como la circulación de ideas e instituciones legales entre ellos y los debates sobre la “americanización” del derecho.

³⁴ Adopto la expresión “estructuras de sentido” de Geertz, C., “Local knowledge: fact and law in comparative perspective” en Geertz, C. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, New York, 1983, pp. 167, 182, quien señala: “El giro de la antropología... hacia una mayor preocupación por las estructuras de sentido en términos de las cuales individuos y grupos de individuos viven sus vidas, y más específicamente por los símbolos y sistemas de símbolos a través de cuya agencia tales estructuras son formadas, comunicadas, impuestas, compartidas, alteradas y reproducidas, ofrece tantas promesas para el análisis comparado del derecho como lo hace para los mitos, rituales, ideología, arte o la clasificación de sistemas, que constituyen los campos más probados de su aplicación”. *Idem.*)

³⁵ Sobre las diferentes concepciones del fiscal en el sistema anglosajón y en el inquisitivo, ver, por ejemplo, Pizzi, W. T., “Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform”, en Ohio, *Ohio State Law Journal*, vol. 54, 1993, pp. 1325, 1349-51; Weigend, T., “Prosecution: Comparative Aspects”, en Dressler, J. (ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice 1235 (2001)*, McMillan, 2002, pp. 1232, 1233-34.

ocurrieron los hechos realmente³⁶. En la estructura inquisitiva de interpretación y sentido, la “verdad” es concebida en términos más absolutos: se supone que el funcionario estatal - generalmente el juez - debe determinar, a través de la investigación, qué ocurrió en realidad, independientemente de los acuerdos o desacuerdos que la fiscalía y la defensa puedan llegar a tener sobre los hechos³⁷.

Al mismo tiempo, hay ciertas ideas y conceptos que existen en un idioma procesal y no en el otro. Por ejemplo, el sistema acusatorio incluye tanto el concepto de la “confesión” —i.e., la admisión de culpabilidad ante la policía— como el de “*guilty plea*”— y la admisión de culpabilidad frente al tribunal que, si es aceptada, tiene como consecuencia que pone fin a la fase de determinación de culpabilidad o inocencia. La estructura de interpretación y sentido o “idioma” procesal inquisitivo, por el contrario, no incluye el concepto del “*guilty plea*” o declaración de culpabilidad, sólo contiene el concepto de “confesión”³⁸. En este sistema un acusado no puede poner fin a la etapa de la determinación de culpabilidad al admitir su responsabilidad ante el tribunal. Si bien la admisión de culpabilidad puede ser de mucha utilidad para el juez en la búsqueda de la verdad, lo cierto es que el juez todavía tiene la última palabra al respecto y en consecuencia puede decir: “le creo pero su confesión sola no es prueba suficiente más allá de toda duda razonable de que usted lo hizo”. En todo caso, si la admisión de culpabilidad ocurre durante la etapa preparatoria del juicio, el caso todavía tiene que avanzar hasta el juicio para

³⁶ Esto puede parecer una exageración porque en las jurisdicciones estadounidenses el juez todavía tiene que verificar la base fáctica para una declaración de culpabilidad (*guilty plea*). Pero en la práctica, los jueces estadounidenses generalmente conceden deferencia hacia los acuerdos de las partes sobre los hechos. Además, casos como *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), en donde el acusado se declaró culpable, al tiempo que sostenía que en realidad era inocente, son claros ejemplos de una concepción de la verdad que es mucho más relativa y consensuada.

³⁷ Sobre la concepción de la verdad predominante en el sistema inquisitivo, por oposición al acusatorio, ver Garapon, A., “French Legal Culture and the Shock of ‘Globalization’”, *Sociological and Legal Studies*, vol. 4, 1995, pp. 493, 496-97

³⁸ Ver, por ejemplo, Moskovitz, M., “Perspective: The O.J. Inquisition: A United States Encounter with Continental Criminal Justice”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 28, 1995, pp. 1121, 1153. Este artículo describe las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo haciendo una dramatización de cómo un caso similar al juicio de O. J. Simpson sería tratado por un sistema de justicia penal continental europeo o latinoamericano.

que el juez pueda tomar una decisión final³⁹.

Es importante enfatizar que aun cuando es posible analizar las estructuras acusatorias e inquisitivas de interpretación y sentido como sistemas abstractos, estas estructuras sólo existen dentro de procesos penales concretos. Es decir, es posible identificar sistemas acusatorios e inquisitivos porque los actores legales de las jurisdicciones anglosajonas y las continentales europeas y latinoamericanas constantemente hacen uso de estructuras de interpretación y sentido acusatorias e inquisitivas, tanto de manera consciente como inconsciente. Tomando una distinción de la lingüística estructuralista, podría decir que mientras las estructuras de interpretación y sentido son la *langue* —el sistema abstracto de diferencias que establece un léxico y un conjunto de operaciones potenciales—, las prácticas son la *parole* —los actos de discurso concretos que son hechos posibles por la *langue*⁴⁰—.

2.1.1. Disposiciones individuales

Así como las estructuras de interpretación y sentido acusatorias e inquisitivas se basan en prácticas procesales concretas, también son internalizadas por los actores legales relevantes. A esto llamo la “dimensión de las disposiciones individuales”⁴¹. Estas disposiciones internas son adquiridas a través de la internalización de estructuras procesales de interpretación y sentido mediante un número de procesos de socialización (i.e., facultades

³⁹ Ver, por ejemplo, Langbein, J. H., *Comparative criminal procedure: Germany*, St. Paul, MN.: West Publishing Company, 1977.

⁴⁰ Ver De Saussure, F., *Course in general linguistics*, New York, Philosophical Library, 1959.

⁴¹ Mi fuente de inspiración para el desarrollo de esta dimensión de las disposiciones internas es el concepto del *habitus* del sociólogo Pierre Bourdieu, que puede ser definido como “un conjunto de disposiciones que inducen a los agentes a actuar y reaccionar de determinadas maneras. Las disposiciones generan prácticas, percepciones y actitudes que son ‘regulares’ sin ser conscientemente coordinadas o regidas por ninguna ‘regla’”. Véase la introducción de John B. Thompson a (y en) Bourdieu, P., *Language and symbolic power*, Harvard University Press, 1991. Pierre Bourdieu también describe su noción del *habitus* en otros trabajos. Bourdieu, P., *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le seuil, 2016, pp. 22-23; Bourdieu, P., *Sociology in question*, Sage, Vol. 18, 1993, p. 72. Digo que la dimensión de las disposiciones internas solamente está inspirada en el concepto de Bourdieu porque no sigo su marco teórico en este artículo. Por lo tanto, mi uso de este concepto es idiosincrático.

de derecho, escuelas judiciales, capacitación y entrenamiento en las oficinas de la fiscalía y estudios jurídicos, interacción con los tribunales, etc.⁴²). Como resultado de esta socialización un importante número de actores del sistema de justicia penal está predispuesto a entender el proceso penal, y los diversos roles que en él se desarrollan, en una forma particular, y estas disposiciones se convierten en duraderas con el tiempo.

Por lo tanto, la idea del sistema acusatorio según la cual el juez debe ser un árbitro pasivo no es consecuencia únicamente de la estructura acusatoria de interpretación y sentido, sino también del fenómeno por el cual un número importante de actores legales han internalizado esta estructura de sentido en una jurisdicción del *common law*, y han llegado a considerar que se trata del rol propio de un juez y, generalmente, actúan en consecuencia —por ejemplo, cuestionando a un juez que participa muy activamente en el interrogatorio de los testigos—⁴³. En otras palabras, en la medida en que los actores legales internalizan estas estructuras de sentido y luego interpretan e interactúan con la realidad a través de ellas, se podría decir que estas estructuras de sentido constituyen y forman a los actores legales como sujetos⁴⁴.

La dimensión que tienen las disposiciones individuales resulta particularmente importante al estudiar la transferencia de ideas, normas e instituciones legales entre los sistemas acusatorio e inquisitivo, así como los trasplantes legales en general. Tal como lo veremos, una buena parte de la doctrina y estudios de los trasplantes legales discute la transferencia de las ideas legales del *common law* a las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas, o viceversa, exclusivamente como interacciones, o

⁴² Para una descripción de cómo son entrenados y socializados los abogados, jueces, fiscales y profesores en los países de la tradición continental europea y latinoamericana, ver, por ejemplo, Merryman, J. H., “The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of” (1985), pp. 101-10 (2a ed. 1985).

⁴³ Sobre el rol del juez en los Estados Unidos durante el juicio, ver, por ejemplo Bradley, C. M., “United States”, en *Criminal Procedure: a Worldwide Study*, Carolina Academic Press, 1999, pp. 395, 421-22.

⁴⁴ Por un análisis reciente —en el contexto del debate en Estados Unidos respecto a la política de las “ventanas rotas”- sobre cómo el derecho penal y las prácticas de la justicia penal pueden moldear a los sujetos sociales, ver Harcourt, B. E., *Illusion of order: The false promise of broken windows policing*, Harvard University Press, 2009, p. 160

luchas, entre dos sistemas abstractos de sentido⁴⁵. Al incluir esta dimensión de las disposiciones individuales quiero enfatizar que, además de estas interacciones entre dos sistemas abstractos —que, nuevamente, tal como los concibo se inscriben en prácticas sociales concretas— cada trasplante legal también involucra interacciones entre personas concretas con un conjunto concreto de disposiciones individuales.

Además, esta dimensión también es importante para entender cómo los sistemas procesales —y cualquier otras estructuras de interpretación y sentido— pueden cambiar con el tiempo. La relación entre las estructuras procesales de sentido y las disposiciones individuales es de mutua influencia. Las disposiciones individuales son influenciadas por las estructuras de sentido a punto tal que los actores individuales adquieren, mediante una serie de procesos de socialización, un sistema de interpretación concreto que, en cierta medida, los “configura” para actuar y reaccionar de determinada manera. Pero si un número importante de actores internaliza una estructura de sentido diferente (i.e., cuando los abogados de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas estudian en los Estados Unidos y adquieren parcialmente una estructura de sentido acusatoria), esto puede conducirlos a cuestionar la estructura de sentido predominante (i.e., la inquisitiva) e intentar incorporar prácticas de otros sistemas legales —como el *plea bargaining*— en sus propios sistemas legales⁴⁶.

2.1.2. Poderes procesales

Por último, lo acusatorio y lo inquisitivo difieren en otro nivel que aquí llamo el de la “dimensión del poder procesal”⁴⁷. Los principales actores del

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Teubner, G., “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Modern Law Review*, vol. 61, (1998), p. 11.

⁴⁶ Sobre la influencia que la educación legal estadounidense puede tener en los procesos de “americanización” de las normas y prácticas jurídicas europeas, ver Wiegand, W., “Americanization”, *op. cit.*, pp. 139-40.

⁴⁷ La dimensión del poder procesal también ha sido relativamente ignorada por los estudios del proceso penal comparado, y es central no sólo para describir las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo, sino también para identificar los posibles lugares

proceso penal - jueces, fiscales, abogados defensores, imputados, policía, etc. - tienen diferentes cuotas de poderes y responsabilidades procesales en cada sistema. Desde esta perspectiva, por ejemplo, el órgano decisor inquisitivo, en tanto que investigador activo, tiene más poderes procesales - v.g., actuar *sua ponte* - que el órgano decisor acusatorio⁴⁸. Esto también significa que en el sistema inquisitivo la fiscalía y la defensa tienen comparativamente menos poderes que en el sistema acusatorio. Un ejemplo de ello es la potestad que tiene la defensa en el sistema acusatorio de llevar a cabo su propia investigación preliminar —una potestad que generalmente no se encuentra en los sistemas inquisitivos—⁴⁹. La variación de los poderes procesales que tienen los actores individuales también se puede apreciar al nivel institucional, en las relaciones de poder entre la fiscalía, el poder judicial, los colegios de abogados, las defensorías públicas, la policía, etc.⁵⁰.

La dimensión del poder procesal también tiene una relación de mutua influencia con las estructuras de sentido y las disposiciones internas. Por ejemplo, una estructura de interpretación y sentido inquisitiva le otorga al

de resistencia hacia las reformas judiciales en los entornos institucionales acusatorios e inquisitivos.

⁴⁸ Esto es claro si comparamos a los jueces activos del sistema inquisitivo con el jurado del acusatorio. Los jueces inquisitivos también tienen más poder que los jueces profesionales acusatorios debido a sus poderes para decidir qué pruebas se producirán en el juicio y el orden en el cual se presentarán, así como a través de sus poderes para conducir el interrogatorio de testigos y peritos. Sin embargo, esta última afirmación debe ser matizada. Los jueces del acusatorio tienen poderes inherentes —i.e., poder de sancionar por desacato— que los del inquisitivo carecen. Además, como hay menos control jerárquico sobre las decisiones de los jueces del acusatorio que los del inquisitivo, los primeros también tienen más poder en este sentido.

⁴⁹ Con respecto a Francia, ver, por ejemplo, Dervieux, V., “The french system”, en Delmas-Marty, Mireille, and John R. Spencer (eds.) *European criminal procedures*, Vol. 25, Cambridge University Press, 2002, pp. 218-291.

⁵⁰ Aunque a los fines de este artículo no es necesario una elaboración más extensa de esta categoría, también incluyo dentro de esta dimensión de los poderes procesales e institucionales no sólo a la relación entre los principales actores e instituciones permanentes del sistema de justicia penal, sino también a las relaciones entre los actores profesionales permanentes y los legos. En el sistema inquisitivo, el poder de los legos como órganos decisores es mínimo o inexistente. En el sistema acusatorio, es mucho más importante, al menos en términos comparativos. Ver, por ejemplo, Kagan, R., *Adversarial legalism: The American way of law*, Harvard University Press, 2009.

juez amplios poderes de investigación, mientras que le concede poderes más limitados a la fiscalía y la defensa. Pero, al mismo tiempo, cualquier intento de modificar esta estructura de interpretación y sentido por lo general va a producir una resistencia por parte de los jueces contra la pérdida de sus poderes que acarrearía la adaptación de una nueva estructura procesal de sentido⁵¹.

Esto conduce a una cuestión de suma importancia. Aun cuando he presentado a las dimensiones de la estructura de interpretación y sentido, las disposiciones personales y los poderes procesales e institucionales como analíticamente diferentes, lo cierto es que operan conjuntamente y tienden a reforzarse, aunque eventualmente también pueden subvertirse las unas a las otras.

2.1.3. Otros elementos de los sistemas

Las interacciones entre estas tres dimensiones tienen otras implicancias. Las estructuras procesales de interpretación y sentido acusatorias e inquisitivas no sólo son las “lentes” a través de las cuales los actores legales entienden y operan en la realidad. También constituyen dos órdenes normativos que indican, hasta cierto punto, cómo deben manejarse los casos, qué tecnologías deben utilizarse, cómo deben comportarse cada uno de los actores del sistema, etc.

⁵¹ La implementación del Código de Procedimientos Penal de la provincia de Buenos Aires de 1998 brinda un ejemplo de este fenómeno. Este código trasladó la responsabilidad de realizar la investigación preliminar de los jueces a los fiscales. Consecuentemente, un importante número de jueces resistieron esta reducción de sus poderes y responsabilidades procesales. Esta resistencia se puso de manifiesto, por ejemplo, en la llamada “guerra de las fotocopias”. Al solicitar órdenes de allanamiento los fiscales investigadores presentaban a los jueces copias certificadas del expediente escrito que contenían la información pertinente, en lugar de enviarles los originales, como forma de acelerar los procedimientos. Varios jueces consideraron que esto representaba una cuestión simbólica con respecto a quién estaba realmente a cargo de la investigación. Como consecuencia dijeron que no otorgarían esas órdenes a menos que recibieran los expedientes originales. Estas controversias arruinaron varias investigaciones y se convirtió en una cuestión tan seria que la Suprema Corte de la provincia tuvo que intervenir. Ver, por ejemplo, Saralegui, F., *Demora judicial en San Isidro por una disputa*, *La Nación* (Arg.), 6 de junio de 2000, p. 1, disponible en http://lanacion.com.ar/Archivo/Nota.asp?nota_id=19704 (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en archivo con Harvard International Law Journal).

Por ejemplo, ellas determinan en cierto modo cómo se estructuran y administran los recursos materiales y humanos. Esto es lo que ocurre con las distintas técnicas de administración de casos que existen en cada sistema. En el sistema inquisitivo, la columna vertebral de todo el proceso y una de sus principales herramientas de administración de casos es el expediente, desde las primeras etapas del procedimiento, en donde interviene la policía, hasta la fase recursiva contra la sentencia⁵². Por el contrario, en el sistema acusatorio las audiencias orales y públicas juegan un rol importante en la administración de los casos —aun en aquellos en los que se llega a un acuerdo—⁵³. Del mismo modo —como lo veremos luego con más detalle— hasta hace poco tiempo el *plea bargaining* ha sido una herramienta desconocida para la administración de los casos en los sistemas inquisitivos⁵⁴ pese a que ha sido permitido, y ampliamente utilizado, en las jurisdicciones anglosajonas⁵⁵.

Esto no significa, sin embargo, que las dimensiones de la estructura procesal de sentido, las disposiciones internas y los poderes procesales influyen en la distribución de los recursos humanos y materiales, en la ética profesional, en el sistema interno de incentivos, etc., en forma unidireccional. Este conjunto de factores se influye mutuamente. Por ejemplo, la existencia de un expediente escrito, una herramienta para la administración de casos que contiene todos los elementos de prueba recolectados durante la etapa preliminar, es necesaria para que el juez del debate actúe como un investigador

⁵² Para una descripción del rol que tiene el expediente escrito en los sistemas inquisitivos, ver Schlesinger, R. B., “Comparative Criminal Procedure: A Plea for Utilizing Foreign Experience”, *Buffalo Law Review*, vol. 26, 1977, pp. 361, 365- 67

⁵³ Sobre la preferencia por la producción oral del testimonio en audiencia pública en los Estados Unidos, ver Federal Rules of Criminal Procedure Regla 26. Respecto a la importancia de la comunicación oral en el proceso penal de Inglaterra, ver Damaška, M., *op. cit.*, en nota 24, p. 61.

⁵⁴ Puede verse un análisis clásico, en Langbein, J. H., “Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *Michigan Law Review*, vol. 78, 1979, p. 204.

⁵⁵ Para estudios históricos de cómo se desarrolló la práctica del *plea bargaining* en Estados Unidos, ver Alschuler, A. W., “Plea Bargaining and Its History”, *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, p. 211, Fisher, G., “Plea Bargaining’s Triumph”, *Yale Law Review*, vol. 109, 2000, p. 857, Friedman, L. M., “Plea Bargaining in Historical Perspective”, *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, p. 247 y Langbein, J. H., “Understanding the Short History of Plea Bargaining”, *Law and Society Review*, vol. 13, 1979, p. 261.

activo durante el juicio⁵⁶. Si el expediente no existiera, por ejemplo, debido a su supresión por una reforma legal, el juez del debate no podría comportarse de esa forma activa, no podría organizar el juicio de antemano, ni interrogar a los testigos de manera eficiente, etc., y las partes ganarían poderes procesales a su costa⁵⁷. Si esta reforma sobreviviera, podría producir un cambio en las disposiciones internas de los jueces, fiscales y abogados defensores del sistema inquisitivo de modo tal que empezarían a actuar en forma diferente: los jueces de manera más pasiva, las partes de manera más activa, etc. Este cambio en las prácticas procesales penales (*parole*), a su turno, provocarían un cambio en la estructura inquisitiva de interpretación y sentido (*langue*), y en la dimensión del poder procesal.

Estas relaciones multi-direccionales entre las tres dimensiones descritas y los recursos materiales y humanos, las técnicas de administración de casos, la ética profesional, etc., van a ser de suma importancia para analizar por qué y cómo los procesos penales inquisitivos y acusatorios cambian con el tiempo, incluyendo los cambios producidos por la transferencia de ideas e instituciones legales.

2.1.4. Puntos de énfasis

Hay dos últimas cuestiones que merecen ser enfatizadas. Primero, como las categorías acusatorio e inquisitivo existen dentro de prácticas procesales penales concretas de las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas y latinoamericanas, se encuentran constantemente cuestionadas y sometidas a cambios. Por ejemplo, cada vez que un juez particular de los Estados Unidos interroga de forma activa a los testigos (o permite hacerlo a los jurados), hay un cuestionamiento a la estructura de interpretación y sentido acusatoria.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, Damaška, M., "Aspectos globales de la reforma del proceso penal", *Reformas a la Justicia penal en las Américas*. www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal, 2000.

⁵⁷ Esta era, precisamente, la idea detrás del artículo 431 del Código Procesal Penal de Italia de 1989, que eliminó el acceso completo de los jueces del debate al expediente escrito confeccionado durante la etapa preliminar. Ver Codice di Procedura Penale, art. 431. Para un análisis de esta reforma, ver Grande, E., *op. cit.*, pp. 243-44.

No obstante, el hecho de que esos cuestionamientos ocurran todo el tiempo no significa que los sistemas acusatorio e inquisitivo no existan dentro de estas prácticas procesales penales. La concepción general del sistema sigue siendo altamente predominante dentro de estas prácticas, aun cuando existan varias excepciones y cuestionamientos. En este sentido, no considero que estas culturas procesales —como la cultura en general— sean homogéneas. Mi afirmación empírica es que las culturas procesales acusatoria e inquisitiva siguen siendo altamente predominantes en las jurisdicciones anglosajonas así como en las continentales europeas y latinoamericanas respectivamente, incluso al día de hoy, al menos en lo que se refiere a los procedimientos formales para determinar la culpabilidad o la inocencia.

Segundo, aun cuando las categorías acusatorio e inquisitivo han sido altamente predominantes durante los procedimientos formales para determinar la culpabilidad o inocencia, ello no significa que sean las únicas estructuras de interpretación y sentido que existen respectivamente en los sistemas de justicia penal de las jurisdicciones anglosajonas (*common law*) y continentales europeas y latinoamericanas y similares (*civil law*)⁵⁸. De

⁵⁸ El análisis en detalle de esta cuestión excede los límites de este artículo. Pero quisiera señalar cuatro puntos de importancia. Primero, existen diferencias procesales locales que no pueden ser reducidas a estas estructuras de sentido globales. Por ejemplo, en Francia la fiscalía pertenece al Poder Ejecutivo, en Italia al Judicial y en Argentina es una institución independiente de los tres poderes tradicionales de gobierno. Estas diferentes posiciones institucionales tienen implicancias con respecto a cómo es entendido que es un fiscal en estos tres países, i.e. cuán independientes son del Poder Ejecutivo (para un análisis de las relaciones entre la independencia de los fiscales y la posición institucional de la fiscalía en el contexto latinoamericano, ver Heymann, P. B., “Should Latin American Prosecutors be Independent of the Executive in Prosecuting Government Abuses?”, *University of Miami Inter-american Law Review*, vol. 26, 1995, p. 535). Estos diferentes sentidos, además, no pueden ser reducidos a las estructuras de sentido inquisitivas y acusatorias (para un análisis sobre las consecuencias de estas distintas posiciones institucionales de los fiscales en Francia e Italia, ver Guarnieri, C., “Prosecution in Two Civil Law Countries: France and Italy”, en Nelken, D., *Comparing legal cultures*, Routledge, 1997, p. 183). Segundo, en cada jurisdicción concreta generalmente hay otras estructuras de interpretación y sentido en el proceso penal y, de manera más amplia, en el sistema de justicia penal, que compiten o complementan a lo acusatorio y lo inquisitivo. Por ejemplo, en Estados Unidos durante la mayor parte del siglo XX la etapa de la determinación de la pena no ha estado estructurada o influenciada por el sistema acusatorio, sino por una concepción más bien paternalista del procedimiento que considera al condenado como una persona peligrosa o enferma

todas maneras, pese a la existencia de estas otras estructuras de interpretación y sentido que operan a nivel procesal, legal y social, sería equivocado subestimar la gran importancia de lo acusatorio y lo inquisitivo. Lo acusatorio y lo inquisitivo han ejercido una influencia determinante en las prácticas, normas, estructuras organizacionales, sistemas de incentivos, etc., del proceso penal en las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas y latinoamericanas, especialmente durante la etapa de la determinación de la culpabilidad o inocencia. Aun cuando determinados análisis específicos deban considerar las particularidades locales, y las influencias sociales,

que debe ser rehabilitada (para un análisis sobre la etapa de fijación de la pena en Estados Unidos durante la mayor parte de este siglo, y cómo cambió con la introducción de las *Federal Sentencing Guidelines*, ver, por ejemplo, Stith, K. y Cabranes, J. A., "Judging Under the Federal Sentencing Guidelines", *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1997, p. 1247). Incluso en la etapa de determinación de la culpabilidad, en donde el sistema acusatorio ha prevalecido por mucho tiempo en Estados Unidos, hay procedimientos específicos que están organizados según una estructura inquisitiva de sentido, como aquellos que se realizan ante el gran jurado. Sobre el carácter inquisitivo del gran jurado, ver, por ejemplo, Goldstein, A. S., "Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure", en *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974, pp. 1009-1020. Para una propuesta de introducir más protecciones acusatorias en el procedimiento ante el gran jurado, ver Arenella, P., "Reforming the Federal Grand Jury and the State Preliminary Hearing to Prevent Conviction without Adjudication", en *Michigan Law Review*, vol. 78, 1980, p. 463. Tercero, existen otras estructuras de interpretación y sentido relacionadas no sólo con el sistema de justicia penal, sino también con el sistema legal como un todo. Y si bien algunas de estas estructuras pueden ser reducidas a distinciones globales entre las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas y latinoamericanas y similares - i.e., el razonamiento legal del primero se basa más en las inferencias analógicas, mientras que el segundo lo hace en las deductivas - existen otras diferencias con las cuales ello no puede hacerse. Por ejemplo, mientras algunos países tienen un sistema federal otros no, y esta diferencia no parece originarse en los sistemas acusatorio e inquisitivo. Finalmente, también hay otras estructuras de interpretación y sentido (políticas, económicas, religiosas, de los medios de comunicación, etc.) que exceden la esfera legal, pero que pueden afectar el modo en que el proceso penal y los actores de la justicia penal son entendidos. Por ejemplo, el juez de la investigación preliminar -*juge d'instruction* en los países francófonos, juez de instrucción en España y América Latina - muchas veces es representado en el imaginario social francés como el pequeño funcionario que "hace que la verdad surja" por medio de la lucha "contra los poderosos, la fuerza de la tinta y el derecho, frente al dinero y el poder" y, al mismo tiempo, es una figura emblemática de las provincias en su lucha contra París. Garapon, a., *op. cit.*, supra nota 37, pp. 497-98. Esta es una representación social del juez de la investigación preliminar que generalmente no se encuentra en otros sistemas inquisitivos, como, por ejemplo, en Argentina.

económicas y políticas en el proceso penal, sería erróneo no atender a estas diferencias o similitudes globales de gran importancia. Para usar una metáfora tomada de la moderna teoría de los sistemas, se podría decir que los sistemas anglosajones y continentales europeos y latinoamericanos comparten respectivamente el mismo programa acusatorio o inquisitivo, o uno similar, aun cuando este programa coexista con otros programas legales y sociales en cada jurisdicción particular⁵⁹. Estos programas deben ser conceptualizados adecuadamente para analizar las similitudes y diferencias entre las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas y latinoamericanas, así como la circulación de ideas e instituciones legales entre ellas, y también para discutir los matices de la tesis de la “americanización”.

3. El contenido de la dicotomía: acusatorio vs. inquisitivo

Luego de haber explicado las bases de los sistemas acusatorio e inquisitivo como categorías teóricas, hay dos oposiciones binarias que voy a utilizar en esta sección para explicar las principales diferencias entre estos sistemas. Primero, mientras que el sistema acusatorio concibe al proceso penal como una disputa entre la fiscalía y la defensa ante un árbitro pasivo, el sistema inquisitivo lo concibe como una investigación oficial llevada a cabo por funcionarios públicos para determinar la verdad. Segundo, mientras que el órgano decisor del sistema acusatorio es un jurado que comparte su trabajo con un juez profesional, el del sistema inquisitivo es un juez profesional, o un grupo de ellos, que no comparten su responsabilidad con ningún otro órgano⁶⁰. Estas oposiciones binarias explican algunas de las diferencias entre el sistema acusatorio de los Estados Unidos con los sistemas inquisitivos de Alemania, Italia, Argentina y Francia.

⁵⁹ Ver Teubner, G., “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, vol 13, 1992, pp. 1443, 1455.

⁶⁰ Como explico luego, los jueces profesionales pueden compartir sus responsabilidades con legos en los tribunales mixtos. Sin embargo, incluso en este caso los jueces profesionales generalmente mantienen el control del proceso de toma de decisión, dado que son actores profesionales y permanentes. Además, hay un solo órgano decisor compuesto por jueces profesionales y legos, en lugar de dos –el juez y el jurado– como ocurre en el sistema acusatorio.

Intentar definir a los sistemas acusatorio e inquisitivo a los fines del derecho comparado es una tarea complicada al menos por cuatro motivos distintos⁶¹. Primero, las diferencias entre los procesos penales de la tradición anglosajona y la tradición continental europea y latinoamericana pueden rastrearse hasta el siglo XIII, cuando Inglaterra y Europa desarrollaron distintos sistemas para reemplazar a las prácticas imperantes de entonces que habían tenido lugar desde la caída del Imperio Romano de Occidente⁶². Estas diferencias han evolucionado con el tiempo y explicar sus evoluciones paralelas excede el objeto de este artículo⁶³.

Segundo, como consecuencia de fenómenos como la colonización, “civilización” y “modernización”, cada una de estas dos tradiciones se ha expandido a punto tal de incluir un importante número de países con dife-

⁶¹ Las expresiones “acusatorio” e “inquisitivo” ya eran utilizadas durante el siglo XII en Europa para “distinguir un proceso que requería la promoción de un demandante privado para ponerse en marcha (processus per accusationem), de uno que podía iniciarse en su ausencia (processus per inquisitionem)”. Damaška, M., *Faces of Justice...*, op. cit., p. 3. Es posible que el uso moderno de estas expresiones, que conciben a lo acusatorio y lo inquisitivo no sólo como dos formas distintas de inicio del proceso, sino también como dos sistemas procesales integrales, se haya desarrollado durante el siglo XIX. Según mi conocimiento el primer uso que se hizo en este sentido fue de Hélie, F., *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, vol. 5, 1853, pp. 47-65.

⁶² Para una descripción del sistema de ordalías, juicios de Dios y juramentos, que prevalearon en Europa previo al siglo XIII y una explicación de su desaparición, ver Bartlett, R., *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Process*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

⁶³ Una clásica explicación es Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, 1882. Hay una versión en inglés de este trabajo con traducción de John Simpson. Para análisis contemporáneos de estos desarrollos, ver Cordero, F., *Procedura Penale*, Giuffrè, 1993; Langbein, J. H., and Simpson, AW B., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, 2003; Langbein, J. H., *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*, University of Chicago Press, 1977; Maier, J. B. J., *Derecho procesal penal*, Vol. 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996; Royer, J. P., “Histoire de la Justice En France de la Monarchie Absolue À la République”, 1995. No me refiero a la “evolución” como progreso o movimiento hacia la perfección, sino simplemente como un cambio a través del tiempo. Para un análisis interesante respecto al uso de este término en la teoría de los sistemas, ver Teubner, G., “Legal Irritants: Good Faith in British Law, or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, en *Modern Law Review*, vol. 61, 1998 pp. 11, 15-16, 27-32.

rentes reglas y prácticas legales propias, lo cual complica los esfuerzos para captar las diferencias y similitudes entre estos sistemas⁶⁴.

Tercero, tanto en las jurisdicciones anglosajonas como en las continentales europeas y latinoamericanas, las expresiones “adversarial” (o “acusatorio”⁶⁵) e “inquisitivo” están cargadas con connotaciones políticas y culturales; por ejemplo, generalmente la tradición acusatoria está vinculada a concepciones democráticas o liberales, en tanto que la tradición inquisitiva está asociada a concepciones autoritarias del proceso penal⁶⁶. Esto ha llevado a lo que podría llamarse una batalla retórica por la apropiación de estos términos, lo cual, a su vez, ha multiplicado sus distintos usos⁶⁷. De hecho, como consecuencia de estas connotaciones, lo “acusatorio” y lo “inquisitivo” han sido términos centrales o “significados flotantes” a través de los cuales los actores de las tradiciones anglosajona y continental europea y latinoamericana han definido y diferenciado su propia identidad, tanto con respecto a la identidad de otras tradiciones como la de su propio pasado⁶⁸.

⁶⁴ Sobre la expansión del *common law* en el mundo, ver Zweigert, K. and Hein, K., *Introduction to comparative law*, Oxford University Press, 3ª ed. 1998, pp. 218-37 (3d ed. 1998). Puede verse una descripción sobre el modo en que el sistema inquisitivo se impuso y desarrolló en América Latina en Maier, *op. cit.* Para un análisis de estos desarrollos en varios países de África, Asia y América, ver Pradel, J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2002, pp. 186-201.

⁶⁵ Abraham S. Goldstein intentó trazar una distinción entre los términos “adversarial” - como una forma de establecer los hechos y aplicar las normas - y “acusatorio” - que incluiría no sólo los procedimientos adversariales del juicio, sino una concepción del Estado como neutral en las disputas-. Sin embargo, en este artículo trato estos términos como equivalentes. Ver Goldstein, A. S., “Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974, pp. 1009, 1017

⁶⁶ Para Argentina, ver, por ejemplo, Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, § 5(H)(1) (a)- (b). Para Francia, ver, por ejemplo, Pradel, J., “Inquisitoire-Accusatoire: une redoutable complexité”, *International Review of Penal Law*, vol. 68, 1997, pp. 213, 215. Para Alemania, ver, por ejemplo, Roxin, C. and Bernd, S., *Strafverfahrensrecht*, München, 1998, 25. Auflage § 2, pp. 9-11. Para Italia, ver, por ejemplo, Ferrajoli, L., *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penal*, Bari, Ed. Laterza, 1989, pp. 576, 655 n.84. Para Estados Unidos, ver, por ejemplo, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 442-43, 459-60 (1966).

⁶⁷ Ver Langer, M., *op. cit.*, supra nota 23, pp. 102-14.

⁶⁸ En Estados Unidos la palabra “acusatorio” ha sido utilizada en términos elogiosos en referencia al proceso penal estadounidense que tuvo sus orígenes en Inglaterra, en las luchas por los derechos contra la monarquía autoritaria, las cuales continuaron en las colonias y que finalmente se plasmaron en el *Bill of Rights*. En esta construcción de lo acusatorio, lo

Por último, aun cuando sea posible identificar diferencias históricas entre los procesos penales anglosajones y los continentales europeos y latinoamericanos que han durado hasta el presente, lo cierto es que no siempre se pueden reducir estas diferencias a un principio explicatorio común. Por ejemplo, los *plea bargainings* y las reglas probatorias detalladas han sido tradicionalmente asociadas con los procesos penales anglo-americanos y considerados inexistentes en la mayoría de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas⁶⁹. No obstante, las explicaciones históricas y analíticas de estas dos características no pueden ser reducidas a una única fuente. Los *Plea bargains* parecen haber tenido su origen en un proceso penal entendido como una disputa entre partes, mientras que las reglas

inquisitivo se refiere al proceso penal contemporáneo de Europa que sigue siendo considerado autoritario –v.gr., provocando confesiones en forma coercitiva-. Para un ejemplo de esta construcción de lo acusatorio y lo inquisitivo en Estados Unidos, ver *Miranda*, 384 U.S. pp. 442-43, 459-60 (para otro uso de los términos en Estados Unidos que no es presentado en forma elogiosa, y que se focaliza en el rol del juez en cada uno de estos sistemas, ver, por ejemplo, *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171, 181 n.2 (1991)). En Europa continental uno de los usos más generalizados de lo acusatorio y lo inquisitivo para definir la identidad de su proceso penal moderno ha sido la siguiente. Lo acusatorio se usa para referirse al procedimiento penal moderno anglosajón –y aquellos que prevalecieron en la Europa continental desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta el siglo XIII– considerados generalmente ineficientes en términos del cumplimiento de la ley. Lo inquisitivo se refiere a los procesos penales que prevalecieron en la Europa continental desde el siglo XIII hasta el XIX, y que generalmente se los considera como autoritarios. Los procesos penales modernos de Europa continental constituirían un sistema mixto que combina lo mejor de los otros dos sistemas. Para un ejemplo de este uso a comienzos del siglo XX en Francia, ver Garraud, R. and Pierre G., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Vol. 1, Sirey, 1907, pp. 10-22. Hélie utiliza el término en el mismo sentido, *op. cit.*, pp. 47-65. Para un uso contemporáneo de estos términos en América Latina, ver Maier, M., *Derecho Procesal Penal*, *op. cit.* §5(H)(1)(a)-(c), pp. 443-54, aunque este autor es muy crítico del sistema mixto. No conozco otros autores que hayan analizado lo inquisitivo y lo acusatorio como categorías centrales o significativas a través de las cuales han sido definidas las identidades de los actores de la tradición anglosajona y de la tradición continental europea y latinoamericana. Entender estos procesos de definición de identidad podría abrir nuevas puertas para el análisis comparado del proceso penal. Por ejemplo, podrían ser de utilidad para entender por qué los actores de Europa continental y América Latina han estado interesados en adoptar instituciones e ideas del sistema anglosajón y no al contrario. Para un reciente análisis de las tradiciones legales como identidades, ver Glenn Patrick, H., *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, Langbein, J. H., *Comparative*, *op. cit.* pp. 68-71.

de evidencia detalladas parecen estar principalmente vinculadas a la existencia de un tribunal bifurcado en donde un órgano —el juez— decide qué prueba es admitida en el juicio, y otro órgano —el jurado— decide la culpabilidad o inocencia del acusado⁷⁰.

En este artículo abordo estos problemas de la siguiente manera. Primero, con respecto a los cambios de los sistemas en el tiempo, me focalizo principalmente en los procesos penales contemporáneos de los sistemas continentales europeos y latinoamericanos *antes* de que introdujeran las específicas reformas acusatorias analizadas en las próximas secciones. Segundo, con relación a la pluralidad de jurisdicciones que pueden ser incluidas en las categorías acusatorio e inquisitivo, he decidido concentrarme sólo en cinco. Cuando me refiero al sistema acusatorio me estoy refiriendo a las jurisdicciones estadounidenses, y cuando me refiero a los sistemas inquisitivos me estoy refiriendo a los procesos penales de Alemania, Italia, Argentina y Francia. Tercero, en lo que se refiere a las connotaciones políticas de los términos “acusatorio” e “inquisitivo”, es necesario remarcar que los utilizo sólo como herramientas descriptivas a los fines del derecho comparado. Por último, en lugar de intentar comprender las diferencias entre los sistemas a través de un principio explicatorio, identifico dos modelos dentro de cada sistema como las bases de la comparación⁷¹.

⁷⁰ Id. pp. 70-71. Para un estudio sobre por qué las reglas de evidencia anglosajonas existen con su configuración actual y cómo se relacionan con otras características del sistema anglosajón, ver Damaška, M., *Evidence law drift*, Yale University Press, 1997. Damaška considera que la existencia del jurado no ha jugado un rol tan central como generalmente se sostiene. Id. pp. 26-57.

⁷¹ Dada mi conceptualización de los sistemas acusatorios e inquisitivos como culturas procesales, existe un quinto problema para dotar de contenido a ambas categorías. Como expliqué en la sección II, estas culturas no son completamente homogéneas y dentro de las prácticas procesales penales de Estados Unidos, Argentina, Francia, Alemania e Italia se pueden identificar distintas visiones sobre las características de cada una de estas culturas legales. Así, el hecho de darle un sentido particular a cada una de estas culturas legales puede silenciar o suprimir algunas de las visiones alternativas, y puede contribuir a que prevalezca una visión sobre las otras. La primera manera de lidiar con este problema es mediante su reconocimiento, en otras palabras, siendo consciente y reflexivo al respecto. Además, considero que los sistemas acusatorios e inquisitivos, tal como los defino en esta sección, han sido abrumadoramente predominantes en estas cinco jurisdicciones —al menos durante la etapa de la determinación de la culpabilidad—. Por lo tanto, en este artículo me concentraré en estas concepciones predominantes de lo acusatorio y lo inquisitivo, porque

El primer par de modelos a los fines comparativos son el modelo de la disputa (una característica del sistema acusatorio) y el modelo de la investigación oficial (una característica del sistema inquisitivo)⁷². Según el primer modelo, el proceso penal es entendido como una disputa o contienda entre dos partes, la fiscalía y la defensa, ante un órgano decisor pasivo. La disputa se centra alrededor de la pretensión de la fiscalía de probar más allá de toda duda razonable que el acusado cometió el delito que se le acusa. Si logra hacerlo, entonces la fiscalía gana; si fracasa, gana el acusado.

Hay muchas características del proceso penal anglosajón que pueden ser explicadas a través de este modelo. Por ejemplo, las amplias facultades discrecionales en la persecución penal encajan en este modelo porque la fiscalía, en tanto que una de las partes en disputa, puede considerar que no hay controversia en un caso particular, o bien decidir que no vale la pena la persecución penal y por ende no está obligada a llevarla adelante⁷³. Las declaraciones de culpabilidad encajan en este modelo porque la defensa, en tanto que la otra parte de la disputa, puede conceder que la contraparte

son las más útiles para explicar cómo entienden el proceso penal los actores legales en cada una de estas jurisdicciones, y así cómo se transformó el *plea bargaining* cuando fue adoptado por nuestros cuatro países de la tradición continental europea y latinoamericana. Los trabajos que se focalizan en las voces culturales disidentes en cada una de estas jurisdicciones y en la heterogeneidad de las culturas acusatoria e inquisitiva son de gran valor, pero forman parte de una tarea distinta a la que llevo adelante en este artículo.

⁷² La idea de la disputa y de la investigación ha sido utilizada a los fines del derecho comparado durante mucho tiempo. Ver, por ejemplo, Helie, F., *op. cit.*, p. 53.

⁷³ Para estudios sobre la amplia discrecionalidad que tienen los fiscales estadounidenses ver, por ejemplo, Abrams, N., "Prosecution: Prosecutorial Discretion", en Kadish, S. H., *Encyclopedia of Crime and Justice (Volume 3)*, The Free Press Macmillan Publisher, New York, 1983, p. 1272; Frase, R. S., "The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion", *University of Chicago Law Review*, vol. 47, 1980, p. 246; Krug, P., "Prosecutorial Discretion and its Limits" *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p. 643; LaFave, W. R., "The Prosecutor's Discretion in the United States" *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970, p. 532; Misner, R. L., "Recasting Prosecutorial Discretion", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996, p. 717; Vorenberg, J., "Decent Restraint of Prosecutorial Power", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981, p. 1521. Para análisis clásicos acerca de cómo lidiar con el problema de la discrecionalidad en el sistema de justicia penal, con respecto a las prácticas no solo de los fiscales, sino también de otros actores legales, ver Davis, K. C., *Discretionary justice: A preliminary inquiry*, LSU Press, 1969; Rosett, A., "Discretion, Severity and Legality in Criminal Justice", *Southern California Law Review*, vol. 46, 1972, p. 12.

tiene razón y por ende resolver la controversia; la determinación de culpabilidad o inocencia finaliza⁷⁴ y el caso pasa a la siguiente etapa para la fijación de la pena. Si el proceso penal es visto como una disputa, entonces la estructuración del proceso como la de dos casos que compiten y están en colisión encuadra perfectamente en esta concepción. Por ende, en las jurisdicciones anglosajonas cada parte de la disputa realiza su propia investigación preliminar⁷⁵, aun cuando las partes deben parcialmente revelar la información obtenida a la parte contraria a través de reglas y procedimientos de descubrimiento de elementos de prueba⁷⁶. El juicio se divide en el caso de la fiscalía y el caso de la defensa; las partes generalmente deciden en qué orden se presentará la prueba; los testigos y peritos pertenecen a la fiscalía o la defensa⁷⁷; y el interrogatorio de los testigos es realizado como una disputa entre dos partes, con un examen directo y contra-interroga-

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Fed. R. Crim. p. 11(c)(4).

⁷⁵ Sobre el deber del abogado defensor en los Estados Unidos de efectuar investigaciones razonables, o tomar decisiones razonables en cuanto a la innecesariedad de una investigación particular, ver *Wiggins v. Smith*, 123 S. Ct. 2527 (2003); *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 691 (1984).

⁷⁶ De hecho, hasta la promulgación de la Regla Federal de Procedimiento Penal 16 en el año 1946, no existía el derecho a obtener información y elementos de prueba colectados por la parte contraria. Ver Miller, F. W., et al. *Criminal Justice Administration: Cases and Materials*, Foundation Press, 2000, p. 753. Hoy en día las reglas de descubrimiento se basan en la Constitución según la doctrina Brady, *Strickler v. Greene*, 527 U.S. 263 (1999); *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667 (1985); *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976); *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972); *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963); en las leyes federales, ver, por ejemplo, 18 U.S.C. § 3500 (1970), en las Reglas Federales de Procedimiento Penal, ver, por ejemplo, Fed. R. Crim. p. 12.1, 12.2, 16, y 26.2; y en los poderes de supervisión de los tribunales.

⁷⁷ Sobre la preparación de los testigos que realizan los abogados en Estados Unidos, ver, por ejemplo, Pizzi, W. T., *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, NYU Press, 2000, pp. 21-22 (1999). Ver no obstante, *Federal Rules of Evidence* 614(a) (estableciendo que el tribunal puede convocar de oficio a un testigo); *Federal Rules of Evidence* 706(a) (sosteniendo que el tribunal también puede designar a un perito de su propia selección). No obstante ello, estas potestades rara vez son utilizadas en los juicios penales. Ver, por ejemplo, *United States v. Ostrer*, 422 F. Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976) (señalando que aunque el tribunal tenga la facultad discrecional de citar a un testigo de oficio, este poder rara vez es ejercido). Para un análisis de los obstáculos que enfrentarían los jueces si se volvieron más activos en el juicio, ver Frankel, M. E., "The search for truth: An umpireal view", *University of Pennsylvania Law Review* 123.5 (1975): 1031-1059.

torio, así como también redirecto⁷⁸. Los *plea bargainings* también pueden ser explicados a través del modelo de la disputa porque es natural que en cualquier litigio las partes puedan negociar la solución⁷⁹.

En el modelo de la investigación oficial, que se corresponde con el sistema inquisitivo, el proceso penal es conceptualizado como una pesquisa realizada por uno o más funcionarios públicos a fin de determinar si se cometió un delito y si el imputado participó en él⁸⁰. Hay numerosos elementos del proceso penal de los países continentales europeos y latinoamericanos que se pueden explicar a través de este modelo⁸¹. La persecución penal obligatoria es necesaria en este modelo porque los procesos constituyen una investigación para establecer la verdad, y por lo tanto, sólo se puede desestimar el caso cuando no exista prueba de que se cometió un delito o que el imputado participó en él⁸². En este modelo no existe el

⁷⁸ Ver, por ejemplo, Fed. R. Evid. 611. La Regla de Prueba Federal 614(b) establece que “el tribunal podrá interrogar a los testigos, sean que hayan sido propuestos por el tribunal o por una de las partes”. Pero el uso de esta potestad también es muy infrecuente en los juicios penales. Ver Bradley, *supra* nota 43, p. 421.

⁷⁹ Ver, por ejemplo, Brady, 397 U.S. 742 (aprueba, por primera vez, la constitucionalidad del *plea bargaining*). Sobre la historia del *plea bargaining* en Estados Unidos, ver las referencias en la nota 55.

⁸⁰ Por ejemplo, respecto a que en Francia el fin del proceso penal es la determinación de la verdad, ver Rassat, M. L., *Traité de procédure pénale*, Presses universitaires de France, 2001, p. 297

⁸¹ Recuérdense que esta descripción se refiere a los procesos penales de Argentina, Francia, Alemania e Italia, tal como eran antes de las reformas que analizaré en este artículo. Esto es particularmente importante en el caso de Italia, que cambió muchas de estas características cuando se movió en la dirección del modelo de la disputa con la introducción de su Código Procesal Penal de 1989. Sin embargo, y aun cuando esta descripción se refiera a los procesos penales anteriores a sus reformas, lo cierto es que muchas de estas características siguen estando presentes hoy en día en estos países. Cuando hago citas de reglas me estoy refiriendo a reglas que todavía hoy son válidas (refiriéndose al tiempo en que este artículo fue inicialmente publicado en el 2004).

⁸² Existen diferencias en la forma en que las cuatro principales jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas que se discuten en este artículo regulan esta cuestión. Para las jurisdicciones que establecen reglas de persecución penal obligatoria, ver Código Penal de Argentina, art. 59.4; Costituzione della Repubblica Italiana art. 112 (Italia). Alemania establece la obligatoriedad de la persecución penal como regla, aunque hay excepciones a través de su principio de oportunidad, §§152-54^a, StPO [ley de procedimiento penal]. En Francia, el fiscal tiene discrecionalidad inicialmente para decidir si requiere la instrucción. Code de procédure pénale art. 40. Pero si el fiscal francés decide requerir el inicio de la instrucción luego no puede

concepto de la declaración de culpabilidad porque si bien la admisión de responsabilidad por parte del imputado puede ser un elemento de prueba muy importante, no provee necesariamente de una versión completa de la verdad, la cual debe ser determinada por el tribunal⁸³. Además, no hay *plea bargains*⁸⁴ no sólo porque no hay declaraciones de culpabilidad, sino también porque la verdad no puede ser negociada o arreglada. Finalmente, todo el proceso es estructurado y entendido como una investigación unitaria⁸⁵. Así, existe una sola investigación preliminar: la oficial⁸⁶. En el juicio no hay un caso de la fiscalía y de la defensa, sólo el caso del tribunal, el tribunal decide en qué orden se presentan las pruebas en el debate⁸⁷, los testigos y peritos no corresponden a las partes sino al tribunal⁸⁸, y los interrogatorios son iniciados y dirigidos por el tribunal y no por las partes⁸⁹.

desestimar el caso sin el consentimiento del tribunal. Ver Rassat, *op. cit.*, pp. 452-53 (no analizaré aquí las facultades de la víctima con respecto a esta cuestión). Como no existe ningún sistema capaz de perseguir todos los delitos, la regla de la persecución penal obligatoria, o la discrecionalidad limitada, ha sido descripta como un mito. Se puede consultar el debate sobre este tema en los Estados Unidos en Goldstein, Abraham S. and Martin, M., "The myth of judicial supervision in three inquisitorial" systems: France, Italy, and Germany", *The Yale Law Journal* 87, 2, 1977, pp. 240-283; Langbein, J. H. and Weinreb, L. L., "Continental Criminal Procedure: Myth and Reality", *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978, p. 1549.

⁸³ Ver Moskovitz, M., *op. cit.*, p. 1153. Ver también Langbein, J.H., *Criminal Procedure*, *op. cit.*, p. 73-74.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, Langbein, J.H., *Criminal Procedure*, *op. cit.*

⁸⁵ Respecto a Francia, ver, por ejemplo, Dervieux, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁶ Ver *id.*

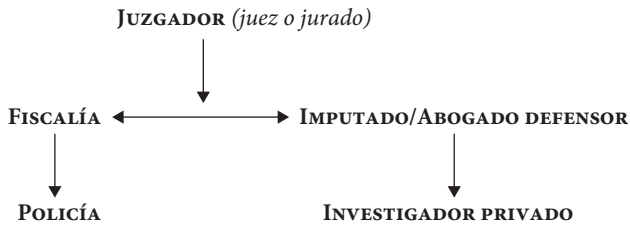
⁸⁷ Ver por ejemplo, Código Procesal Penal de la Nación, art. 356 (Arg.). Respecto a Alemania, ver §§155 Nr. 2, 244 Nr. 2 StPO. Ver también Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, *op. cit.* §15, p. 95.

⁸⁸ Francia es una excepción porque durante el juicio los testigos son de las partes. Ver, por ejemplo, Rassat, *op. cit.*, pp. 405-06. Sin embargo, no se puede preparar a los testigos, y sigue siendo el presidente del tribunal quien hace las preguntas de oficio o a pedido de las partes. Ver Código Procesal Penal (Francia) arts. 312, 332, 454, 536. Desde el 1º de enero de 2001 también las partes pueden preguntar directamente a los testigos. Ver Dervieux, V., *op. cit.*, pp. 258- 59.

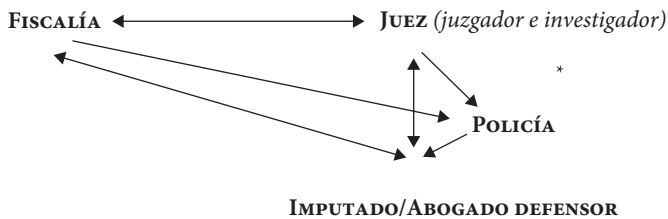
⁸⁹ Respecto a Argentina, ver Código Procesal Penal (Francia) art. 389. Con relación a Alemania, ver §§238 Nr. 1, 240 StPO (Ley procesal penal alemana). La sección 239 del StPO dice que los interrogatorios en el juicio deben desarrollarse a través del examen directo y del contrainterrogatorio (*crossexamination*), si la fiscalía y la defensa lo solicitan. Sin embargo, es muy raro que ello ocurra. Ver Roxin, C., *op. cit.*, §42, p. 343.

Las relaciones entre los actores del proceso en estos dos modelos pueden ser representadas esquemáticamente de la siguiente manera:

MODELO DE LA DISPUTA



MODELO DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL



* En las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas la policía trabaja bajo la supervisión de la fiscalía o del juez –generalmente dependiendo de quién está a cargo de la investigación preliminar–, o ambos.

En el modelo de la disputa, la fiscalía y la defensa se encuentran en el mismo nivel, tanto en lo que se refiere a que tienen relativamente las mismas potestades procesales, como a que ambos son considerados como partes que tienen un interés en juego en el caso⁹⁰. Cada uno tiene sus propios

⁹⁰ Por lo general, se dice que en Estados Unidos el rol del fiscal no sólo es obtener una condena, sino también una decisión justa. Pero en términos comparativos los fiscales estadounidenses habitualmente actúan como partes con un interés en juego en el caso. Por ejemplo,

investigadores —la policía en el caso de la fiscalía, un investigador privado en el caso de la defensa—. El órgano decisor se encuentra por encima de ambos, pero sólo puede tomar decisiones sobre el caso en la medida en que ambas partes consideren que existe una disputa.

También hay un fiscal en el modelo de la investigación oficial. Pero este fiscal no es visto como una parte, sino, más bien, como otro funcionario público o magistrado cuyo rol es establecer la verdad⁹¹. Existe una suerte de división de tareas entre el fiscal y el juez: el primero requiere la investigación de los hechos, la producción de la prueba y la aplicación del derecho, mientras que el segundo investiga, produce la prueba y aplica el derecho. Pero ambos son esencialmente lo mismo: funcionarios públicos imparciales cuya tarea es investigar la verdad⁹². En el esquema provisto se representa al imputado debajo del juez y del fiscal pero no porque no tenga derechos, sino porque tiene un interés en juego en la resolución del caso, y porque no sólo es un sujeto de derechos sino, además, un objeto de investigación⁹³. No hay ningún investigador privado para la defensa puesto

consideran que ganan un caso cuando el acusado es condenado y que lo pierden cuando es absuelto o se dicta un sobreseimiento. Ver Pizzi, W. T., *op. cit.*, p. 1349.

⁹¹ Ver Weigend, W., *op. cit.*, pp. 1233-34.

⁹² Ver *id.*

⁹³ Muchos autores han dicho que en el sistema acusatorio el imputado es un sujeto de derechos, mientras que en el sistema inquisitivo es un objeto de investigación. Posiblemente esto haya sido cierto durante mucho tiempo, pero después de la Segunda Guerra Mundial —e incluso antes en algunas jurisdicciones— la mayoría de los países inquisitivos comenzaron a considerar al imputado como un sujeto de derecho, tanto en el nivel normativo —constituciones, tratados sobre derechos humanos, códigos procesales penales— como en el nivel de la práctica del derecho. Por ende, en la mayoría de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas hoy en día se presume que el imputado es inocente hasta que haya una condena, se reconoce la garantía contra la auto-incriminación forzada, el derecho a contar con un abogado, etc. Ver, por ejemplo, Van Kessel, G., “European perspectives on the accused as a source of testimonial evidence”, *West Virginia Law Review*, 100, 1997, p. 799. Esto no significa, por supuesto, que todos los derechos enunciados sean respetados en la práctica. Lo que pretendo señalar es que el concepto “derechos” parece haber perdido parte de su antiguo valor heurístico para establecer distinciones claras entre los sistemas acusatorios e inquisitivos. Por este motivo no lo menciono como una de las diferencias entre los dos sistemas, tanto en la oposición entre el modelo de la disputa y el de la investigación oficial, como en la oposición entre los modelos de la coordinación y de la jerarquía. Del mismo modo, los conceptos de persecución pública vs. privada tenían un valor heurístico en el pasado en parte porque las jurisdicciones anglosajonas desarro-

que existe una sola investigación oficial, aquella que lleva a cabo el juez, el fiscal y la policía. Si la defensa pretende que se produzca determinada prueba debe requerirla al fiscal o al juez⁹⁴.

El segundo par de modelos que utilizo para captar las diferencias entre los procesos penales del *common law* y de las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas lo constituyen los *modelos de la coordinación y de la jerarquía* en la terminología del profesor Damaška⁹⁵. Según este autor, en el *modelo de la coordinación* la autoridad la ejercen órganos decisores legos que se encuentran en relaciones de poder relativamente horizontales entre ellos, y que aplican en sus decisiones estándares comunitarios⁹⁶. En el *modelo de la jerarquía*, la autoridad la ejercen órganos decisores profesionales cuyas relaciones son jerárquicas y que aplican en sus decisiones reglas técnicas⁹⁷.

Aquí utilizo estos modelos con ligeras modificaciones. En el modelo de la coordinación, característico del proceso acusatorio, incluyo la participación popular mediante el jurado⁹⁸, menos controles jerárquicos⁹⁹, una preferencia por la producción oral de la prueba en el juicio¹⁰⁰, un tribunal bifurcado compuesto por un órgano lego (jurado) y uno profesional (juez), la inexistencia de reglas que obligan a fundamentar el veredicto¹⁰¹, y la existencia de reglas probatorias detalladas que filtran los elementos de prueba que se admiten en el juicio y que guían la valoración de la prueba

llaron un sistema de persecución pública mucho más recientemente que las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas. Hoy en día esa distinción ya no tiene un valor heurístico en términos comparativos. Con respecto a la influencia holandesa en el desarrollo de la fiscalía o perseguidor público en los Estados Unidos, ver Reiss, A. J., "Public prosecutors and criminal prosecution in the United States of America", *Jurid. Rev.* 1975, p. 1. Respecto a la influencia francesa sobre el mismo desarrollo, ver Fournier, A., *Code de Procédure Criminelle De L'État de New York*, 1893, p. 9.

⁹⁴ Ver, por ejemplo, Dervieux, V., *op. cit.*, p. 250.

⁹⁵ Ver Damaška, M., *Faces of Justice, op. cit.*, pp. 16-71.

⁹⁶ *Id.* p. 17.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Constitución EE.UU., enmienda VI; *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

⁹⁹ Ver *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904) (sosteniendo que la fiscalía no puede recurrir las absoluciones en Estados Unidos).

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, *Federal Rules of Criminal Procedure* 26, y *Federal Rules of Evidence* 802.

¹⁰¹ Ver *Federal Rules of Criminal Procedure* p. 31.

que, finalmente, es introducida¹⁰². En el modelo de la jerarquía - parte del proceso inquisitivo - incluyo órganos decisores profesionales¹⁰³, un mayor control jerárquico¹⁰⁴, la aceptación de los elementos de prueba recolectados durante la investigación preliminar y documentada en el expediente¹⁰⁵, un

¹⁰² Ver, por ejemplo, *Federal Rules of Evidence*.

¹⁰³ La provincia de Córdoba en Argentina, Francia, Alemania e Italia tienen tribunales mixtos - compuestos por jueces profesionales y legos - para juzgar los casos penales más graves. Pero en estos tribunales mixtos los jueces profesionales siguen siendo los más influyentes debido a su conocimiento legal y experiencia, y porque los jueces profesionales y legos deliberan juntos. Para un análisis de los tribunales mixtos, ver Langbein, J. H., "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?", *American Bar Foundation Research Journal*, 6.1, 1981, pp. 195-219. Un número importante de sistemas inquisitivos de Europa continental intentaron importar el juicio por jurados durante el siglo XIX. El precursor fue Francia, que estableció el jurado dos veces, en 1791 y 1808. Otros países, como Alemania, siguieron su ejemplo. Sin embargo, hoy en día la mayoría de los sistemas inquisitivos han reemplazado al jurado con tribunales mixtos, o directamente no tienen ningún tipo de participación popular en el sistema de justicia penal (como mencionaré más adelante, dos excepciones son Rusia y España, que introdujeron el jurado en sus respectivos sistemas en 1993 y 1995). Se pueden consultar descripciones sobre la introducción del jurado en Francia y Alemania durante el siglo XIX en los artículos incluidos en Schioppa, P. A., (Ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlín, Duncker und Humboldt, 1987, pp. 1700-1900. Para una explicación de por qué Francia y Alemania finalmente rechazaron esta institución y adoptaron tribunales mixtos, ver Kahn-Freund, O., "On Uses and Misuses of Comparative Law", en *Selected Writings*, 1978, pp. 294, 310. Para un análisis del giro en contra del juicio por jurados por parte de actores legales conservadores y liberales luego del 1900 aproximadamente, ver Hett, B. C., *Death in Tiergarten and Other Stories: Murder and Criminal Justice in Berlin, 1891-1933*, pp. 343-45 (tesis doctoral no publicada, Harvard University, disponible en el archivo de *Harvard International Law Journal*, 2001). Para un análisis de la historia del jurado en Alemania y su vínculo con debates actuales de filosofía política, ver Dubber, M. D., "The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology", *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, p. 227.

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, Langbein, J. H., *Comparative criminal procedure*, *op. cit.*, pp. 84-85.

¹⁰⁵ Las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas actuales se basan en la producción oral de la prueba mucho más que en el pasado. Por ejemplo, su principio de inmediación establece que el órgano decisor, el acusador y la defensa, deben estar presentes durante la producción de la prueba que será valorada por el tribunal para emitir su sentencia. Ver, por ejemplo, Maier, J.B.J., *op. cit.*, *Derecho Procesal Penal*, § 8(D)(3)(c), pp. 877-78. Sin embargo, los elementos de prueba colectados en el expediente siguen teniendo influencia sobre los jueces del debate -que en la mayoría de las jurisdicciones no participan del procedimiento preliminar y sólo conocen estos elementos a partir de los registros escritos-. Para un análisis de esta cuestión en Alemania, ver Damaška, M., "Of hearsay and its analogues", *Minnesota Law Review* 76, 1992, pp. 425, 449-52.

tribunal unitario que decide qué prueba se admite en el juicio y que luego la valora en la sentencia¹⁰⁶, la justificación escrita de esa sentencia¹⁰⁷, y pocas reglas que filtran los elementos de prueba que son admitidos en el juicio y que establecen cómo deben ser valorados¹⁰⁸. Obviamente que esta descripción del modelo de la jerarquía y de la coordinación es breve y esquemática. Sin embargo, no es necesaria una descripción más detallada de ambas categorías puesto que en este artículo hago un uso limitado de ellas¹⁰⁹. Como se verá más adelante, las categorías fundamentales para analizar la transferencia del *plea bargaining* del sistema acusatorio al inquisitivo serán los modelos de la disputa y de la investigación oficial.

4. Reformas recientes en el sistema inquisitivo y la tesis de la “americanización”

Si la tesis de la “americanización” tiene algún tipo de relevancia, incluso en su forma débil, es necesario explicar con mayor precisión la influencia del sistema acusatorio sobre los sistemas continentales europeos y latinoamericanos. Esta sección describe estas influencias en el ámbito del proceso penal. En las últimas tres décadas, y según la región y la jurisdicción, un gran número de países de Europa continental y Latinoamérica introdujeron reformas acusatorias en sus sistemas procesales inquisitivos que van en la dirección del modelo de la disputa y del modelo de la coordinación¹¹⁰.

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Código Procesal Penal de la Nación (Argentina) arts. 356, 398.

¹⁰⁷ Ver, por ejemplo, Constitución, art. 111.6 (que estaba vigente incluso antes de la reforma de noviembre de 1999).

¹⁰⁸ Ver, por ejemplo, Merle, Roger-Vitu, Andre, *Traité de droit criminel*, 5ème édition, Paris, 2001.

¹⁰⁹ Ver infra secciones IV y VIII.

¹¹⁰ En los últimos treinta años ha habido una tendencia por parte de la academia legal anglosajona a proponer reformas inspiradas en la tradición continental europea y latinoamericana. Sin embargo, y a pesar de la calidad de estos trabajos y del hecho de que fueron escritos por distinguidos autores, lo cierto es que ha sido una tendencia muy marginal en el sistema de justicia penal estadounidense y no se ha plasmado en reformas concretas. Entre los trabajos académicos que se han inspirado en el proceso penal continental europeo y latinoamericano se pueden ver Davis, K. C., *op. cit.*, pp. 191-95; Kagan, R., *Adversarial legalism*, pp. 86-87; Spencer, J.R.S., “French and English Criminal Procedure”, en Markesinis, Basil, ed.

En su avance hacia el modelo de la disputa, varios países continentales europeos y latinoamericanos han intentado transformar al juez en un actor más pasivo, con lo cual se depende cada vez más de la fiscalía y la defensa para determinar los hechos y conducir el proceso. Por ejemplo, varios de estos países eliminaron la figura del juez de instrucción¹¹¹ - un símbolo del proceso inquisitivo - e intentaron reemplazarlo por una investigación preliminar conducida por la fiscalía y, en algunos casos, la defensa¹¹². Durante la etapa preparatoria el rol del juez se limita a dictar órdenes de requisa y secuestro, e imponer arrestos, prisión preventiva y cauciones, de un modo

The Gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21st century, Clarendon Press, 1994, pp. 33-45; Pizzi, W.T., *op. cit.*; Weinreb, L. L., *Denial of Justice: Criminal Process in the United States*, New York: Free Press, 1977; Alschuler, A. W., "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System", *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, p. 931; Dubber, M. D., "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure", en *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, p. 547; Frase, R. S., "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?", *California Law Review*, vol. 78, p. 539 (1990); Frase, R. S. and Weigend, T., "German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 18, 1995, p. 317; Krug, p., *op. cit.*, 73; Langbein, J. H., "Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It", *op. cit.*; Langbein, J. H., "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?", *op. cit.*; Van Kessel, G., "Adversary Excesses in the American Criminal Trial", *Notre Dame Law Review*, vol. 67, 1992, p. 403. Para un análisis de por qué en los últimos años no han habido reformas en el sistema acusatorio estadounidense inspiradas en el sistema inquisitivo, ver Langbein, J. H., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 545; Langbein, J. H., "The Influence of the German Emigrés on American Law: The Curious Case of Civil and Criminal Procedure", en Lutter, Marcus, Stiefel, Ernst y Hoeflich, Michael H (eds.) *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991*, Mohr Siebeck, 1993, p. 321.

¹¹¹ Esta figura es conocida como *Juge d'Instruction* en Francia, *Untersuchungsrichter* en Alemania, *Giudice Istruttore* en Italia y Juez de Instrucción en América Latina.

¹¹² Por ejemplo, Costa Rica puso al fiscal a cargo de la investigación preliminar, ver Código Procesal Penal de Costa Rica, arts. 290-91. Sin embargo, la defensa no realiza su propia investigación. Si pretende que determinados elementos de prueba sean colectados durante la etapa preliminar, debe solicitarlo a la fiscalía, ver Código Procesal Penal, art. 292 (Costa Rica). Pero en el nuevo código procesal de Italia, en donde la fiscalía está a cargo de la investigación preliminar, la defensa puede coleccionar sus propios elementos de prueba durante esta etapa, ver *infra* notas 164 y 225.

parecido al modelo anglosajón. Alemania (1975)¹¹³, Italia (1989)¹¹⁴, Guatemala (1994)¹¹⁵, y las provincias de Buenos Aires y Córdoba en Argentina (1998)¹¹⁶, Costa Rica (1998)¹¹⁷, Venezuela (1999)¹¹⁸ y Chile (2000-2003)¹¹⁹, entre otros, han avanzado en esta dirección.

Además, varias jurisdicciones también han modificado los roles relativos de la fiscalía y la defensa durante el juicio. Por ejemplo, Italia introdujo el examen directo y cruzado de testigos en el juicio¹²⁰ y ha permitido que tanto la fiscalía como la defensa citen a sus testigos¹²¹. Italia también ha estructurado sus juicios de modo tal que se dividen en un caso de la fiscalía y uno de la defensa, al igual que en el sistema acusatorio de los Estados Unidos¹²². Los países continentales europeos y latinoamericanos también han comenzado a eliminar, o atenuar, la regla de la persecución penal obligatoria o principio de legalidad, otra característica típica del sistema inquisitivo; ejemplos de ello incluyen a Guatemala (1994)¹²³, Costa Rica (1998)¹²⁴ y Chile (2000-2003)¹²⁵.

¹¹³ Ver Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, op. cit. § 72, p. 533.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, Vassalli, G., "Premessa", en *Istituto poligrafico e zeca dello Stato. Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale*, 1988, pp. 5, 6- 7; Amodio, Ennio & Selvaggi, E., "An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure", *Temple Law Review*, vol. 62, 1989, pp. 1211, 1218-19.

¹¹⁵ Ver Ramírez, L. R. G. y Urbina, M. A.G. en Ambos, K., Maier, J. et al. *Las reformas procesales penales en América Latina*, AD-HOC, 2000, pp. 443, 458-59, 471-72 [en adelante *Las Reformas*]

¹¹⁶ Ver Fabricio Guariglia & Eduardo Bertoni, Argentina, en *Las Reformas*, op. cit., pp. 35, 53-54.

¹¹⁷ Ver Daniel González Álvarez, Costa Rica, en *Las Reformas*, op. cit., pp. 69, 287-88.

¹¹⁸ Ver Sergio Brown Cellino, Venezuela, en *Las Reformas*, op. cit., pp. 769, 803.

¹¹⁹ Sobre las dificultades para introducir estas clases de reformas en una jurisdicción inquisitiva como Chile, ver de la Barra Cousino, C.R., "Adversarial vs. Inquisitorial Systems: The Rule of Law and Prospects for Criminal Procedure Reform in Chile", en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 1998, vol. 5, p. 323.

¹²⁰ CPP art. 498 (Italia).

¹²¹ Id.

¹²² Id. arts. 493, 498.

¹²³ Código Procesal Penal, art. 25 (Guatemala).

¹²⁴ Código Procesal Penal., art. 22 (Costa Rica).

¹²⁵ Código Procesal Penal, art. 170 (Chile).

A los fines de esta investigación es importante señalar que varios países han introducido mecanismos consensuales inspirados en el *plea bargaining*, incluyendo a Alemania (durante la década de los setenta), Italia (1989), Guatemala (1994)¹²⁶, Argentina (1998), Costa Rica (1998)¹²⁷ y Francia (1998).

También han habido movimientos importantes hacia el ideal de la coordinación. Así, algunos países han introducido al jurado en su proceso penal, como Rusia (1993)¹²⁸ y España (1995)¹²⁹. Asimismo, numerosas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas intentaron introducir mayores técnicas orales de manejo de los casos propias del modelo de la coordinación y reducir la importancia tradicional del expediente escrito en el sistema inquisitivo. Ejemplos de ello lo constituyen Italia (1989)¹³⁰, Argentina (sistema federal, 1992)¹³¹, Guatemala (1994)¹³², la provincia de Buenos Aires en Argentina (1998), Paraguay (1999)¹³³, Venezuela (1999)¹³⁴ y Chile (2000-2003)¹³⁵.

Tanto con respecto al modelo de la disputa como al modelo de la coordinación, las recientes reformas en las jurisdicciones continentales euro-

¹²⁶ Para un análisis de este mecanismo en Guatemala, ver Bovino, A., *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*. No. 343.1 (728.1), Fundación Myrna Mack, 1996, pp. 141-64.

¹²⁷ Código Procesal Penal, arts. 373-75 (Costa Rica).

¹²⁸ Ver Gildin, G. S., "Trial by Jury in the New Russia: A Travelogue", *Dick Journal of International Law*, vol. 15, 1996, p. 151; Plotkin, S. R., "The Jury Trial in Russia", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1994, p. 1; Thaman, S. C., "The Resurrection of Trial by Jury in Russia", *Stanford Journal of International Law*, vol. 31, 1995, p. 61. Ver también Orland, L., "A Russian Legal Revolution: The 2002 Criminal Procedure Code", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, 2002, p. 133 (en donde se indica que el nuevo Código Procesal Penal de Rusia de julio de 2002 también incluye el juicio por jurado para los casos más graves).

¹²⁹ Ver Gleadow, C., *History of trial by jury in the Spanish legal system*, No. 6, Edwin Mellen Pr, 2000, pp. 245-85; Thaman, S. C., "Spain Returns to Trial by Jury" *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, p. 241. Ver también Thaman, S. C., "Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia" *Law and Contemporary Problems*, vol. 62, 1999, p. 233.

¹³⁰ Ver, por ejemplo, Grande, *op. cit.*, pp. 237-39, 257.

¹³¹ Ver, por ejemplo, Guariglia & Bertoni, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹³² Ver Ramírez García & Urbina, *op. cit.*, pp. 480-81.

¹³³ Ver, por ejemplo, Alfredo Enrique Kronawetter, Paraguay, en *Las Reformas*, *op. cit.*, p. 605, 635-36.

¹³⁴ Ver, por ejemplo, Brown Cellino, *op. cit.*, pp. 806-07.

¹³⁵ Ver, por ejemplo, Riego, Chile, en *Las Reformas*, *op. cit.*, p. 167, 179.

peas y latinoamericanas parecen confirmar la versión débil de la tesis de la “americanización” en el proceso penal. Sin embargo, no necesariamente confirman la versión fuerte de la tesis de la “americanización” que sostiene que las culturas y prácticas legales de las jurisdicciones influenciadas eventualmente van a parecerse o imitar a sus homólogos estadounidenses. Una valoración rigurosa de la tesis fuerte exige un estudio más detallado de cómo las ideas legales, reglas e instituciones viajan o circulan entre los sistemas legales, así como también los tipos de transformaciones que ocurren durante este proceso. En otras palabras, además de estudiar e identificar las influencias del sistema estadounidense, es necesario entender cómo estas influencias han sido traducidas y qué clase de interacciones han ocurrido entre estas reformas y las prácticas preexistentes de los sistemas de justicia penales receptores.

5. La circulación de ideas legales: de los trasplantes legales a las traducciones legales

Hasta ahora la metáfora de los trasplantes legales - popularizada por Alan Watson - ha sido la metáfora dominante en el análisis de la circulación de instituciones legales entre sistemas legales¹³⁶. A través de numerosos libros y artículos, Watson ha demostrado que la transferencia, el préstamo y la imposición de reglas legales han sido comunes desde tiempos inmemorables, y ha utilizado la metáfora del trasplante para explicar esos sucesos¹³⁷.

¹³⁶ Ver, por ejemplo, Watson, Alan. *Evolution of Law*. Johns Hopkins University Press, 1985; Watson, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, op. cit.; Watson, A., *Society And Legal Change 2Nd Ed*. Temple University Press, 1977; Watson, A., “Aspects of Reception of Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 1995, p. 335.

¹³⁷ El trabajo de Watson debería ser leído parcialmente como una intervención en los debates sobre la autonomía del derecho. En sus análisis históricos Watson intentó demostrar que el derecho no es un espejo de la cultura social, de la sociedad o de la economía, sino que el derecho cambia como consecuencia de sus desarrollos internos en los cuales el trasplante de las reglas legales tiene un rol central. En este sentido, Watson intenta cuestionar los análisis culturales a *la Montesquieu*, los del marxismo y los “derecho y sociedad” contemporáneos. Para valoraciones críticas sobre la intervención de Watson en estos debates, ver Abel, R. L., “Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law”, *Michigan Law Review*, vol. 80, 1982, p. 785;

El éxito de su propuesta es atribuible a numerosas causas, y muchos autores de diferentes ramas del derecho la han adoptado¹³⁸. No obstante, en esta sección cuestiono que la metáfora sea adecuada para discutir la circulación de instituciones legales y, en su lugar, propongo el modelo de la traducción legal como una nueva herramienta heurística para interpretar estas cuestiones.

Hay varios motivos que explican el éxito de la metáfora del trasplante. Primero, el aumento sustancial de la circulación de ideas e instituciones legales a causa de la globalización¹³⁹ ha creado una necesidad e interés en los modos de conceptualizar este fenómeno; la popularidad de la metáfora del trasplante se debe, en parte, a la necesidad de llenar el vacío entre la teoría y la práctica. Segundo, la metáfora del trasplante es poderosa por su naturaleza inherentemente comparativa: el trasplante, como metáfora médica o botánica, supone un cuerpo o ambiente originario y uno receptor. De esta manera, la metáfora permite la comparación tanto entre los sistemas legales originarios y receptores, así como entre las reglas, ideas e instituciones legales originarias y trasplantadas. Esta interpretación puede

Ewald, W., "The American Revolution and the Evolution of Law", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, p. 1; Ewald, W., "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *American Journal of Comparative Law* vol. 43, 1995, p. 489.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, Ajani, *op. cit.*; Berkowitz et al., *op.cit.t.*, p. 5; Buscaglia y Rafliff, *op. cit.*; Ugo Mattei, *op. cit.* p. 22; Schauer, F., *op. cit.* p. 22.

¹³⁹ Ver, por ejemplo, Friedman, L., "Erewhon: The Coming Global Legal Order", *Stanford Journal of International Law*, vol. 37, 2001, p. 347. La globalización también ha sido caracterizada por el aumento de la circulación de bienes y servicios, así como de información. Ver generalmente Sassen, S., *Globalization and Its Discontents. Essays on the new mobility of people and money.*, New York, 1998. Para introducciones generales sobre los debates sobre la globalización, ver, por ejemplo, Holden, B., ed. *The ethical dimensions of global change*, Springer, 1996; Featherstone, Mike, ed. *Global culture: Nationalism, globalization and modernity*. Vol. 2. Sage, 1990; Holden, Barry, ed. *Global democracy: Key debates*. Routledge, 2000; McGrew, A. G., and Held, D. (eds.), *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*, Polity Press, 2000; Lechner, F. J., and Boli, J. (eds.), *The globalization reader*, John Wiley & Sons, 2000; Jenson, J. and Boaventura de Sousa Santos, (eds.), *Globalizing institutions: Case studies in regulation and innovation*, Routledge, 2000. Sobre los efectos potenciales de las tendencias globalizadoras en la relación entre la soberanía del Estado y el derecho internacional, ver Raustiala, K., "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", *Virginia Journal of International Law*, 2002, vol. 43, p. 1.

ser particularmente interesante para el derecho comparado, y una forma útil de analizar el fenómeno de las influencias legales culturales - como la “americanización” - y otras tesis sobre la globalización del derecho (como la tesis de la convergencia)¹⁴⁰. Finalmente, la idea del trasplante también es poderosa porque, debido a su naturaleza médica y botánica, incluye la necesidad de adaptación de la regla legal transferida al nuevo organismo o ambiente —las prácticas del sistema legal existente— y, al mismo tiempo, la posibilidad de rechazo por parte del organismo o ambiente receptor —el sistema legal receptor—¹⁴¹.

Pese a ello, la metáfora del trasplante legal presenta varias deficiencias. En primer lugar, no logra explicar la posibilidad de que, en muchos casos, los conceptos y prácticas legales se transfieren a ciertos niveles conceptuales pero no otros. Por ejemplo, el control de constitucionalidad es una idea y mecanismo que fue “trasplantado” de los Estados Unidos a la Europa continental¹⁴². Sin embargo, el sistema de revisión constitucional en la Europa continental presenta diferencias sustanciales con la versión estadounidense: (a) en los Estados Unidos todos los tribunales pueden declarar inconstitucional una ley o un acto de gobierno, mientras que en Europa continental generalmente puede hacerlo un tribunal constitucional centralizado; (b) en los Estados Unidos los tribunales que realizan este

¹⁴⁰ Ver Markesinis, B. (ed.) *The Gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21st century*, Clarendon Press, 1994; Legrand, P., “European Legal Systems Are Not Converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52. Para una discusión sobre la tesis de la convergencia en el proceso penal, ver por ejemplo, Amann, D. M., “Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context”, *Indiana Law Journal* vol. 75, 2000, p. 809; Bradley, C. M., “The convergence of the continental and the common law model of criminal procedure”, *Criminal Law Forum*, Vol. 7, No. 2, Kluwer Academic Publishers, 1996. Reseña de Fennell, Phil, et al., eds. *Criminal justice in Europe: a comparative study*, Clarendon Press, 1995.

¹⁴¹ No es de extrañar que el debate más interesante sobre los trasplantes legales durante la década de los setenta fue sobre el posible rechazo de las reglas o ideas legales trasplantadas. Comparar Kahn-Freund, O., “On uses and misuses of comparative law”, *Modern Law Review* 37, 1974; Watson, A., “Legal Transplants and Law Reform”, *Law Quarterly Review*, vol. 92, 1976, p. 79.

¹⁴² Ver Blankenburg, E., *op. cit.*, supra nota 16.

control de constitucionalidad son parte del poder judicial, mientras que en Europa continental no siempre es así¹⁴³.

La metáfora del trasplante no es lo suficientemente flexible para captar estos matices y transmite la idea equivocada de que los mismos conceptos y prácticas de “control de constitucionalidad” existen en los Estados Unidos y en Europa continental. Un riñón o un olmo se van a ver esencialmente iguales en los cuerpos o ambientes originarios y en los receptores, pero ello no es lo que generalmente ocurre con las ideas e instituciones legales, que son imitadas a ciertos niveles conceptuales pero no otros.

Otro problema con la metáfora del trasplante es que incluso cuando los reformadores intentan imitar una idea o práctica legal de la manera más fidedigna posible, esta nueva idea, de todos modos, puede ser transformada por la(s) estructura(s) de sentido, las disposiciones individuales, los mecanismos y marcos institucionales y de poder, los sistemas de incentivos, etc., que se encuentren presentes en el sistema legal receptor¹⁴⁴. Por ejemplo, y como se explicó anteriormente, los encargados de la reforma italiana quisieron importar un juicio acusatorio al introducir el principio de que el juez únicamente puede ordenar la producción de prueba en el juicio a solicitud de una de las partes¹⁴⁵. Sin embargo, el código de procedimientos penal también prevé una excepción a este principio al permitir al tribunal

¹⁴³ Para un análisis del Consejo Constitucional de Francia, ver por ejemplo, Provine, D. M., “Courts in the Political Process in France”, en Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H. M., Provine, D. M., & Sanders, J., *Courts, law, and politics in comparative perspective*, Yale University Press, 1996, pp. 177, 190-193.

¹⁴⁴ Este es el motivo por el cual Pierre Legrand entiende que los trasplantes legales son imposibles. El sentido de una regla legal no es determinado - o no es sólo determinado - por las palabras que expresan la regla, sino por el resto del contexto del sentido - i.e., el sistema legal - en el cual la regla está situada. Por ende, cada vez que las palabras que expresan una regla legal son transferidas del sistema legal A, al sistema legal B, el sentido de estas palabras cambiará porque no existen dos sistemas legales exactamente iguales con respecto a sus contextos de sentido. La transformación de la regla transferida - y de ahí la imposibilidad del trasplante legal - será incluso mayor con la transferencia de un sistema del *common law* a uno continental europeo y latinoamericano o viceversa, de acuerdo con las profundas diferencias que tradicionalmente existen entre ambos sistemas legales. Ver Legrand, P., “The Impossibility of Legal Transplants” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, p. 111.

¹⁴⁵ CPP arts. 190.1, 493.1 & 495.1. (2002) (Italia).

de juicio que produzca prueba de oficio si fuese absolutamente necesario¹⁴⁶. Si bien esta excepción no es inusual en las reglas procesales de los Estados Unidos¹⁴⁷, lo cierto es que los jueces rara vez la ejercen¹⁴⁸. Por el contrario, como en Italia un número importante de actores legales están acostumbrados al modelo inquisitivo (y por ende poseen un conjunto de disposiciones internas predominantemente inquisitivas), esta excepción ha sido interpretada de manera tal que le otorga al tribunal amplias potestades para ordenar nuevas pruebas¹⁴⁹. El resultado parece ser un juicio que unas veces es interpretado a través del modelo de la disputa —tal como fue concebido originalmente por los reformistas— y otras a través del modelo de la investigación oficial¹⁵⁰.

Según el marco teórico desarrollado en la sección II, no es sorprendente que esta transformación ocurra en un país como Italia, en donde claramente predominaba un sistema inquisitivo como estructura de interpretación de sentido, en las disposiciones individuales de la mayoría de los actores legales y en la distribución de poderes procesales. Sin embargo, aquí quiero enfatizar que la metáfora del trasplante parece ser, nuevamente, demasiado rígida para captar las transformaciones que ha sufrido el juicio estadounidense en Italia como consecuencia de la interacción con las prácticas judiciales penales preexistentes predominantemente inquisitivas.

Un tercer problema con la metáfora del trasplante es que la transferencia de las reglas, ideas y prácticas legales puede transformar profundamente tanto a la propia práctica transferida, como así también al sistema legal receptor en su totalidad. Así, en el ejemplo anterior, el juicio estadounidense ha sido transformado en su nuevo contexto italiano y, al mismo tiempo, también introdujo nuevos elementos de la disputa en el sistema ita-

¹⁴⁶ CPP art. 507. (2002) (Italia).

¹⁴⁷ Ver, por ejemplo, *Federal Rules of Evidence* 614(a).

¹⁴⁸ Ver *United States v. Ostrer*, 422 F. Supp. 93 (S.D.N.Y. 1976) (en donde se sostiene que aunque el tribunal tiene facultades discrecionales para convocar testigos, lo cierto es que rara vez se utiliza).

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, Corte costituzionale, 24 mar. 1993, n.111, *Raccolta ufficiale delle sentenze e ordinanze delle Corti costituzionale*, vol. 106, 1993, 733 (Azzari); Cass. Pen., sez. un., 28 dic. 1999, n.5549, (Paternò); Cass. Pen., sez. un. 6 nov. 1992, n.11227, (P.M. in proc. Martin), en *Cassazione Penale* 1993, vol. 33, 280, n.157; Grande, *op. cit.*, p. 246 (con cita de más decisiones).

¹⁵⁰ Ver Grande, *op. cit.*, pp. 246-47.

liano. Si estos elementos fuesen incorporados en las disposiciones internas de los jueces, fiscales y abogados defensores, se podrían producir cambios en un sistema en donde la estructura de sentido inquisitiva ha sido claramente predominante; a su vez, esto redefiniría la forma en que se distribuye el poder entre los actores legales. La metáfora del trasplante tampoco parece ser lo suficientemente flexible para captar este fenómeno¹⁵¹. Incluso cuando un cuerpo humano se tiene que adaptar a un nuevo órgano sigue permaneciendo básicamente inalterado. Pero, a contrario de ello, los cambios producidos en un sistema legal por la transferencia de las reglas, ideas e instituciones legales pueden ser mucho más profundos.

Como consecuencia de las limitaciones que presenta la metáfora del trasplante legal, Günther Teubner ha propuesto la expresión “irritantes legales” para captar este fenómeno¹⁵². La metáfora del irritante legal claramente sortea los problemas asociados con la del trasplante. En especial tiene la capacidad de transmitir la idea de que la transferencia de una regla o doctrina legal puede provocar una serie de transformaciones en los sistemas legales y sociales receptores. No obstante, la metáfora del irritante legal posee varias deficiencias, siendo una de las más importantes que pierde la dimensión comparativa que ha hecho a la metáfora del trasplante tan poderosa. Un irritante no necesariamente viene de otro sistema (legal) o de afuera del sistema que irrita. Por lo tanto, se pierde la dimensión comparativa de la metáfora tanto entre el sistema original y el receptor, como también entre la idea o práctica original y la que se transfiere.

Frente a estas limitaciones que poseen las metáforas del trasplante y del irritante, aquí propongo la metáfora de la traducción como mecanismo heurístico superior para analizar la circulación de ideas, prácticas e instituciones legales¹⁵³. La metáfora de la traducción retiene la dimensión

¹⁵¹ En términos botánicos la metáfora del trasplante puede ser más apta para contestar a esta crítica en particular. El trasplante de ciertas especies del ambiente A, al ambiente B, puede producir profundos cambios en el último.

¹⁵² Teubner, “Legal Irritants.” *op. cit.*

¹⁵³ La metáfora de la traducción no se ha utilizado para analizar la circulación de las ideas, reglas, prácticas e instituciones entre sistemas legales, aunque diferentes autores la han usado para analizar otros fenómenos legales. Ver, por ejemplo, White, J.B., *Justice as translation: An essay in cultural and legal criticism*, University of Chicago Press, 1994; Torres, G.,

comparativa que ha hecho tan poderosa a la del trasplante y que carece la del irritante legal. Con respecto a los sistemas legales, la metáfora de la traducción distingue entre el idioma fuente o sistema legal —de donde proviene la idea o institución legal—, de aquella otra de destino —a la cual la idea o institución legal es traducida¹⁵⁴—. La metáfora de la traducción también permite distinguir entre el “texto” original —la idea o institución legal tal como se desarrolla en el sistema legal fuente— y el texto traducido.

Al convocar nuestra atención sobre las diferencias entre el texto original y el traducido, la metáfora de la traducción también distingue las transformaciones que la idea legal puede sufrir cuando es inicialmente transferida del sistema legal que actúa como fuente, hacia aquél que lo hace como destino¹⁵⁵. El primer conjunto de transformaciones se deben a las habilidades y

“Translation and Stories”, en *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 1362. Lawrence Lessig ha usado la metáfora para proponer una nueva teoría de interpretación constitucional. Ver Lessig, L., “Fidelity and Constraint”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1365; Lessig, L., “Fidelity in Translation”, *Texas Law Review*, vol. 71, 1993, p. 1165; Lessig, L., “The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be”, *Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1997, p. 1837; Lessig, L., “Translating Federalism: United States v. Lopez”, *Supreme Court Review*, vol. 1995, p. 125; Lessig, L., “Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, p. 395. Se pueden ver críticas a la propuesta de Lessig, por ejemplo, en Calabresi, S. G., “The Tradition of the Written Constitution: A Comment on Professor Lessig’s Theory of Translation”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1435; Dorf, M. C. “Recipe for Trouble: Some Thoughts on Meaning, Translation and Normative Theory”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997, p. 1857; Levinson, S., “Translation: Who Needs It?”, *Georgetown Law Review*, vol. 85, 1997, p. 1457.

¹⁵⁴ Pierre Bourdieu distingue entre el campo de la producción y el de la recepción para captar la circulación de ideas entre países, en áreas como la filosofía, las ciencias sociales y la literatura. Ver Bourdieu, P., “The Social Conditions of the International Circulation of Ideas”, en Shusterman, R. ed. *Bourdieu: A critical reader*, 1999, p. 221. La distinción entre la producción y la recepción ha sido ampliamente utilizada en los análisis legales. Ver, por ejemplo, Doucet, M. and Jacques V., *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruyant, 1994; López-Medina, D., *Comparative Jurisprudence: Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America*, 2001, pp. 7-12 (tesis doctoral no publicada, Harvard University en el archivo de Harvard Law School Library); Maier, *op. cit.* § 5(D)(5), (D)(8), p. 303, 329 y § 8(A), p. 811.

¹⁵⁵ Me refiero aquí a las transformaciones de la idea o institución legal cuando es transferida por primera vez al sistema legal de destino. Como veremos, hay transformaciones que ocurren una vez que la idea o institución legal ha sido incorporada al sistema legal de destino.

decisiones de los traductores¹⁵⁶, i.e., los reformadores legales¹⁵⁷. La historia y teoría de la traducción han planteado tres perspectivas principales sobre la traducción: (1) la literal, que se caracteriza por una “coincidencia palabra por palabra” entre el texto original y el traducido; (2) la “reformulación fiel pero autónoma”, en donde el traductor intenta ser fiel al original pero, al mismo tiempo, compone un texto que es igualmente poderoso en el idioma de destino; y (3) la recreación, variación, etc., sustancial, en donde la idea de fidelidad al original se ve debilitada, o directamente desaparece, y el objetivo es crear un texto que sea poderoso o atractivo en el idioma de destino¹⁵⁸. Si tomamos los ejemplos examinados en esta sección, la traducción de los Estados Unidos a Italia del principio según el cual la prueba debe producirse en el juicio a pedido de las partes, en vez de que sea dispuesta por el juez de oficio, encuadra entre el primer y el segundo criterio¹⁵⁹. La traducción de la práctica estadounidense del control de constitucionalidad al contexto europeo continental es más cercano al tercero.

El segundo conjunto de transformaciones iniciales del texto pueden originarse en las diferencias entre el idioma fuente y el de destino —las estructuras de interpretación y sentido fuente, y las destinatarias—. Por ejemplo, la palabra “derecho” en español significa en inglés tanto “*right*” como “*law*”. Por lo tanto, si quisiéramos traducirla del español al inglés

¹⁵⁶ Las capacidades del traductor incluyen no sólo su habilidad para traducir textos (legales), sino también su conocimiento del sistema fuente (legal). Para una referencia clásica sobre esta cuestión, ver Dryden, J., “On Translation”, en Jakobson, R., Schulte, R., & Biguenet, J., eds., *Theories of translation: An anthology of essays from Dryden to Derrida*, 1992, pp. 17, 30.

¹⁵⁷ El análisis del trabajo de los traductores y sus decisiones y motivaciones es útil para explicar no sólo las transformaciones que el texto original pueda sufrir, sino también por qué la traducción - i.e., la reforma legal - se llevó a cabo en primer lugar. En el campo de los estudios sobre traductorado recientemente ha habido una tendencia a resaltar las motivaciones y poderes de los traductores. Ver, por ejemplo, Bassnett, S., *Translation studies*, Routledge, 2012, p. 6, 10; Venuti, L., *The translator's invisibility: a history of translation*, London and New York: Routledge, 1995.

¹⁵⁸ Ver Steiner, G., *After Babel: Aspects of Language and Translation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 266.

¹⁵⁹ Id. p. 266 (“Las líneas divisorias entre los tres tipos necesariamente son borrosas”). Sin embargo, la distinción entre los tres tipos todavía puede ser útil para analizar los procesos de traducción.

probablemente algo quedaría perdido en el camino al elegir uno de los dos sentidos del término¹⁶⁰.

Asimismo, la metáfora de la traducción también capta las transformaciones que la idea o práctica legal pueden sufrir en su intercambio con el sistema legal de destino luego de su traducción inicial. Estas transformaciones pueden incluir la neutralización total del “texto” traducido —la regla o práctica legal— sea por medio del ostracismo (desuso o desuetudo)¹⁶¹, o de la censura (i.e., declaración de inconstitucionalidad de la práctica)¹⁶². Además, estas transformaciones pueden incluir una lucha entre los distintos actores y grupos dentro del sistema legal de destino sobre el significado de la institución traducida¹⁶³.

¹⁶⁰ Para un análisis de los obstáculos que presentan las diferencias entre los idiomas a los fines de las traducciones, ver, por ejemplo, Jakobson, R., “On Linguistic Aspects of Translation”, en *Theories of Translation*, *op. cit.* p. 144, 146-51 (Rainer Schulte & John Biguenet eds., 1992). La idea de la intraducibilidad de los textos encuentra su origen en estos obstáculos, porque asume que estas diferencias entre los idiomas hace que las traducciones sean imposibles. Sin embargo, muchos estudios actuales sobre traductorado rechazan esta idea de intraducibilidad. Ver, por ejemplo, Friedrich, H., “On the Art of Translation”, en *Theories of Translation*, *op. cit.*, pp. 11, 14-15.

¹⁶¹ Un ejemplo de este caso de neutralización es la sección 230 del StPO alemán, que dice que los interrogatorios en el juicio deben llevarse a cabo mediante el examen directo y cruzado a solicitud de la fiscalía y la defensa, lo cual es una regla traducida del sistema acusatorio anglosajón. Sin embargo, esta regla se aplica muy pocas veces puesto que, según explica Roxin, no encuadra con la estructura procesal penal de Alemania ya que le quita al presidente del tribunal sus potestades de dirigir el debate. Ver Roxin, C., *op. cit.*, supra nota 66, § 42, p. 343.

¹⁶² Un ejemplo de esto es la “traducción” de las reglas probatorias estadounidenses en el código procesal penal italiano del año 1989, como la prohibición del testimonio de oídas, que permitió el uso en juicio de las declaraciones tomadas durante la etapa preliminar solamente a los fines de impugnar (impeach) al testigo. La Corte Constitucional de Italia, en su decisión 255/1992, declaró la inconstitucionalidad del art. 500.3 que había introducido esa limitación (Corte cost., 18 mag. 1992, n.255, 104 Racc. uff. corte cost. 1992, 7 [en adelante Decisión 255/1992]). Para un análisis más detallado de esta cuestión, ver infra nota 223.

¹⁶³ Por ejemplo, la práctica estadounidense según la cual el equipo de la defensa lleva a cabo su propia investigación preliminar fue traducida a las prácticas italianas en 1989 (D.L.vo 28 lug. 1989, n.271, art. 38, Raccolta Ufficiale degli Atti Normativi della Repubblica Italiana [Racc. Uff.] 1989, vol. 8, 3772, 3780, publicado en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* [Gazz. Uff.] 5 ago. 1989, n.182 [en adelante ley 271/1989]). Como estas prácticas iban en contra de la estructura inquisitiva de sentido y las disposiciones internas de un importante número de actores legales, estos actores interpretaron que los elementos de

Por último, la metáfora de la traducción también es apta para describir la transformación que las prácticas lingüísticas y sociales pueden sufrir bajo la influencia del texto traducido¹⁶⁴. Considérese la influencia que la traducción al inglés de textos de pensadores como Beccaria, Montesquieu y Voltaire tuvo, no sólo en el vocabulario político, sino también en el pensamiento político de la Revolución de los Estados Unidos¹⁶⁵. Del mismo modo, la traducción al francés del *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone (1765) tuvo un fuerte impacto en el vocabulario legal francés, y resultó en que un buen número de actores franceses apreciara positivamente al sistema inglés, lo cual culminó con la incorporación del juicio por jurados dos años después de la Revolución Francesa¹⁶⁶. La traducción de las ideas e instituciones legales puede tener un impacto tanto en el vocabulario como en las prácticas reales del sistema receptor —por ejemplo, modificando antiguas prácticas inquisitivas en la dirección del sistema acusatorio—.

prueba reunidos por la defensa tenían menos valor probatorio que aquellos reunidos por la fiscalía. Por el contrario, quienes apoyaban la reforma acusatoria sostenían que los elementos de prueba reunidos por ambas partes tenían el mismo valor probatorio. Estos últimos, finalmente, impusieron su interpretación con la aprobación de los artículos 391-bis-decimos del CPP en D.L.vo 7 dic. 2000, n.397, publicado en Gazz. Uff. 3 gen. 2001, n.2 [en adelante ley 397/2000].

¹⁶⁴ Varios estudios recientes sobre traductorado se han interesado en este asunto y han mostrado las transformaciones que pueden causar los textos traducidos en las prácticas receptoras lingüísticas y sociales. Ver, por ejemplo, Kenan, L., “Translation as a Catalyst for Social Change in China”, en Tymoczko, Maria, y Edwin Gentzler (eds.), *Translation and power*, Univ of Massachusetts Press, 2002; Lianeri, A., “Translation and the Establishment of Liberal Democracy in Nineteenth-Century England: Constructing the Political as an Interpretive Act”, en *Translation and Power*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁵ Sobre la influencia que estos pensadores tuvieron en la Revolución estadounidense, ver Bailyn, B., *The ideological origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1992, pp. 26-30.

¹⁶⁶ Sobre la traducción de los Comentarios de Blackstone al francés, y su influencia en la percepción positiva del sistema inglés por parte de varios actores franceses, ver Schioppa, A. P., “I Filosopes e la Giuria Penale”, *I-II Nuova Rivista Storica* 107, 1986, p. 107, 123-28.

6. El plea bargaining como un Caballo de Troya del sistema acusatorio

El *plea bargaining* estadounidense es un mecanismo procesal a través del cual la fiscalía y la defensa pueden alcanzar un acuerdo para la solución de un caso sujeto a la aprobación del tribunal¹⁶⁷. El acuerdo puede tener diversas formas, pero generalmente consiste en que el acusado se declara culpable (*plead guilty*) de uno o varios delitos. En contraprestación, la fiscalía desestima otros cargos, acepta que el acusado se declare culpable de un delito menor, o bien solicita —o en todo caso no objeta— que el acusado reciba una condena determinada¹⁶⁸.

La importación del *plea bargaining* ejemplifica la traducción de una práctica legal que tiene la potencialidad de “americanizar” las jurisdicciones inquisitivas. Existen muy pocos mecanismos o instituciones que sean más característicos del sistema acusatorio estadounidense y, en especial, del modelo de la disputa¹⁶⁹. Por definición, el *plea bargaining* estadounidense

¹⁶⁷ Ver, por ejemplo, Federal Rules of Criminal Procedure p. 11(e)

¹⁶⁸ Ver, por ejemplo, Federal Rules of Criminal Procedure p. 11(e)(1).

¹⁶⁹ Recuérdese que en este artículo utilizo el término “acusatorio” en sentido descriptivo. En ese nivel, y teniendo en cuenta que en el sistema estadounidense se utiliza en forma generalizada a los *plea bargains*, es razonable considerar a esta práctica como una característica propia de este proceso penal. Además, esta práctica también coincide o es compatible con la concepción del proceso penal como una disputa entre dos partes ante un árbitro pasivo, concepción que se extiende a todo el sistema de justicia estadounidense. Si en lugar de usar esta expresión en sentido descriptivo, se entendiese al sistema acusatorio como un ideal prescriptivo —según el cual, por ejemplo, todos o la mayoría de los casos deben decidirse a través de un juicio por jurados— se podría considerar que los *plea bargains* no son parte del sistema acusatorio estadounidense, sino que, por el contrario, lo debilitan. Como ya se mencionó anteriormente, las críticas en Estados Unidos contra el *plea bargaining* han sido muy importantes entre la doctrina y se han basado, al menos en cierta medida, en esta concepción prescriptiva del sistema acusatorio. Ver, por ejemplo, Alschuler, *op. cit.*; Langbein, J. H., “Torture and Plea Bargaining”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978, p. 3; Schulhofer, S. J., “Criminal Justice Discretion as a Regulatory System” *Journal of Legal Studies*, vol. 17, p. 43; Schulhofer, S. J., “Is Plea Bargaining Inevitable?”, *Harvard Law Review*, vol. 97, p. 1037; Schulhofer, S. J., “Plea Bargaining as Disaster”, en *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991, p. 1979. Se pueden consultar defensas del *plea bargaining* en Estados Unidos, por ejemplo, en Easterbrook, F. H., “Criminal Procedure as a Market System”, *Journal of Legal Studies*, vol. 12, 1983, p. 289; Easterbrook, F. H., “Plea Bargaining as Compromise”, *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991, p. 1969; Scott, R. E. & Stuntz, W. J., “Plea Bargaining as

asume la concepción acusatoria del proceso penal como una disputa entre dos partes frente a un órgano decisor pasivo. En el modelo de la disputa tiene sentido que las partes puedan alcanzar un acuerdo a través de una declaración de culpabilidad del acusado. Esto es, las partes pueden negociar a fin de lograr ese acuerdo, y si coinciden en que la controversia está finalizada entonces el órgano decisor no tendría ninguna potestad (o en todo caso tendría una relativamente menor y formal) para rechazar esa decisión¹⁷⁰.

Pero, además, las características del modelo de la disputa son condiciones que posibilitan el desarrollo del *plea bargaining*. Por ejemplo, la declaración de culpabilidad (*guilty plea*), que le permite al acusado poner fin a la etapa de la determinación de culpabilidad o inocencia, le ha brindado a la defensa una herramienta de canje en sus negociaciones con la fiscalía. Al mismo tiempo, el hecho de que el juez, en tanto que órgano decisor pasivo, generalmente acepte el acuerdo alcanzado por las partes (los verdaderos dueños del proceso) también brinda un incentivo para el desarrollo de esas prácticas¹⁷¹. Dado que por lo general el juez actúa con deferencia hacia los pedidos de las partes, el acusado puede estar prácticamente seguro de que el acuerdo alcanzado con la fiscalía va a ser homologado; incluso en aquellas situaciones en las que el juez no está limitado por los requerimientos de las partes, tal como ocurre con ciertos acuerdos sobre la pena¹⁷². Asimismo,

Contract”, en *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, p. 1909. Es importante enfatizar, entonces, que estas críticas del *plea bargaining* y mi posición de que es un elemento característico del sistema acusatorio estadounidense no son incompatibles, puesto que mientras que en la mayoría de estas críticas se considera el sistema acusatorio como un ideal prescriptivo, en este trabajo lo utilizo como una categoría descriptiva. En otras palabras, se puede decir que el *plea bargaining* es una característica muy distintiva del sistema acusatorio estadounidense desde una perspectiva descriptiva, y todavía pensar que el *plea bargaining* es problemático desde una perspectiva normativa o prescriptiva.

¹⁷⁰ En el sistema federal estadounidense el tribunal debe informar al acusado sobre la renuncia de sus derechos, verificar la voluntariedad de la declaración de culpabilidad y establecer si existe base fáctica para ello. Ver generalmente, Federal Rules of Criminal Procedure p. 11. Sin embargo, los tribunales suelen remitirse a los acuerdos alcanzados por las partes.

¹⁷¹ En sentido inverso, la práctica habitual del *plea bargaining* entre las partes también refuerza la idea del juez como un árbitro pasivo.

¹⁷² Ver, por ejemplo, Federal Rules of Criminal Procedure. 11(c), que incluye dos tipos de recomendaciones de pena que puede realizar el fiscal: la primera no vincula al tribunal,

y debido a que el fiscal tiene la potestad para desestimar o disminuir los cargos, las amplias facultades discrecionales que tiene en el modelo de la disputa le otorgan una herramienta poderosa y flexible para negociar con la defensa sobre una declaración de culpabilidad¹⁷³.

Por el contrario, hay pocas prácticas que son más incompatibles con el sistema inquisitivo y el modelo de la investigación oficial que el *plea bargaining*. Primero, el propio concepto de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) no existe en el sistema inquisitivo¹⁷⁴. Segundo, no hay dos partes que negocian y pactan, tal como ocurre en el sistema acusatorio, y que pueden llegar a un acuerdo con respecto a sus respectivas pretensiones, así como también sobre los hechos del caso. En el modelo de la investigación oficial el fiscal no es una parte sino otro funcionario público que, al igual que el juez, tiene que determinar qué ocurrió¹⁷⁵. En este modelo el fiscal tiene que establecer la verdad “real”, la cual no puede ser negociada ni acordada. En todo caso, el juez siempre tendrá la última palabra sobre las conclusiones de la investigación. Igualmente, el mismo acto de negociar con el acusado tradicionalmente ha sido considerado como una conducta inadecuada por parte de estos funcionarios. En las negociaciones y pactos las partes tienen que reconocerse mutuamente como iguales, al menos a cierto nivel. Sin embargo, en el modelo de la investigación oficial, el fiscal, el juez y el acusado no son iguales porque el último tiene un interés en juego en el proceso mientras que los otros dos no.

Además, muchas de las condiciones exigidas para el desarrollo potencial del *plea bargaining* no existen en el sistema inquisitivo. No sólo que el concepto de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) no existe en ese sistema, sino que el fiscal también tiene una discrecionalidad mucho más

mientras que la segunda lo vincula sólo luego de que haya aceptado el acuerdo. Para una propuesta de permitir al fiscal establecer el límite máximo de la pena, ver Scott & Stuntz, *op. cit.*, pp. 1953-57.

¹⁷³ La doctrina ha establecido este vínculo entre la discrecionalidad de la fiscalía y los acuerdos. Ver, por ejemplo, Meares, T. L., “Rewards for Good Behavior: Influencing Prosecutorial Discretion and Conduct with Financial Incentives”, *Fordham Law Review*, vol. 64, 1995, pp. 851, 862-73.

¹⁷⁴ Ver Langbien, *op. cit.*, nota 39, pp. 73-74; Moskovitz, *op. cit.*, p. 1153.

¹⁷⁵ Ver Weigend, *op. cit.*, nota 35, pp. 1233-34.

limitada para decidir qué casos y qué cargos puede presentar, tal como lo simbolizan y regulan el principio de la persecución penal pública obligatoria¹⁷⁶. Del mismo modo, los jueces suelen no sentirse vinculados por las peticiones que las partes pueden realizar respecto a la pena.

No obstante ello, y a pesar de la aparente incompatibilidad entre el *plea bargaining* y el modelo de la investigación oficial, hay un gran número de países continental europeos y latinoamericanos que han mostrado recientemente un interés en traducir este mecanismo en sus procedimientos. Las razones varían según la jurisdicción, pero una razón común ha sido el aumento en la tasa de delitos en la mayoría de estos países en los últimos años¹⁷⁷. Esta situación ha producido un aumento en la carga de sus procedimientos penales, lo cual les ha exigido gestionar más casos en menos tiempo que antes¹⁷⁸. Por lo tanto, la obtención del consentimiento del imputado mediante negociaciones o la oferta de beneficios, puede derivar en que los procesos penales regulares inquisitivos sean innecesarios, o al menos puede brindar una justificación para simplificarlos o directamente evitarlos. Si se lo entiende en este contexto, la introducción de mecanismos de negociación consensual ha sido vista como una forma de hacer más flexibles a los rígidos sistemas inquisitivos.

La introducción del *plea bargaining* en Europa continental y en Latinoamérica es particularmente relevante para el análisis de la tesis de la “americanización”. El hecho mismo de que el *plea bargaining* estadounidense se haya convertido en un punto de referencia en las reformas recientes en el mundo continental europeo y latinoamericano da sustento a la versión débil de esta tesis. Sin embargo, se podría pensar que la propagación del *plea bar-*

¹⁷⁶ Ver supra nota 82.

¹⁷⁷ Para un análisis sobre otros motivos por los cuales las jurisdicciones europeas han traducido a los *plea bargains* para acomodar sus procesos, ver, por ejemplo, Tulkens, F., “Negotiated justice”, *European criminal procedures, op. cit.*, 2002, pp. 645-49.

¹⁷⁸ Con respecto a Argentina, ver infra nota 284. En Francia, el proyecto que introdujo el “*plea bargaining*” francés tenía como objetivo fortalecer la eficiencia del proceso penal. Ver Cedras, J., “L’hypothèse de l’américanisation du droit pénal français”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 45, 2001, p. 149, 156. Con relación a Alemania, ver infra nota 184 y el texto adjunto. Respecto a Italia, ver, por ejemplo, Ferrua, P., “La Giustizia Negoziata nella Crisi della Funzione Cognitiva del Processo Penale”, en *Studi sul Processo Penal*, vol. 3, 1997, pp. 131, 134.

gaining también daría apoyo a la versión fuerte de la tesis. El *plea bargaining* estadounidense asume una concepción acusatoria del proceso penal. Si los países continental europeos y latinoamericanos tradujeran este mecanismo fielmente, y no lo rechazaran con posterioridad, entonces el efecto de esta importación podría ser que la fiscalía y la defensa empezaran a considerarse a sí mismos como partes en una disputa, y sean percibidos por los otros actores legales de esa manera; algo similar ocurriría con el juez como árbitro pasivo. Si esto ocurriera, entonces se alterarían las disposiciones internas de los actores legales y se produciría un cambio, o, al menos, un cuestionamiento profundo a la estructura de sentido de la investigación oficial por parte de la subestructura de la disputa. Esto podría generar, a su vez, un cambio en las relaciones clásicas de poder de una estructura a la otra, así como cambios en la organización de los recursos humanos y materiales, incluyendo las técnicas de gestión de casos, entre otros elementos.

En otras palabras, se podría pensar al *plea bargaining* como un Caballo de Troya con el potencial de introducir, escondido en su interior, la lógica del sistema acusatorio en el inquisitivo. Si esto ocurriera, entonces la tesis de la “americanización” sería válida, incluso en su versión fuerte, porque los sistemas inquisitivos que tradujeron el *plea bargaining* gradualmente comenzarían a “americanizarse” al adoptar la concepción acusatoria del proceso penal.

En las próximas secciones analizo cuatro traducciones específicas del *plea bargaining* que demuestran los efectos complejos que tiene la circulación de este instituto entre las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas. Estas secciones dan apoyo a la idea de que la “americanización” no está ocurriendo en todas las jurisdicciones que han adoptado en los últimos años mecanismos inspirados en el *plea bargaining*, aun cuando en algunas de ellas pueda estar ocurriendo. Los cuatro ejemplos que se analizan son el llamado *Absprache* en Alemania, el *patteggiamento* en Italia, el procedimiento abreviado en Argentina y la *composition* en Francia. Estos cuatro mecanismos han sido explícitamente catalogados como “*plea bargaining*” o han sido considerados cercanos a aquél en cada uno de estos cuatro países y, en algunos casos, también en Estados Unidos¹⁷⁹. El análisis

¹⁷⁹ Respecto al *Absprachen*, ver, por ejemplo, Herrmann, “Bargaining Justice”, infra nota 183; Schünemann, “Die Absprachen im Strafverfahren”, infra nota 186, p. 527. Con relación al

de cada una de estas traducciones se divide en dos partes principales. La primera analiza las similitudes y diferencias entre el *plea bargaining* estadounidense y el *Absprache*, el *patteggiamento*, el procedimiento abreviado y la *composition*. La segunda analiza los tipos de transformaciones que estas traducciones pueden producir en los procesos penales de Alemania, Italia, Argentina y Francia. La cuestión central en esta sección es determinar si estos procesos inquisitivos siguen manteniendo su modelo tradicional de investigación, si se están moviendo en la dirección del modelo estadounidense de la disputa, o bien si se están moviendo en una dirección distinta a aquellas dos. Este análisis nos va a permitir examinar los cambios que estas reformas pueden producir en los procesos penales de la tradición continental europea y latinoamericana.

7. El “plea bargaining” alemán

Al ser una jurisdicción en donde prevalecía el modelo de la investigación oficial, el sistema alemán no se prestaba para la posibilidad de una negociación con el imputado¹⁸⁰. De hecho, a finales de la década de los setenta, uno de los comparatistas estadounidenses más importantes definía a Alemania como una “tierra sin *plea bargaining*”¹⁸¹. Sin embargo, durante la década de los setenta los jueces, fiscales y abogados defensores del sistema de justicia penal alemán empezaron a desarrollar acuerdos (*Absprachen*

patteggiamento, ver, por ejemplo, Ferrajoli, *op. cit.* Respecto al procedimiento abreviado, ver, por ejemplo, Anitua, G.I., “El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en *El procedimiento abreviado*, *op. cit.*, p. 137, 144. Sobre la *composition*, ver, por ejemplo, Merle y Vitu, *op. cit.*, p. 396.

¹⁸⁰ Ver, por ejemplo, Kühne, H.H., “Germany”, en Van den Wyngaert, C., et al. (eds.), *Criminal procedure systems in the European Community*, Butterworths, 1999, p. 137, 145 (Christine Van Den Wyngaert et al. eds., 1993. “El principio de ‘instrucción’ (*Instruktionsmaxime*), como opuesto al principio de negociación (*Verhandlungsmaxime*), impone a todas las autoridades involucradas en el proceso penal la obligación de buscar la verdad”. El StPO (Ley procesal alemana) establece el principio de “instrucción” o principio inquisitivo (§ § 155 Nr. 2, 244 Nr. 2 STPO).

¹⁸¹ Langbein, “Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It”, *op. cit.*

o *Verständigungen*) a escondidas, antes o durante el juicio¹⁸². Un factor de influencia para este desarrollo fue el aumento en la cantidad de casos penales, y las dificultades y duración de los juicios penales por delitos económicos, ambientales y de tráfico de drogas¹⁸³. En este sentido, la práctica parece haber surgido como una respuesta a necesidades concretas antes que como producto de profundas influencias culturales del sistema estadounidense sobre el alemán. La práctica se mantuvo oculta hasta 1982, cuando se publicó el primer artículo sobre el tema bajo un seudónimo, en donde se indicaba que se trataba de una cuestión delicada para discutir dado que iba contra los principios básicos del proceso penal alemán¹⁸⁴. A partir de entonces ha tenido lugar un acalorado debate en donde autores muy importantes han criticado y se han opuesto a la práctica, mientras que los tribunales generalmente la han sostenido, aunque imponiéndole determinados límites¹⁸⁵.

Si bien las formas y el contenido de las negociaciones y acuerdos alemanes son diversas, la idea básica es la siguiente: durante la preparación del juicio, o bien durante el mismo juicio, el acusado puede ofrecer confesar en el debate a cambio de que el juez le garantice que la pena no será superior a cierto límite, o que un determinado número de cargos va a ser desestimado por la fiscalía¹⁸⁶. Estas negociaciones pueden ser iniciadas

¹⁸² Ver Herrmann, J., "Bargaining Justice--A Bargain for German Criminal Justice?", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 53, 1992, p. 755, 755-57.

¹⁸³ Ver Roxin, *op. cit.*, § 15, p. 95; Frase & Weigend, *op. cit.*, p. 345

¹⁸⁴ Deal, D., "Der strafprozessuale Vergleich", en *Strafverteidiger*, vol.2, 1982, p. 545

¹⁸⁵ Para un análisis de este debate en inglés, ver Swenson, T., "The German 'Plea Bargaining' Debate", *Pace International Law Review*, 1995, vol. 7, p. 373. Uno de los críticos más importantes de estas prácticas ha sido el profesor Bernd Schünemann. Ver, por ejemplo, Schünemann, B. and Deutscher J., *Absprachen im Strafverfahren?: Grundlagen, Gegenstände und Grenzen: Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag*, CH Beck, 1990. Los acuerdos no han sido formalmente introducidos en el Código Procesal Penal de Alemania. Ver, por ejemplo, Weigend, T., "Abgesprochene Gerechtigkeit-Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?", *Juristenzeitung*, vol. 45, 1990, p. 774, 775 (en donde sostiene que el Código Procesal Penal alemán no menciona a los acuerdos). Nota de actualización de la versión original: años después de la publicación de la versión original en inglés de este artículo, los acuerdos o entendimientos fueron formalmente introducidos en el Código Procesal Penal Alemán (§257c) y regulados también en otras secciones de este código.

¹⁸⁶ En este artículo sólo analizaré aquellos acuerdos que han generado mayor controversia en el sistema de justicia penal alemán. Existen otros dos mecanismos que también han

por la defensa, el juez o la fiscalía. No es necesario que todos los actores legales participen, con lo cual las negociaciones se pueden llevar a cabo solamente entre el juez del debate y la defensa¹⁸⁷. Sin embargo, todos los actores del caso deben ser informados del acuerdo en el juicio¹⁸⁸. Además, los acuerdos requieren de la cooperación y la confianza mutua entre el juez, la fiscalía y la defensa¹⁸⁹.

Como queda claro de esta descripción, las transformaciones que sufrió el *plea bargaining* estadounidense al ser traducido al sistema procesal penal alemán son sustanciales¹⁹⁰. Primero, las negociaciones y acuerdos alemanes (*Absprachen* o *Verständigungen*) no se refieren a declaraciones de culpabilidad (*guilty pleas*), sino a meras confesiones. Por ende, si bien el acuerdo generalmente acorta el juicio, ya que con la confesión se facilita la prueba de los hechos que son materia de acusación, de todos modos no lo reem-

sido comparados con el *plea bargaining* estadounidense. El primero es el procedimiento de la orden penal – *Strafbefehlsverfahren* – regulado en las secciones 407-12 de la StPO. En este procedimiento el fiscal en vez de remitir el caso a juicio, solicita al juez una orden penal. El fiscal prepara un borrador de la orden penal en donde describe los detalles del caso y solicita una consecuencia legal específica que puede incluir una multa, el retiro del permiso de conducir, o incluso el encarcelamiento hasta un año a cumplirse en probation. Si el juez convalida el borrador, entonces se notifica al acusado quien debe oponerse si pretende evitar su ejecución. Este procedimiento se utiliza para manejar el núcleo de las infracciones penales menores. Para una descripción en inglés, ver Herrmann, *op. cit.*, pp. 760-63. Este procedimiento ha sido comparado con el *plea bargaining* porque el fiscal y la defensa pueden negociar con respecto a la consecuencia de la orden penal. Ver, por ejemplo, Frase & Weigend, *op. cit.* en nota 111, p. 345. El segundo procedimiento que ha sido comparado con el *plea bargaining* es el establecido en §153(a) del StPO. En casos sobre delitos menores este procedimiento autoriza a la fiscalía, con el consentimiento del tribunal y del imputado, a desestimar el caso condicionado al cumplimiento de una condición por parte del imputado. Esta condición puede incluir la reparación del daño causado por el delito, la realización de tareas comunitarias, etc. En este sentido, es similar a la práctica estadounidense de la *diversion*. Este procedimiento se incorporó al Código Procesal Penal de Alemania en 1975, ver Herrmann, *op. cit.*, p. 757. Para un análisis de este mecanismo en inglés, ver *id.*

¹⁸⁷ Ver, por ejemplo, Swenson, *op. cit.*, pp. 378-79.

¹⁸⁸ “Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen” [BGHSt] [Corte Suprema Penal] 43, 195 (195, 205-06) (F.R.G.).

¹⁸⁹ Ver, por ejemplo, Swenson, *op. cit.*, p. 378.

¹⁹⁰ El *plea bargaining* estadounidense ha sido el modelo de referencia y un factor que fomentó el desarrollo de estas prácticas de negociación. Ver Weigend, *op. cit.*, p. 186.

plaza en su totalidad¹⁹¹. Segundo, como la defensa tiene acceso completo al expediente escrito que contiene la investigación preliminar —la fiscalía tiene un deber de divulgación completo hacia la defensa en el sistema alemán—, la defensa posee un mejor conocimiento del caso que el que tiene su similar estadounidense durante las negociaciones¹⁹². Tercero, el juez que preside el juicio generalmente es un participante activo en estas negociaciones y acuerdos. Habitualmente los dos principales actores de la negociación en el sistema alemán no son la fiscalía y la defensa, como ocurre en el sistema estadounidense, sino el juez que preside el caso y la defensa¹⁹³.

Estas diferencias sustanciales entre el *plea bargaining* estadounidense y los *Absprachen* alemanes revelan lo insuficiente que es la “metáfora del trasplante legal” para captar el fenómeno de las influencias legales. Es erróneo sostener que el *plea bargaining* estadounidense ha sido trasplantado a Alemania porque esta afirmación conlleva la falsa idea de que el mismo mecanismo legal existe en ambos países. Por el contrario, la metáfora de la traducción explica la posibilidad de que puedan desarrollarse diferencias sustanciales entre la práctica legal originaria y la traducida. A través de la metáfora de la traducción se pueden explicar las diferencias que sufrieron los “*plea bargains*” estadounidense y alemán con su traducción desde un sistema con una estructura de interpretación y sentido prevalecientemente acusatoria, hacia otro sistema dominado por una estructura de sentido inquisitiva. Los traductores del “*plea bargaining*” alemán silenciosamente introdujeron la práctica conscientes de que su legitimación y significado era cuestionable en la estructura de sentido alemana. Así, por ejemplo, no tenían la autoridad para modificar formalmente otros aspectos del procedimiento penal mediante una reforma del Código Procesal Penal. Estas

¹⁹¹ Ver Herrmann, *supra* nota 183, p. 764.

¹⁹² Id. La Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado que el fiscal no tiene una obligación constitucional de revelar pruebas que podrían servir para cuestionar a los testigos (impeachment) o sobre defensas afirmativas (affirmative-defenses) antes de la declaración de culpabilidad del acusado. Ver *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002). Para un análisis de los problemas que presentan para los *plea bargains* los deberes limitados de los fiscales de revelar las pruebas a la contraparte (*discovery*) en los Estados Unidos, ver, por ejemplo, Ostrow, E. J., “The Case for Preplea Disclosure”, *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 1581.

¹⁹³ Ver Herrmann, *op. cit.*, p. 764.

restricciones limitaron el rango de sus poderes de decisión y descartaron toda posibilidad de fidelidad al modelo del *plea bargaining* estadounidense con la traducción de la nueva práctica.

Estas limitaciones de su poder de los traductores significaron que los traductores tuvieron que negociar sustancialmente con la estructura de interpretación y sentido inquisitiva preexistente, con las disposiciones internas predominantes entre los actores legales alemanes y con la estructura de poder procesal. Por ejemplo, el procedimiento penal alemán no incluía el concepto de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*), y no había ninguna reforma legal que pudiera introducirlo. Entonces, los traductores tuvieron que tratar a la admisión negociada no como una declaración de culpabilidad (*guilty plea*), sino como una confesión. Esto significó que los juicios de todos modos deben realizarse, incluso cuando pueden ser acortados mediante los *Absprachen*. Además, en la estructura de interpretación y sentido inquisitiva el juez es un participante activo en el juicio, de hecho es el más poderoso¹⁹⁴. Consecuentemente, cualquier acuerdo para resolver los casos en forma rápida que pretenda ser viable debe incluirlo, y en la práctica el juez juega un papel central en las negociaciones; sólo él puede asegurarle al acusado que la pena no será superior a determinado límite, y sólo él tiene control sobre la potestad de la fiscalía de desestimar los cargos en la etapa del debate. Por ende, la traducción del *plea bargaining* a las prácticas alemanas tuvo que ser adaptada a los poderes procesales preexistentes en donde el juez sobresalía como la figura más importante en el juicio.

La siguiente cuestión a explorar es qué tipos de transformaciones estas prácticas pueden producir en el proceso penal alemán en el futuro. El *plea bargaining* estadounidense tiene la potencialidad de transformar la estructura de interpretación y sentido alemana, las disposiciones internas de sus actores legales y la distribución de los poderes procesales entre ellos. Sin embargo, en este caso, los *Absprachen* alemanes no parecen ser un Caballo de Troya que contenga al modelo de la disputa estadounidense. El juez alemán sigue siendo el actor más activo en el juicio y no se ha transformado en un árbitro pasivo. Por lo tanto, aun cuando una amplia adopción de esta

práctica afecte la forma en que los jueces alemanes perciben sus roles y son percibidos por otros actores legales, lo cierto es que el resultado final no será su transformación en un órgano decisor pasivo¹⁹⁵.

Sin embargo, ¿seguiría siendo el juez un investigador oficial de la verdad si esta práctica impusiera su lógica sobre el resto del sistema de justicia penal alemán? En otras palabras, ¿podría el modelo de la investigación oficial absorber y sobrevivir a esta traducción, o se vería radicalmente transformado por ella? Cualquiera de estos escenarios es posible.

El modelo de la investigación oficial puede absorber los acuerdos de confesión en la medida en que la mayoría de los actores legales entiendan y utilicen a estos acuerdos como herramientas para descubrir la verdad, en lugar de como mecanismos para resolver los casos penales en forma rápida¹⁹⁶. De hecho, el ofrecimiento de beneficios al acusado a cambio de una confesión detallada, lo cual serviría como una circunstancia atenuante a los fines de la determinación de la pena, no es para nada novedosa en el modelo de la investigación oficial. Así, los acuerdos de confesión pueden ser interpretados como una extensión de esta práctica.

Hay dos decisiones importantes que indican que un gran número de

¹⁹⁵ Si bien no hay datos oficiales con respecto al alcance con el cual esta práctica es empleada, según Weigend, diversas estimaciones y encuestas indican que aproximadamente uno de cada cuatro juicios es resuelto mediante un acuerdo. Weigend, supra nota 191, p. 774. Esto indica que los jueces, fiscales y abogados defensores han aceptado ampliamente la nueva práctica. Los incentivos que la nueva práctica genera para los jueces, fiscales y abogados defensores -i.e., la reducción en la cantidad de causas y su resolución más rápida- parece ser la principal razón de esta aceptación generalizada. Para un análisis de estos incentivos, ver Schünemann, B., "Die Absprachen im Strafverfahren," en Hanack, Ernst-Walter, et al., eds. *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, Walter de Gruyter, 2011.

¹⁹⁶ El sistema de la investigación oficial también podría sobrevivir si las prácticas de negociación fuesen censuradas -i.e., a través de su prohibición legal-. Aún cuando algún sector de la doctrina ha sugerido esta posibilidad, la discusión entre jueces, fiscales y abogados defensores no se ha focalizado en la eliminación de estas prácticas de negociación, sino en cómo deben interpretarse. Al parecer esta limitación en la discusión se debe a los incentivos que los jueces, fiscales y abogados defensores han tenido para apoyar estas prácticas de negociación. El hecho de que los doctrinarios no estén bajo el mismo sistema de incentivos, quizá explique por qué han sido más fieles a sus disposiciones inquisitivas internas pre-existentes que aquellos que practican el derecho. Sobre las profundas divisiones entre la mayoría de la doctrina y los practicantes con respecto a los acuerdos, ver, por ejemplo, Weigend, T., "Eine Prozessordnung für abgesprachene Urteile?," *Neue Zeitschrift für Strafrecht [NSTZ]* 57, 1999.

actores legales en el sistema de justicia penal alemán están tratando de interpretar y conducir a los acuerdos de confesión en esta dirección. Primero, en su único pronunciamiento sobre el tema¹⁹⁷, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) sostuvo que estos acuerdos son admisibles siempre que no violen el concepto constitucional de *Rechtsstaat* - Estado de derecho - y un conjunto de principios sustantivos y procesales¹⁹⁸. Entre estos principios, el BVerfG mencionó aquel que obliga a los jueces y fiscales a investigar la verdad material¹⁹⁹. En consecuencia, el juez no puede condenar a un acusado con base en un acuerdo de confesión si debería haber considerado que tenía el deber de considerar más pruebas²⁰⁰.

Además, en su decisión del 28 de agosto de 1997, la Corte Suprema Federal de Alemania analizó en detalle, y por primera vez, los requisitos que debían cumplir estos acuerdos para que sean considerados admisibles²⁰¹. Al respecto, dijo que no debía haber una violación del deber judicial de establecer la verdad²⁰². Esto significa, por ejemplo, que el tribunal no puede basar su sentencia sólo en una confesión obtenida a través de un acuerdo, sino que debía examinar la credibilidad de esa confesión y, eventualmente, ordenar la producción de prueba adicional en el juicio²⁰³.

Se puede concluir, entonces, que estas dos decisiones consideran que la confesión obtenida es algo distinto a un *guilty plea*. El acuerdo de confesión no puede ser un justificativo procesal para resolver un caso penal. Por el

¹⁹⁷ Bundesverfassungsgericht [BverfGE] [Tribunal Constitucional Federal] (Sentencia del 27 de enero de 1987), citada en Volker Gallandi "Absprachen im Strafprozess", *NSTZ*, 1987 419. [Nota de actualización de la versión original en inglés: el Tribunal Constitucional alemán emitió el 19 de marzo de 2013 una nueva decisión sobre los acuerdos].

¹⁹⁸ Ver id. p. 419 (en donde se discuten los principios de culpabilidad o mens rea - *das Schuldprinzip* - e igualdad o igual protección - *der Gleichheitssatz* - como también limitaciones a los *Absprachen*).

¹⁹⁹ Id. El principio de la investigación (*der Ermittlungsgrundsatz*), también llamado principio de la verdad material o principio inquisitivo, significa que el juez realiza su propia investigación del caso. Este principio está establecido en el Código Procesal Penal alemán (StPO) en las secciones 155 Nr. 2 y 244 Nr. 2. Ver Roxin, *op. cit.* en nota 66, § 15 p. 95.

²⁰⁰ BverfGE (Sentencia del 27 de enero de 1987), citada en Volker Gallandi, *op. cit.*, p. 419, 419.

²⁰¹ BGHSt 43, 195 (F.R.G.).

²⁰² Id. p. 204.

²⁰³ Id. Para un análisis de esta decisión y otros requisitos impuestos sobre los acuerdos, ver Roxin, *op. cit.*, § 15 p. 96-97.

contrario, tiene que brindar elementos de prueba y ser lo suficientemente creíble para dar apoyo a una condena penal. De lo contrario, el tribunal tiene que producir elementos de prueba adicionales en el juicio.

Pese a ello, ha existido una segunda tendencia dentro del proceso penal alemán a interpretar a estas confesiones acordadas como el equivalente al *guilty plea*²⁰⁴. Un ejemplo de esta tendencia lo constituye la decisión del 10 de junio de 1998 dictada por un senado distinto de la Corte Suprema Federal²⁰⁵. En este caso, luego de que se leyera la acusación al comienzo del juicio, el tribunal le preguntó al acusado si el contenido de la acusación era correcto, a lo cual aquél contestó afirmativamente. Con base en esta simple aceptación el tribunal condenó al acusado y le impuso una pena de ocho años de prisión. El BGHSt, a través de su Sala Segunda, confirmó la decisión²⁰⁶.

La interpretación sobre cuáles son los efectos de esta confesión acordada es central en la discusión entre dos concepciones diferentes del proceso penal. Según la primera de ellas, que ha sido dominante en Alemania por mucho tiempo, el proceso penal es una investigación llevada a cabo por el juez y el fiscal a fin de establecer la verdad. En este contexto, el acuerdo de confesión se puede adaptar a esta estructura procesal de interpretación y sentido, si es interpretado y utilizado como una herramienta para descubrir la verdad.

De acuerdo con la segunda concepción, el procedimiento penal es sólo una “línea de montaje” que procesa los casos penales lo más rápido posible²⁰⁷. Es importante recordar, sin embargo, que el principal director de esta “línea de montaje” en el *plea bargaining* alemán no es el fiscal, tal como

²⁰⁴ Esto muestra cómo la traducción de los acuerdos al proceso penal alemán puede, eventualmente, transformar el significado de conceptos legales particulares, como el concepto de la confesión, e incluso el modelo de la investigación oficial en su conjunto.

²⁰⁵ Bundesgerichtshof [BGH] [Tribunal Federal de Justicia] (Sentencia del 10 de junio de 1998), citada en “Angabe des Grundes für den Ausschluss der Öffentlichkeit”, 1999 NSTZ, p. 92.

²⁰⁶ Id. p. 93.

²⁰⁷ Por supuesto que la referencia es al famoso modelo de control del delito de Herbert Packer que concibe al proceso penal como una “línea de montaje”, y se opone al modelo del debido proceso que concibe al proceso penal como una “carrera de obstáculos”. Ver Packer, *op. cit.* Sin embargo, y como explicaré, este modelo alemán difiere del modelo de control del delito de Packer, aun cuando comparten el objetivo de resolver los casos penales rápidamente.

ocurre con el modelo estadounidense de la disputa, sino que es el juez de juicio²⁰⁸. Pero aun cuando el juez sea el principal director del caso, todavía necesita de la cooperación de la defensa y la fiscalía, puesto que la resolución del caso sólo es posible mediante su participación. Esto significa que si esta tendencia prevaleciera en Alemania, entonces su estructura de interpretación y sentido predominante no sería ni el modelo de la investigación oficial ni el modelo de la disputa. Sería algo distinto que provisoriamente llamaré el “modelo del juez-gerente basado en la cooperación”²⁰⁹.

En este sistema del juez-gerente su rol no es ni el de un árbitro pasivo, ni el de un investigador activo. Por el contrario, tiene que asegurar que los casos penales sean procesados lo más rápido posible. Para ello, y haciendo uso de su mayor poder, presiona sutilmente (o no tan sutilmente) a la fiscalía y la defensa para que colaboren con la pronta resolución del caso²¹⁰. El

²⁰⁸ Este rol activo del juez distingue esta tendencia en el proceso penal alemán del modelo de control del delito de Packer. Este modelo presupone la existencia del sistema acusatorio (ver *op. cit.* p. 157), y por lo tanto de un juez relativamente pasivo. Pero como en Alemania este juez es activo, el modelo alemán difiere del de Packer.

²⁰⁹ El modelo del juez-gerente basado en la cooperación tiene semejanzas con tendencias en el proceso civil estadounidense según las cuales el juez es un gerente activo de la controversia, mas que un árbitro pasivo como en el sistema acusatorio. Entre los principales artículos que describen algunos de estos cambios en el proceso civil estadounidense, se pueden consultar, por ejemplo, Chayes, A., “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1281; Fiss, O. M., “Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979, p. 1; y Resnik, J., Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol. 96, p. 374 (1982). Para un análisis que cuestiona que estos desarrollos sean enteramente novedosos en el proceso civil estadounidense, ver Eisenberg, T. & Yeazell, S. C., “The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation”, en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, p. 465. Para un análisis que cuestiona que estos desarrollos describan adecuadamente el litigio civil de casos complejos estadounidense actual, ver Rubenstein, W. B., “A Transactional Model of Adjudication”, *Georgetown Law Review*, vol. 89, 2001, p. 371.

²¹⁰ Aunque la mayoría de los *plea bargains* estadounidenses se realizan como consecuencia de las negociaciones llevadas a cabo exclusivamente entre la fiscalía y la defensa, hay algunos jueces que, en ciertas ocasiones, estimulan a las partes a que alcancen un acuerdo a fin de evitar el juicio. En este sentido, el modelo de la gestión del juez-gerente basado en la cooperación también tendría cierta presencia en Estados Unidos. No obstante, esta práctica es relativamente menor entre los *plea bargains* estadounidenses, al menos en el sistema regular de justicia penal federal, y el sistema de la disputa sigue siendo predominante en este país. Este tipo de prácticas son más habituales en los casos civiles estadounidenses. Ver, por ejemplo, Resnik, *op. cit.*

fiscal es considerado un colaborador del juez quien también contribuye al procesamiento expedito de los casos penales. El abogado defensor es tanto un representante del acusado, que tiene que obtener el mejor resultado posible para su mandante, así como también un actor legal profesional, que tiene el deber de colaborar con los otros actores legales profesionales en la pronta resolución de los casos²¹¹.

Pero esto no significa que la verdad no cumpla ningún papel en este modelo. Al igual que en el modelo de la disputa y en el de la investigación oficial, nadie quiere condenar a un inocente o absolver a un culpable. Sin embargo, el descubrimiento de la verdad es un objetivo tan importante como la resolución expedita del caso, y en consecuencia el proceso no está estructurado como una investigación²¹².

Establecer cuál es la verdadera importancia del sistema del juez-gerente basado en la cooperación en el proceso penal alemán actual es una cuestión empírica que excede el alcance de este artículo²¹³. Lo que quiero enfatizar aquí es que ya existen indicaciones de que este sistema tiene cierta presencia, al menos en forma incipiente, en el proceso penal alemán

²¹¹ Con respecto a la redefinición del rol del abogado defensor en los acuerdos alemanes, ver Weigend, *op. cit.* nota 191, p. 779.

²¹² La concepción de la verdad en el modelo del juez-gerente basado en la cooperación es más relativa y consensual que en el sistema inquisitivo. Si la fiscalía, la defensa y el tribunal acuerdan que los eventos se produjeron de determinada manera - i.e., mediante confesiones acordadas - el modo en que los hechos ocurrieron realmente se vuelve menos importante. En este sentido, la concepción de la verdad en este modelo presenta semejanzas con la concepción de la verdad en el sistema acusatorio. Por lo tanto, aun cuando la traducción de los acuerdos de confesión no están llevando a las prácticas alemanas en la dirección del modelo de la disputa, los *Absprachen* tienen el potencial de introducir una concepción de la verdad más cercana a aquella del sistema acusatorio. Si este potencial se cumpliera, el resultado sería una "americanización" del sistema alemán con respecto a la concepción de la verdad aun cuando no haya una "americanización" con respecto al modelo de la disputa. Esto muestra que la "americanización" no es un juego a todo o nada. La introducción de los *Absprachen* alemanes eventualmente podría crear nuevas divergencias con el modelo estadounidense de la disputa, debido al avance del modelo del juez-gerente basado en la cooperación y, al mismo tiempo, una convergencia con el sistema acusatorio estadounidense en una concepción de la verdad más relativa y consensual.

²¹³ Dejo para un trabajo futuro el análisis más detallado del modelo del juez-gerente basado en la cooperación, así como la cuestión de si se podría estar desarrollando en otras jurisdicciones además de Alemania.

contemporáneo, y que este sistema difiere tanto del modelo de la disputa como del de la investigación oficial. También, en cierta medida, el modelo parece haber sido desarrollado como consecuencia de la traducción de los acuerdos negociados en ese país durante la década del setenta, y como consecuencia de las negociaciones que tuvieron que hacer los traductores legales con la estructura de interpretación y sentido, con las disposiciones internas predominantes entre los actores legales y con la distribución de las potestades procesales preexistentes.

Resumiendo, la estructura procesal de interpretación y sentido que prevalecía en Alemania en la década del setenta era el sistema inquisitivo con su modelo de investigación oficial, y la mayoría de los actores habían incorporado esa estructura a sus disposiciones internas. Debido a cambios sociales externos que aumentaron la cantidad y complejidad de los casos penales, los actores legales de Alemania recibieron fuertes incentivos para modificar sus actitudes hacia los acuerdos y negociaciones con el acusado. Sin embargo, el *plea bargaining* sufrió una profunda transformación cuando fue traducido de una estructura de sentido acusatoria a una configuración inquisitiva debido a la estructura procesal de interpretación y sentido, las disposiciones individuales predominantes y la estructura de poderes procesales preexistentes, todo lo cual neutralizó, en cierta medida, su potencial efecto acusatorio o de “americanización” sobre el proceso penal alemán. Sin embargo, este nuevo mecanismo significó un cuestionamiento a la estructura de sentido inquisitiva basada en el modelo de la investigación oficial prevaleciente. Todavía queda por verse la seriedad de este cuestionamiento, lo cual debe establecerse a través de estudios empíricos. Pero desde la introducción de los *Absprachen* o *Verständigungen* ha habido una lucha entre el modelo de la investigación oficial por adaptar este nuevo mecanismo a su propia lógica, y el modelo del juez-gerente con base en la cooperación para interpretarlo en sentido distinto. Esta lucha debería ser entendida no sólo en términos abstractos, como una colisión entre dos estructuras de interpretación de sentido, sino también como una lucha entre actores legales con disposiciones internas que se corresponden con esas estructuras de sentido²¹⁴. Las interaccio-

nes entre estas dos estructuras de sentido —y otras estructuras que están presentes en la sociedad y en el proceso penal alemán— también pueden impactar sobre otros aspectos de las prácticas de la justicia penal de Alemania, tales como la organización de los recursos humanos y materiales, la ética legal, etc. El análisis de estos cambios debería incluirse en un estudio más amplio sobre las transformaciones producidas por la traducción del *plea bargaining* en Alemania.

Desde la perspectiva del debate sobre la tesis de la “americanización” el ejemplo alemán muestra que, debido a la transformación que sufrió en su traducción y las interacciones subsiguientes, los *Absprachen* no han “americanizado” el proceso penal alemán en el sentido de que no han introducido la concepción cultural del proceso penal como una disputa entre la fiscalía y la defensa ante un órgano decisor pasivo. Por el contrario, debido a su traducción legal este proceso puede encontrarse en una encrucijada entre su modelo tradicional inquisitivo del proceso penal y un modelo que no es inquisitivo ni acusatorio.

8. El “plea bargaining” italiano

Comparado con los *Absprachen* alemanes, el *plea bargaining* italiano, o *patteggiamento*, ha sido mucho más fidedigno al modelo estadounidense, aun cuando presente diferencias sustanciales con la práctica estadounidense. Los traductores legales italianos tuvieron mucho más poder que los alemanes para llevar a cabo su reforma, y pudieron introducir el *plea bargaining* italiano como parte de una serie de reformas más amplias y profundas inspiradas en el sistema acusatorio estadounidense. Así, los reformistas italianos tuvieron que realizar muchos menos compromisos que los traductores alemanes, y tuvieron mucho más poder para modificar la estructura de sentido inquisitiva preexistente, la distribución de poderes procesales, etc. Como estas reformas acusatorias han contado con un apoyo político sustancial, han logrado mover al sistema italiano en la dirección del sistema

de los propios actores legales individuales que poseen una ambivalencia interna sobre ambos sistemas.

acusatorio estadounidense mucho más que cualquier otra jurisdicción continental europea y latinoamericana²¹⁵. Sin embargo, incluso en el sistema italiano actual muchos actores legales siguen actuando de acuerdo con un conjunto de disposiciones internas predominantemente inquisitivas. Además, las estructuras de interpretación y sentido y los poderes procesales inquisitivos siguen estando presentes.

En 1989 Italia adoptó un nuevo código procesal penal que reemplazó al Código Procesal Penal de Rocco promulgado durante el régimen de Mussolini²¹⁶. Este nuevo código representó el intento más serio de transferir un procedimiento penal acusatorio a una jurisdicción inquisitiva desde 1791, cuando Francia quiso importar el sistema inglés durante el calor de la Revolución²¹⁷. La reforma italiana fue justificada como una mejora en términos de debido proceso y de eficiencia, aunque predominantemente se inspiró en el debido proceso²¹⁸. El proceso penal estadounidense fue el principal modelo para estas reformas acusatorias debido al prestigio que su sistema legal en general, y su proceso penal en particular tuvo entre un número sustancial de actores legales desde el final de la Segunda Guerra Mundial²¹⁹.

Las reformas acusatorias pueden ser descriptas y analizadas utilizando los dos pares de modelos desarrollados en la sección III: el modelo de la coordinación vs. el de la jerarquía, y el modelo de la disputa vs. el de la investigación oficial²²⁰.

Con respecto al primer par, los encargados de la reforma intentaron importar la oralidad como técnica de gestión de casos propia del modelo de la coordinación, mediante la reducción de la importancia de la prueba recolectada durante la etapa preliminar en el expediente escrito carac-

²¹⁵ Nota de actualización: la referencia es a la fecha de escritura de este artículo en 2002-3.

²¹⁶ En este sentido, la introducción del código podría ser analizada como parte de la transición hacia la democracia que comenzó Italia después de la Segunda Guerra Mundial.

²¹⁷ La clásica descripción sobre esta importación es Esmein, *op. cit.* nota 63, pp. 399-480.

²¹⁸ Ver Vassalli, *op. cit.*

²¹⁹ Ver Grande, *op. cit.*, nota 32, pp. 230-32.

²²⁰ Se pueden consultar diversos análisis en inglés sobre estas reformas, en Amodio & Selvaggi, *op. cit.*, nota 115; Freccero, S. P., "An Introduction to the New Italian Criminal Procedure", en *American Journal of Criminal Law*, vol. 21, 1994, p. 345; Pizzi, W. T. & Marafioti, L., "The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation", *Yale Journal of International Law*, vol. 17, 1992, p. 1.

terístico del sistema inquisitivo²²¹. Para ello ordenaron la preparación de un legajo especial para el juicio de modo que el tribunal no tuviese conocimiento de los testimonios tomados durante las etapas anteriores al debate²²², y también se incorporaron reglas probatorias, como la que prohíbe el testimonio de oídas (hearsay), que determinó que el testimonio tomado en las etapas anteriores al juicio no pudiera ser admitido en el juicio, excepto para impugnar (*impeach*) al testigo²²³.

Con respecto al segundo sub-sistema, los reformistas italianos introdujeron numerosos cambios para promover el modelo de la disputa dentro del sistema italiano. Primero, ahora se supone que las partes tienen que llevar a cabo el proceso de determinación de los hechos, tanto en la etapa preliminar como en el juicio. Esto significó eliminar a la figura del juez de instrucción (*giudice istruttore*) como el órgano que colecta la prueba en la etapa preparatoria²²⁴, y reemplazarlo por el fiscal y el abogado defensor, quienes ahora pueden realizar sus propias investigaciones²²⁵. Ello también supuso que el juicio se organizara de acuerdo con el caso de la fiscalía y el de la defensa²²⁶, y se introdujo el examen directo y cruzado como la forma de interrogar a los testigos en el juicio²²⁷. Además de estas y otras reformas, el código de Italia incluye una regla que establece que el juez sólo puede

²²¹ Ver, por ejemplo, Amodio & Selvaggi, *op. cit.*, p. 1217.

²²² CPP art. 431 (1989) (Italia).

²²³ CPP arts. 500, 503 (1989) (Italia). La reacción inquisitiva contra estas ideas –combinadas con una delicada situación política, en la cual dos de los principales jueces anti-mafia habían sido asesinados– vino un par de años luego de la reforma, cuando el Tribunal Constitucional de Italia, en sus decisiones 254/1992 y 255/1992, declaró la inconstitucionalidad del art. 513.2, y arts. 500.3 y 500.4. Decisión 255/1992, *supra* nota 163; Corte cost., 18 mag. 1992, n.254, 103 Racc. uff. corte cost. 1992, 809. Sin embargo, en 1999, el Parlamento italiano aprobó un nuevo artículo 111 de la Constitución italiana, apoyando la dirección original de las reformas de 1989 hacia un mayor rol de las técnicas de gestión oral de casos del modelo de la coordinación.

²²⁴ Ver Vassalli, *op. cit.*, nota 115, p. 6.

²²⁵ Con respecto a las potestades de la fiscalía de realizar la investigación preliminar, ver CPP art. 358 (Italia). Las potestades investigativas de la defensa fueron incluidas en la Ley 271/1989, *supra* nota 164, y luego incorporadas en el Código Procesal Penal, artículos 391-bis-decies por Ley 397/2000, *supra* nota 164.

²²⁶ CPP art. 496.1 (Italia).

²²⁷ CPP art. 498 (Italia).

ordenar la producción de las pruebas solicitadas por las partes, y que sólo bajo circunstancias excepcionales puede hacerlo de oficio²²⁸.

Segundo, la reforma también ha introducido varios mecanismos de simplificación y consenso, a través de los cuales la fiscalía y la defensa pueden negociar y acordar evitar los procedimientos regulares²²⁹. La introducción de estos mecanismos de simplificación ha sido justificada en términos de eficiencia²³⁰. Sin embargo, también son parte de esta amplia reforma del proceso penal italiano en el que las influencias culturales del modelo estadounidense —como sistema que ha simbolizado valores democráticos y eficiencia en la lucha contra el delito— han jugado un papel muy importante. Estos mecanismos han incluido la *applicazione della pena su richiesta delle parti* - aplicación de la pena a pedido de las partes²³¹- que suele ser llamado *plea bargaining* italiano, o simplemente *patteggiamento*, que significa “negociación” en italiano²³².

Una diferencia crucial entre la introducción de los *Absprachen* alemanes y el *patteggiamento* es que éste último fue introducido por ley y como

²²⁸ CPP arts. 190, 493.1, 495.1, 507 (Italia).

²²⁹ CPP arts. 438-64 (Italia).

²³⁰ Ver, por ejemplo, Vassalli, *op. cit.* nota 115, p. 7.

²³¹ Un precursor de esta institución fue la *applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato* introducida en 1981 por L.vo 24 nov. 1981, n.689, Racc. Uff. 1981, vol. 13, 3657, publicada en Gazz. Uff., 30 nov. 1981, n.329. El alcance de este mecanismo fue muy limitado porque sólo se aplicaba a los delitos que tenían previsto hasta tres meses de prisión. Ver, por ejemplo, Pizzi & Marafioti, *op. cit.*, p. 22.

²³² Además del *patteggiamento*, la reforma de 1989 introdujo otros dos mecanismos que pueden ser comparados con el *plea bargaining* porque incluyeron potenciales negociaciones entre la fiscalía y la defensa, y requirieron el consentimiento del imputado para su aplicación. La primera fue el *procedimento per decreto*. CPP arts. 459-64 (Italia) (similar a la orden penal alemana analizada en Herrmann, “Bargaining Justice” *op. cit.*). La segunda es el *giudizio abbreviato*. CPP arts. 438-43 (Italia) (en donde el acusado renuncia a su derecho al juicio y acepta ser enjuiciado en la audiencia preliminar). A cambio, recibe una reducción de un tercio de la sentencia regular. Inicialmente, este mecanismo exigía el consentimiento de la fiscalía para su aplicación, y por ende abría la puerta para las negociaciones entre la fiscalía y la defensa. Sin embargo, desde entonces, primero los tribunales y luego el parlamento, han limitado el consentimiento de la fiscalía como un requisito para su aplicación. Para un análisis de este proceso, ver Catalano, E. M., “Il Giudizio Abbreviato”, en Amodio, E. & Galantini, N. (eds.), *Giudice unico e garanzie difensive*, 117, 2000. Por limitaciones de espacio no voy a analizar estos dos mecanismos en el texto principal, pero deberían ser incluidos en un trabajo más amplio.

parte de una reforma que tenía un importante apoyo político. En este sentido, los traductores²³³ tuvieron mucha más libertad para decidir el grado de fidelidad con el *plea bargaining* estadounidense. Además, los reformistas italianos tenían un conocimiento muy sofisticado del sistema de justicia penal de Estados Unidos²³⁴, lo cual aunado a su libertad legislativa les permitió designar un mecanismo mucho más parecido al *plea bargaining* estadounidense que los *Absprachen* alemanes, sin dejar de considerar al mismo tiempo la estructura de sentido, las disposiciones internas y la estructura de poder inquisitivas preexistentes.

En el *patteggiamento* la defensa y la fiscalía pueden alcanzar un acuerdo sobre la pena y solicitarle al juez que la imponga²³⁵. A través de este acuerdo, la pena que regularmente correspondería puede ser reducida hasta un tercio siempre que la pena reducida no supere los cinco años de prisión²³⁶. Si al examinar el expediente del caso el juez considera que no

²³³ El Código Procesal Penal de Italia fue elaborado por una Comisión designada por d.m. (decreto ministerial) del 3 de marzo de 1987, y estuvo compuesta por nueve profesores: Giandomenico Pisapia (Presidente), Delfino Siracusano (Vicepresidente), Ennio Amodio, Vincenzo Cavallari, Mario Chiavario, Oreste Dominioni, Vittorio Grevi, Guido Neppi Modona, y Mario Pisani; ocho jueces: Giancarlo Caselli, Enrico Di Nicola, Liliana Ferraro, Giuseppe La Greca, Giorio Lattanzi, Ernesto Lupo, Vittorio Mele, y Piero Luigi Vigna; y un abogado: Giuseppe Frigo. Ver Vassalli, *op. cit.* nota 115, p. 3.

²³⁴ Por ejemplo, el profesor Ennio Amodio fue miembro de la Comisión Ministerial que diseñó las reformas y es, al mismo tiempo, un comparatista sofisticado. Ver, por ejemplo, Amodio, Ennio "Il Modello Accusatorio Statunitense e il Nuovo Processo Penale Italiano: Miti e Realtà della Giustizia Americana" en Amodio, E. and Bassiouni, M.C., (eds.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988.

²³⁵ El *patteggiamento* está regulado en los artículos 444-48 del Código Procesal Penal de Italia. Para un análisis detallado de estos artículos, ver Cordero, F., *Procedura penale*, Giuffrè editore, 2000, 5ª ed. pp. 960-73 (sin embargo, el profesor Cordero no incluye en su análisis a las reformas introducidas por la ley 134/2003, que analizo infra, nota 236). En el código original las partes podían solicitar la aplicación del mecanismo hasta el comienzo del juicio. La ley n. 479/1999 limitó este término hasta el final de la audiencia preliminar (con excepciones que no analizaré aquí), L.vo 16 dic. 1999, n.479, Racc. Uff. 1999, vol. 13, 6496, publicada en Gazz. Uff., 18 dic. 1999, n.296. La última reforma al *patteggiamento* introducida por la ley 134/2003 no modificó este aspecto y, como regla general, las partes pueden solicitar la aplicación de este mecanismo sólo hasta el final de la audiencia preliminar. Ver CPP art. 446.1 (Italia). Las partes no pueden solicitar la aplicación del *patteggiamento* luego de haber realizado sus conclusiones en la audiencia preliminar.

²³⁶ CPP art. 444.1 (Italia). El límite de los cinco años de prisión fue introducido por ley en

hay motivos suficientes para absolver al acusado²³⁷ y entiende que el cargo y la pena son proporcionales al delito cometido, entonces aplicará la pena solicitada²³⁸.

Si bien es mucho más parecido al *plea bargaining* estadounidense que el *Absprache* alemán, lo cierto es que existen varias diferencias entre el *patteggiamento* y el *plea bargaining* estadounidense que reflejan, en parte, la ambivalencia de los traductores italianos hacia el propio mecanismo que introdujeron. Primero, el *patteggiamento* es más limitado en cuanto a su alcance y menos flexible. Sólo puede ser aplicado en casos donde la pena no supere los cinco años de prisión luego de la reducción, y la reducción de

junio de 2003. Ver L.vo 12 giu. 2003, n.134, art. 1, 1962, publicada en Gazz. Uff., 14 giu. 2003, n.136 [en adelante, ley 134/2003] (si la condena negociada es entre dos y cinco años de prisión, entonces ciertos delitos, como el terrorismo y el crimen organizado, quedan excluidos). Antes de esta última reforma, la condena que se negociaba no podía superar los dos años de prisión - luego de la correspondiente reducción - y por ende quedaba limitada a los delitos menores. La extensión del *patteggiamento* a más delitos se justificó en dos motivos: reducir la carga de trabajo del sistema de justicia penal y limitar la aplicación de los juicios completamente acusatorios a los delitos más graves. Ver Progetto di Legge-N. 1488, disponible en http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk1500/relazion/1488.htm (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal) (inicialmente proponiendo extender el *patteggiamento* a las condenas de hasta cuatro años de prisión luego de la reducción de un tercio). Se ha sugerido que la ley fue introducida por motivos políticos porque su art. 5 (que no se relaciona con la extensión del *patteggiamento* a las condenas acordadas de hasta cinco años de prisión) estableció que en los juicios que estuviesen pendientes, el acusado podía solicitar un receso de 45 días para evaluar si solicita la aplicación del *patteggiamento*. Este receso fue utilizado por Cesare Previti - una persona cercana a Silvio Berlusconi - en el caso Sme, en donde el propio Berlusconi estaba imputado, aun cuando el caso no pueda avanzar mientras esté en el ejercicio de sus funciones. Ver, por ejemplo, Berlusconi, processo sospeso sul "lodo" atti alla Consulta, véase el periódico *La Repubblica* (Italia), 30 de junio de 2003, en Política, (en los archivos de Harvard International Law Journal). Por eso, se ha insinuado que este art. 5 en realidad fue introducido para obstaculizar este caso. Ver, por ejemplo, Vittorio Grevi, Doppio Blocco, DS MILANO, disponible en http://www.dsmilano.it/Pressroom/2003/07/cor3_0701_grevi-doppio-blocco.htm. (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal).

²³⁷ CPP arts. 444.2, 129 (Italia).

²³⁸ CPP art. 444.2 (Italia). Si la condena que se acuerda es de hasta dos años de prisión, el juez la puede reemplazar por una pena sustitutiva como la semi-detención (para condenas de hasta dos años de prisión), libertad bajo vigilancia (para condenas de hasta un año de prisión) o una multa (para condenas de hasta seis meses de prisión). Ver ley 134/2003, supra nota 236, p. 4.1(a).

la pena negociada por las partes no puede ser mayor que un tercio que la pena regular para el caso²³⁹. Además, al menos en la concepción originaria que tuvieron los reformistas, le negociación sólo podía referirse a la pena, no a los cargos²⁴⁰. La decisión de los traductores de fijar estos límites posiblemente refleje dos preocupaciones distintas. Por un lado, los traductores fueron ambivalentes hacia este mecanismo de negociación porque eran conscientes de los problemas²⁴¹ que el *plea bargaining* estaba generando en términos del debido proceso en Estados Unidos²⁴². Por el otro lado, eran conscientes de la existencia de actores legales con un conjunto de disposiciones internas inquisitivas (y acostumbrados a una distribución inquisitiva de los poderes procesales) que podrían resistir a la institución traducida. Por ello decidieron introducirla sólo para delitos menores y limitar la práctica a la negociación de la pena²⁴³. Incluso cuando una reforma reciente ha expandido el número de delitos que se pueden negociar mediante el *patteggiamento*, lo cierto es que la práctica no se aplica a todos los delitos²⁴⁴.

Segundo, en el *patteggiamento* no hay *guilty plea* o una admisión explícita de culpabilidad por parte del acusado²⁴⁵. Cuando el acusado solicita el dictado de una sentencia condenatoria está renunciando a su derecho a un juicio e implícitamente puede estar admitiendo su culpabilidad. Sin embargo, el juez todavía puede absolver al acusado luego de valorar la prueba colectada en el expediente escrito y antes de aceptar el acuerdo²⁴⁶. Esta decisión de no introducir una admisión explícita de culpabilidad con el *patteggiamento* es otro reflejo de las preocupaciones por el debido proceso. Los redactores temían que una admisión de culpabilidad pudiese afectar a la presunción de inocen-

²³⁹ CPP art. 444.1 (Italia).

²⁴⁰ Ver, por ejemplo, Pizzi & Marafioti, *op. cit.*, nota 220, p. 22. Sin embargo, existen indicios de que los acuerdos sobre los cargos habrían sido introducidos por los practicantes, y aceptados por los tribunales. Ver Cass. pen., sez. cin., 7 ott. 1998, n. 12743.

²⁴¹ Recuérdese que la reforma tenía una clara inspiración garantista (debido proceso).

²⁴² Sobre estas críticas en Estados Unidos, ver la bibliografía citada supra nota 170.

²⁴³ Generalmente, los acuerdos sobre los cargos comprometen mucho más la verdad material que los acuerdos sobre la pena. Por lo tanto, estos últimos serían mucho más aceptables desde una perspectiva inquisitiva.

²⁴⁴ Sobre esta reforma, ver CPP 444.1 (Italia).

²⁴⁵ Ver, por ejemplo, Pizzi & Marafioti, *op. cit.*, p. 23.

²⁴⁶ CPP arts. 444.2, 129 (Italia).

cia garantizada a todos los imputados por la Constitución italiana²⁴⁷. En este sentido, la ausencia de una admisión explícita de culpabilidad hace que el *patteggiamento* italiano sea más parecido a las negociaciones estadounidenses sobre el *nolo contendere* que sobre los *guilty pleas*.

Tercero, si el fiscal no acepta un acuerdo con el imputado, éste puede solicitarle al juez, al final del juicio, que examine los motivos dados por el fiscal en su rechazo y que le otorgue el beneficio de la reducción de un tercio de la pena²⁴⁸. Esta diferencia refleja la influencia del modelo de la investigación oficial en las disposiciones internas de los traductores²⁴⁹. Tal como se explicó anteriormente, la concesión de beneficios al imputado a cambio de admisiones de culpabilidad —en este caso admisiones implícitas de culpabilidad— no es desconocida en la estructura italiana. Lo que sí es extraño es la negociación de una pena que le quita poder al juez sobre la cuestión. Aun cuando el *patteggiamento* generalmente otorgue potestades a las partes a costa del juez, esta regla afirma que el juez sigue conservando cierta cuota de poder en la aplicación del mecanismo, y que no se trata sólo de un procedimiento de negociación, sino también un beneficio que el juez puede conceder al imputado.

Finalmente, la sentencia que se pronuncia bajo este procedimiento²⁵⁰ no tiene ningún efecto en el proceso civil y administrativo²⁵¹, lo cual tam-

²⁴⁷ Ver Pizzi & Marafioti, *supra* nota 220, p. 23.

²⁴⁸ CPP art. 448.1 (Italia).

²⁴⁹ Como señalan Pizzi y Marafioti: “La intención del Código de Italia es que la reducción de la condena sea posible para todos los imputados que deseen negociar la condena, sea que el fiscal esté de acuerdo o no. Esta disposición refleja la tradicional desconfianza que tienen las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas respecto a la discrecionalidad de la fiscalía, y el compromiso con el trato igualitario de los imputados - que los imputados reciban sentencias diferentes simplemente por un capricho del fiscal es un anatema para esas jurisdicciones -” Pizzi & Marafioti, *op. cit.*, nota 220, pp. 22-23.

²⁵⁰ El veredicto basado en un *patteggiamento* es considerado “equivalente a un veredicto de culpabilidad” (CPP art. 445.1-bis, Italia), pero no es como el veredicto dictado luego de un juicio regular. Esto explica los efectos más limitados que tienen el veredicto y la sentencia basada en el *patteggiamento* y demuestra, nuevamente, la desconfianza y ambivalencia de los reformistas hacia este mecanismo.

²⁵¹ CPP art. 445.1-bis (Italia). La única excepción a esta regla es que la sentencia acordada constituye *res judicata* para los procedimientos disciplinarios ante las autoridades públicas. Ver CPP arts. 445.1-bis, 653.1-bis (Italia).

bién hace que el *patteggiamento* se encuentre más cerca del *nolo contendere* estadounidense que del *plea bargain*. Esta limitación de los efectos legales del mecanismo también refleja la ambivalencia de los traductores a raíz de sus preocupaciones vinculadas con el debido proceso, y la influencia del modelo de la investigación en sus disposiciones internas.

Pero a pesar de su ambivalencia, la traducción italiana del *plea bargaining* es fidedigna al mecanismo estadounidense original, en cuanto que se trata de un procedimiento a través del cual la fiscalía y la defensa pueden negociar activamente las penas y se le asigna al juez una posición relativamente pasiva. En este sentido la adopción del *patteggiamento* ha tenido desde el principio un potencial efecto “americanizante”; si fuese aceptado e internalizado por los actores legales italianos como un mecanismo de negociación, y si fuese acompañado por otras reformas acusatorias, el *patteggiamento* tiene el potencial para movilizar las prácticas procesales penales italianas hacia el modelo de la disputa, en reemplazo de las disposiciones internas de los actores legales y la estructura de interpretación y sentido predominantemente inquisitivas, así como también modificar la distribución de los poderes procesales.

Por ello no resulta sorprendente que haya habido cierta resistencia a este nuevo procedimiento, tanto por parte de la doctrina como de los tribunales²⁵². La reacción más importante de los tribunales hasta ahora ha sido la decisión 313/1990 del Tribunal Constitucional de Italia dictada el año posterior a que el nuevo código italiano introdujera el *patteggiamento*²⁵³. En esta decisión, y luego de afirmar repetidamente que las potestades de control del juez sobre el acuerdo no eran una mera formalidad²⁵⁴, el Tribunal Constitucional sostuvo que el art. 442.2 del Código Procesal Penal,

²⁵² Entre las críticas por parte de la doctrina, ver Ferrajoli, *op. cit.*, nota 66; y Ferrua, *op. cit.* Ambas críticas tienen sus orígenes en su defensa de la subestructura de la investigación oficial porque los dos señalan el modo en que los mecanismos de negociación comprometen la verdad real. Sin embargo, estas críticas se inspiran en preocupaciones de debido proceso puesto que ambos autores consideran a la verdad - y al rol cognitivo del juez - como una protección para el imputado. Para una defensa muy sofisticada de esta concepción (garantista) del proceso penal, ver Ferrajoli, *op. cit.*

²⁵³ Corte cost., 26 giu. 1990, n.313, 96 Racc. uff. corte. 1990, 89.

²⁵⁴ Ver, por ejemplo, id. pp. 97-98.

que regulaba el *patteggiamento*, era inconstitucional porque no le daba expresamente al juez el poder de controlar la congruencia entre la condena acordada por las partes y la gravedad del delito, y así le impedía hacer cumplir el art. 27.3 de la Constitución de Italia que establece que la finalidad de la pena es la rehabilitación del condenado²⁵⁵. De esta manera se intentó reafirmar e incrementar los poderes del juez con respecto a las partes en relación al *patteggiamento*.

Pero a pesar de esta reacción los actores legales italianos han utilizado ampliamente al *patteggiamento*. Entre 1990 y 1998 la cantidad de casos resueltos a través de este procedimiento en la *pretura* (jurisdicción para delitos menores) fue entre 17 y 21%, y en el caso del *tribunale* (la jurisdicción para todos los delitos excepto los más serios) fue entre 34 y 42%²⁵⁶. Ahora que la aplicación del *patteggiamento* ha sido extendida a los delitos más serios²⁵⁷ es probable que los actores legales lo usen de forma aún más amplia.

Esto indica que el modelo de la disputa, entendido como una estructura de interpretación y sentido, ha sido aceptado e internalizado, al menos hasta cierto punto, por un gran número de actores legales italianos. Además, y como consecuencia de la reforma del código procesal italiano que comenzó en 1989, hay otros indicadores de que el modelo de la disputa tiene una presencia sustancial en los procedimientos italianos. Me refiero aquí a la posibilidad de que la fiscalía y la defensa realicen su propia investigación preliminar, al hecho de que el juicio se organice como el caso de la fiscalía y el caso de la defensa, y a la introducción del examen directo y cruzado, como ya se mencionó anteriormente.

Sin embargo, esto no significa que el modelo de la investigación oficial no tenga una presencia importante en el procedimiento penal italiano y en las disposiciones individuales de un gran número de actores legales. Muchos jueces italianos, por ejemplo, todavía consideran que tienen el

²⁵⁵ Id. pp. 102-05.

²⁵⁶ Para información estadística de 1990 y 1991, ver *Istituto Centrale di Statistica, Statistiche giudiziarie*; de 1992 a 1998, ver *Istituto Centrale di Statistica, Statistiche giudiziarie penali*. No incluyo las estadísticas de 1989 porque el número total de casos de la muestra es mucho menor para ese año que para los otros.

²⁵⁷ Ver supra nota 236 sobre la ley del 12 de junio de 2003, n.134, art. 1.

deber de asegurar que la verdad prevalezca, y por lo tanto participan activamente en el proceso de acreditación de los hechos²⁵⁸. Asimismo, tanto los fiscales como los jueces italianos siguen siendo parte del poder judicial y se forman juntos. De este modo, muchos fiscales italianos aún se consideran a sí mismos, y así son considerados por los jueces, como magistrados cuyo rol es investigar la verdad y no como meras partes de una disputa²⁵⁹.

Un análisis en detalle de estas luchas particulares entre el modelo de la disputa y el de la investigación oficial está más allá de los límites de este artículo. El propósito de esta sección ha sido mostrar cómo el *plea bargaining* estadounidense ha sido traducido en el sistema italiano y los tipos de transformaciones que esta traducción puede estar produciendo. Desde la perspectiva de la discusión sobre la tesis de la “americanización”, no quedan dudas que el *patteggiamento*, y las otras reformas, han promovido al modelo de la disputa como estructura de interpretación y sentido. Podría decirse que no hay ningún otro país continental europeo o latinoamericano en donde esta estructura haya alcanzado un estatus tan importante²⁶⁰. En este sentido, el desarrollo de la reforma de 1989 parece haber puesto a Italia en una encrucijada entre el sistema acusatorio y el inquisitivo.

9. El “plea bargaining” argentino

De los cuatro sistemas examinados en este artículo, el *plea bargaining* argentino ha sido la traducción más fidedigna al *plea bargaining* estadounidense. No obstante, esta reforma representa una de las muy pocas realizadas en Argentina en la dirección del sistema acusatorio²⁶¹. Dado que la estructura de interpretación y sentido, las disposiciones internas y la distribución de poderes procesales inquisitivos que existían anteriormente en el sistema argentino siguen siendo predominantes, es muy poco probable

²⁵⁸ Ver, por ejemplo, Grande, *op. cit.*, en nota 32, pp. 250-51.

²⁵⁹ Con respecto a esta y otras resistencias que resultan de la estructura de la investigación oficial, ver Grande *op. cit.*

²⁶⁰ Nota de actualización: esta afirmación se refiere al tiempo en que fue escrito este artículo en 2002-3.

²⁶¹ Nota de actualización: la afirmación se refiere al CPPN, Ley 23.984 y sus modificaciones.

que esta reforma acusatoria, por sí sola, vaya a “americanizar” el proceso penal argentino en el sentido de promover sus prácticas y cultura procesal penal en la dirección del modelo de la disputa.

En junio de 1997 la Argentina incorporó el llamado procedimiento abreviado²⁶² en su Código Procesal Penal de la Nación²⁶³ a fin de acelerar los procesos judiciales y reducir la carga de trabajo de los tribunales²⁶⁴. Este mecanismo parece haber sido adoptado principalmente por motivos pragmáticos más que como resultado de profundas influencias culturales del sistema estadounidense, aunque estas influencias, de hecho, estuvieron presentes²⁶⁵. En todo caso, el *plea bargaining* estadounidense ha sido una fuente importante para el desarrollo de la práctica argentina. Según

²⁶² El procedimiento abreviado también es conocido como juicio abreviado. Ver CPP art. 431 bis (Arg.).

²⁶³ Argentina es un estado federal compuesto por 23 provincias. Existe un único Código Penal para todas las jurisdicciones. Pero cada provincia tiene su propio código procesal penal y su propio sistema de tribunales. El Código Procesal Penal de la Nación regula el procedimiento de los tribunales federales y de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires. En este artículo me concentraré en este procedimiento.

²⁶⁴ Además de estos dos objetivos, durante las audiencias en el Congreso de la Nación con respecto a este instituto también se consideró reducir el número de detenidos con prisión preventiva, reducir el costo de los juicios, racionalizar el uso de los recursos del proceso penal y permitirles a los acusados la oportunidad de recibir una reducción en sus sentencias. Ver “Wasylyszyn, M.A.,” Trib. Oral Crim. no. 20, 8^a, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1998, p. 623, 628 (en donde se describe la intervención del diputado José I. Cafferata Nores en el debate parlamentario del 23 de octubre de 1996). Ver también Cafferata Nores, J. I., *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto, 1998, 2^a ed., p. 143.

²⁶⁵ El sistema de justicia penal estadounidense ha tenido una profunda influencia cultural sobre los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina con respecto a los derechos constitucionales en el proceso penal (detención y requisa, derecho contra la autoincriminación forzada, regla de exclusión, doctrina del fruto del árbol envenenado, etc.). Para un análisis de este tipo de decisiones de la Corte Suprema argentina, ver en general Carrió, A. D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3a edición, Hammurabi, 1997. Con respecto a la influencia de los precedentes de la Corte Suprema de EE.UU. sobre la Corte Suprema de Argentina, ver Suárez Anzorena, C. I., *Transnational Precedents: The Argentinean Case*, 1998, pp. 26-40 (tesis de maestría inédita, Harvard Law School) (en los archivos de Harvard Law School Library). Sin embargo, el sistema de justicia penal estadounidense no ha sido tan influyente como fue con el caso italiano. El sistema italiano ha importado partes sustanciales del proceso penal estadounidense en vez de sólo algunas piezas selectas.

el procedimiento abreviado, la fiscalía y la defensa pueden alcanzar un acuerdo sobre la condena en cualquier momento entre el requerimiento de elevación a juicio, al finalizar la instrucción, y la designación de audiencia para el debate²⁶⁶. Esta condena negociada no puede superar los seis años de prisión²⁶⁷. Como parte del acuerdo, el acusado debe admitir la existencia del hecho y su participación tal como se describieron en el requerimiento de elevación a juicio²⁶⁸. El tribunal de juicio puede rechazar el acuerdo si considera que es necesario producir nuevas pruebas o discrepa con la calificación legal²⁶⁹. Pero si el tribunal acepta el acuerdo debe dictar una condena con base en la prueba colectada en el expediente escrito²⁷⁰. El tribunal todavía puede absolver al acusado, pero si lo condena no puede imponerle una pena mayor que la que acordaron las partes²⁷¹.

De todas las traducciones legales analizadas en este artículo, el procedimiento abreviado argentino parece ser el más fiel al *plea bargaining* estadounidense, o más específicamente, al acuerdo sobre la pena estadounidense (*sentencing bargaining*)²⁷². La fiscalía y la defensa tienen roles activos en la negociación sobre la pena y la admisión de culpabilidad, mientras que el rol del tribunal se limita básicamente a un control formal. Además, el procedimiento abreviado incluye una admisión de culpabilidad del acusado similar a la del *guilty plea*. Y como las partes pueden acordar una pena de hasta seis años, el procedimiento abreviado se aplica a algunos de los delitos más graves, aunque no a todos²⁷³.

Pero, de todos modos, existen diferencias entre el procedimiento abreviado y el *plea bargaining* estadounidense que muestran el modo en que las decisiones tomadas por los traductores argentinos, así como la estructura de interpretación y sentido y la distribución de poderes procesales inquisi-

²⁶⁶ CPP art. 431 bis. 1 (Arg.).

²⁶⁷ Id.

²⁶⁸ CPP art. 431 bis. 2 (Arg.).

²⁶⁹ CPP art. 431 bis. 3 (Arg.).

²⁷⁰ CPP art. 431 bis. 5 (Arg.).

²⁷¹ Id.

²⁷² El *plea bargaining* estadounidense fue una fuente muy importante para el desarrollo del procedimiento abreviado. Ver "Wasylyszyn, M.A.," *op. cit.*, en nota 262, pp. 628-29.

²⁷³ Por ejemplo, el procedimiento puede ser aplicado para los homicidios culposos, violación y robos agravados.

tivos preexistentes transformaron esta práctica²⁷⁴. Primero, existe una limitación temporal respecto de cuándo las partes pueden llegar a un acuerdo, lo cual hace que todo el procedimiento sea menos flexible²⁷⁵. Segundo, en el procedimiento abreviado el juez todavía puede absolver al acusado²⁷⁶. En consecuencia, la admisión de culpabilidad no es entendida exactamente como un *guilty plea* en los Estados Unidos, sino como una confesión que puede ser desestimada por el tribunal, con lo cual expone la influencia de la estructura de sentido inquisitiva preexistente sobre la práctica. Tercero, el tribunal tiene que respetar, como límite máximo, la pena acordada por las partes²⁷⁷. Este límite no siempre rige para los acuerdos sobre la pena estadounidenses, aunque la mayoría de los jueces lo respetan *de facto*²⁷⁸.

²⁷⁴ Las dos personas que introdujeron el procedimiento abreviado en Argentina fueron los profesores Julio B. J. Maier (quien incluyó un mecanismo similar en su proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1986, que no fue aprobado por el Congreso, y en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica) y José I. Cafferata Nores (profesor universitario, ex ministro de justicia de la provincia de Córdoba y miembro de la Cámara de Diputados de la Nación cuando se aprobó el procedimiento abreviado). Ambos concibieron a este instituto sólo para casos menores. Por ejemplo, en el art. 371 de su proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, el prof. Maier lo consideró para casos en los cuales la condena no fuese superior a un año de prisión. Maier, J., “El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación: presentación de Julio B. Maier, Exposición de motivos, texto completo del proyecto, p. 764”, *Cuadernos de la Revista Doctrina Penal*, Series No.1, 1987. Creían que este mecanismo sería útil para administrar los casos menores en forma más rápida, pero también tenían desconfianza puesto que eran conscientes de que implicaba una concepción completamente diferente del proceso penal. Por ejemplo, Maier claramente advirtió que el mecanismo implicaba una concepción de la verdad más consensual y relativa. Ver Maier, J. B. J., “Mecanismos de Simplificación del Procedimiento Penal”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1998, *op. cit.*, en nota 267, p. 433, 435. La desconfianza de Maier y Cafferata Nores hacia este instituto también se basaba en preocupaciones sobre el debido proceso puesto que estaban al tanto de las críticas que este tipo de acuerdos estaban generando en Estados Unidos y en otros lugares. De todas maneras, y a pesar de sus intentos por introducir el mecanismo sólo para casos menores, el Congreso de Argentina extendió su aplicación a delitos relativamente graves.

²⁷⁵ Ver CPP art. 431 bis. 1 (Arg.).

²⁷⁶ CPP art. 431 bis. 5 (Arg.) dice que una vez que la fiscalía y la defensa han alcanzado un acuerdo, el tribunal todavía debe dictar su sentencia. Por lo tanto, técnicamente es posible que el tribunal dicte una absolución. Sin embargo, la práctica muestra que generalmente ello no ocurre y los tribunales dictan la condena.

²⁷⁷ *Id.*

²⁷⁸ Para una propuesta de introducir estas limitaciones en el sistema de Estados Unidos, ver

Cuarto, en un caso con más de un acusado sólo se puede aplicar el mecanismo si es aceptado por todos²⁷⁹. Esto muestra una desconfianza hacia el mecanismo desde una perspectiva del debido proceso²⁸⁰.

Pero, más allá de estas diferencias, el procedimiento abreviado es una traducción fiel del *plea bargaining* estadounidense, y como tal asume el modelo de la disputa en cuanto a que ambas partes controlan el caso mientras que el juez tiene un papel relativamente pasivo. En este sentido, el procedimiento abreviado puede ser considerado como un Caballo de Troya para el modelo de la disputa en el modelo inquisitivo argentino de la investigación oficial²⁸¹. Si los actores legales argentinos aceptaran e internalizaran este mecanismo, entonces la reforma podría “americanizar” (o tornar más acusatorio) el proceso penal argentino.

El modelo de la investigación oficial siempre ha sido predominante en el proceso penal argentino²⁸². Por ello no es sorprendente que desde un sector de la doctrina se haya criticado fuertemente la introducción de un mecanismo tan claramente inspirado en el modelo de la disputa²⁸³. Sin embargo, en general, los abogados defensores, fiscales y jueces lo han aceptado y utilizado²⁸⁴. Por ejemplo, en el primer semestre de 2000, el 22%

Scott & Stuntz, supra nota 170, pp. 1953-57.

²⁷⁹ CPP art. 431 bis. 8 (Arg.).

²⁸⁰ La exigencia de que todos los imputados tengan que aceptar los acuerdos puede haber pretendido evitar que se utilice al procedimiento abreviado con fines de investigación, i.e., para hacer que un imputado declare en contra de otro.

²⁸¹ Para un análisis sobre los posibles efectos de la incorporación del procedimiento abreviado en Argentina, ver Langer, supra nota 23, p. 124.

²⁸² Para una descripción en inglés del sistema procesal penal federal de Argentina, ver Carrio, A. D. y Garro, A. M., Argentina, en Bradley, C.M., *Criminal Procedure: a Worldwide Study*, 1999, p. 3

²⁸³ Ver, por ejemplo, D'Albora, F. J., “El proceso penal y los juicios abreviados”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1998, *op. cit.*, en nota 262, p. 457, 463; Schiffrin, L. H., “Corsi e ricorsi de las garantías penales en la Argentina”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, *op. cit.*, en nota 267, p. 481, 484. Como en el ejemplo de Italia, gran parte de esta crítica también se basaba en cuestiones de debido proceso puesto que varios autores conocían las críticas que el *plea bargaining* había recibido en Estados Unidos al respecto.

²⁸⁴ La resistencia contra el procedimiento abreviado ha provenido principalmente de unos pocos jueces de algunos tribunales de juicio. En Argentina, los tribunales de juicio para los delitos graves y medios están compuestos por tres jueces. Algunas opiniones en disidencia de los jueces de estos tribunales han dicho que el procedimiento abreviado es inconstitucional porque la realización de un juicio verdadero es una condición necesaria para que se pueda dictar una

de los casos ante los juzgados correccionales de la ciudad de Buenos Aires fueron resueltos a través del procedimiento abreviado, y el 52% de los casos ante los tribunales orales en lo criminal de la misma jurisdicción fueron resueltos de la misma manera²⁸⁵. Es posible que una de las principales razones de esta amplia aceptación se deba a fuertes incentivos externos: entre 1990 y 2000 el número de casos que ingresó en el sistema de justicia penal de la ciudad de Buenos Aires aumentó de 61.203 a 191.755 (313%)²⁸⁶. En una situación semejante cualquier mecanismo para resolver los casos penales en forma rápida hubiese sido bienvenido, aun cuando coexistiere en tensión con la estructura de interpretación y sentido imperante, las disposiciones internas y la distribución de poderes procesales.

Además de la introducción del procedimiento abreviado han existido otras dos tendencias que podrían movilizar al procedimiento penal argentino en la dirección del modelo acusatorio de la disputa. Primero, la regla de la persecución penal obligatoria no se aplicó en el juicio durante años²⁸⁷. Segundo, desde 1994 ha existido una clara diferenciación institucional entre

condena penal, el cual no puede ser reemplazado por un acuerdo entre la fiscalía y la defensa. Ver, por ejemplo, “Dos Santos Amaral, M.,” Trib. Pen. Económico no. 3, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, op. cit. en nota 262, p. 613; “Wasylyszyn, M.A.,” op. cit.; “Osorio Sosa, A.,” Trib. Oral Crim. no. 23, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, supra nota 262, p. 636. Además, algunos tribunales de juicio también han sostenido que el procedimiento abreviado es inconstitucional, ver, por ejemplo, “Yunez, R.D.,” Trib. Oral Crim. Fed. [1999-C] L.L. 335.

²⁸⁵ Informe anual al Congreso de la Nación, Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, Procuraduría general de la Nación, 2000, pp. 297-98, 285- 86. Estas estadísticas se refieren a la etapa de juicio. En la etapa de la instrucción esta práctica es totalmente insignificante, por ende no está incluida aquí.

²⁸⁶ Ver Evolución de Hechos Delictuosos --1990 a 1999-- Total País y Por Provincia, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación Argentina en <http://www.jus.gov.ar/polcrim/InfoDecada/infosnic2C33A.pdf> (última visita del 2 de diciembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal).

²⁸⁷ Ver, por ejemplo, “Tarifeño, F.,” CSJN [1995-B] L.L. 32; “García, J.A.,” CSJN [1995-B] L.L. 31; “Cattonar, J.P.,” CSJN, [1996-A] L.L. 67. Para un breve análisis de estas decisiones, ver Maier, J. B.J. & Langer, M., “Acusación y Sentencia,” en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, p. 617. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó esas decisiones sobre esta cuestión, y la regla de la persecución penal obligatoria actualmente se aplica en el juicio. Ver “Marcilese, P.J.,” CSJN [2002- E] L.L. 719. Nota de actualización: Después de la publicación de este artículo en inglés, la Corte Suprema argentina retornó a su posición previa y el principio de obligatoriedad de la acción penal no se aplica en el juicio oral.

los fiscales y los jueces que puede contribuir a distinguir ambos roles dentro del proceso penal, una condición que hace posible al modelo de la disputa²⁸⁸.

Sin embargo, es importante no exagerar el significado de estos cambios, incluyendo la introducción del procedimiento abreviado. Prácticamente estas han sido las únicas reformas llevadas a cabo que pueden conducir al sistema legal argentino en la dirección del modelo de la disputa. En el resto de las prácticas procesales argentinas de la jurisdicción federal y la justicia nacional en lo criminal y correccional de la ciudad de Buenos Aires, siguen predominando la estructura de interpretación de sentido, las disposiciones internas y la distribución de poderes procesales inquisitivas²⁸⁹. Por ejemplo, se sigue viendo con mucha claridad el modelo de la investigación oficial en el rol que tiene el juez, que todavía está a cargo de la investigación preliminar o instrucción²⁹⁰, y en el que tiene el tribunal del juicio, puesto que decide qué pruebas serán producidas y en qué orden²⁹¹, y tiene un papel activo en el interrogatorio de los testigos, incluyendo a los peritos²⁹². Por lo tanto, y a pesar de las similitudes entre el procedimiento abreviado y los acuerdos sobre la pena estadounidenses, el modelo de la investigación oficial es mucho más predominante en Argentina que en Italia. Y si bien el modelo de la disputa ha aparecido en el procedimiento penal federal de Argentina, lo cierto es que su presencia todavía es menor.

Desde la perspectiva de la tesis de la “americanización” se puede decir que el proceso penal federal argentino no ha sido “americanizado”, por el contrario, la concepción del proceso penal como una investigación oficial

²⁸⁸ Ver Constitución Argentina, art. 120, modificada por ley 24.309, 23 de agosto de 1994, B.O. (Arg.) (establece que el Ministerio Público no es parte del Poder Ejecutivo ni del Judicial, sino un órgano de gobierno extrapoder).

²⁸⁹ Muchas otras jurisdicciones argentinas han introducido varias reformas acusatorias en sus procesos penales durante la década de los noventa, incluyendo a las provincias de Buenos Aires (1997) y Córdoba (1991). Sin embargo, estas reformas están más allá del alcance de este artículo. Estas reformas han eliminado la figura del juez de instrucción en la mayoría de los casos y han puesto al fiscal a cargo de la investigación durante la etapa preliminar, ver, por ejemplo, Guariglia y Bertoni, *op. cit.* en nota 117, pp. 66-67. Pero incluso en estas jurisdicciones el modelo de la investigación oficial sigue siendo predominante, y, por lo tanto, estas reformas no modifican mis principales conclusiones.

²⁹⁰ Ver CPP art. 26 (Arg.).

²⁹¹ Ver CPP art. 356 (Arg.).

²⁹² Ver CPP art. 389 (Arg.).

sigue siendo abrumadora. La principal razón parecería ser que pese a que la traducción del *plea bargaining* estadounidense ha sido bastante fidedigna a su texto originario, de todos modos no se realizaron suficientes reformas que tuviesen un posible efecto acusatorio. Las diferencias entre las culturas acusatoria e inquisitiva son tan profundas que el efecto “americanizante” de una única reforma acusatoria, como la del procedimiento abreviado, probablemente sea neutralizada con facilidad. El caballo de madera ha atravesado los muros del procedimiento penal argentino, pero los soldados que llevaba en su interior no fueron suficientes para tomar Troya, o al menos una parte de la ciudad. Sólo el tiempo dirá si aparecerán nuevos Caballos de Troya en el futuro²⁹³.

²⁹³ Nota de actualización: el nuevo “Código Procesal Penal de la Nación Argentina”, Ley 27.063, aprobado en diciembre de 2014, tiene una estructura mucho más acusatoria, pero todavía no ha entrado en vigor. Según el plan anunciado por las autoridades, será implementado primero en la justicia federal de las provincias de Jujuy y Salta. [Nota de la Editora: la ley referida fue ulteriormente reformada en diciembre de 2018]

10. El “plea bargaining” francés²⁹⁴

El “*plea bargaining*” francés, o *composition*, se parece muy poco al modelo estadounidense. Este mecanismo difiere de la práctica estadounidense en cuanto a que se trata más de una herramienta para evitar que los casos ingresen al procedimiento penal formal, que para resolverlos una vez que ya ingresaron. Por ende, esta traducción del *plea bargaining* seguramente no vaya a modificar al proceso penal francés —predominantemente inquisitivo— en la dirección del sistema acusatorio estadounidense.

A fines de junio de 1999 se introdujo la *composition* en los arts. 41-2 y 41-3 del Código Procesal Penal de Francia²⁹⁵ con la finalidad de reducir la

²⁹⁴ El ministro de justicia francés, Dominique Perben, ha presentado un proyecto de ley que todavía está pendiente de tratamiento por el parlamento (a partir del 24 de octubre de 2003), en donde propone reformas sustanciales al proceso penal. Ver *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* en <http://www.assemblee-nat.fr/12/pdf/projets/p10784.pdf> (última visita del 3 de diciembre de 2003). Este proyecto de ley, conocido como la “ley Perben” (“*projet de loi Perben*”), fue presentado como un intento de “adaptar la administración de justicia a la evolución de la criminalidad”. Esta propuesta incluye la posibilidad del acusado de declararse culpable [*pleading guilty*] por delitos que tienen previsto hasta cinco años de prisión. Como se trata de una propuesta que no ha sido aprobada aun, no la analizaré en detalle en este artículo. Nota de actualización: este proyecto fue adoptado por la ley “Perben II” del 9 de marzo de 2004. Conf. Art. 495-7 a 495-16 del CPPF. Otro intento por introducir un mecanismo similar al *guilty plea* tuvo lugar a fines de la década de los ochenta y principio de los noventa, cuando una comisión del Ministerio de Justicia de Francia - generalmente conocida como la Comisión Delmas-Marty - propuso la introducción de un mecanismo similar a la declaración de culpabilidad estadounidense, aunque específicamente rechazaba la introducción del *plea bargaining*. Ver Delmas-Marty, M., “Rapport sur la mise en état des affaires pénales”, *Commission Justice pénale et droits de l’Homme* (1991). Dos motivos por los cuales los actores legales franceses rechazaron estas propuestas fueron que las veían como foráneas y que tenían un apego al sistema inquisitivo existente ver Salas, D., “La justice entre les deux corps de la démocratie”, en Salas, D. (ed.), *La justice, une révolution démocratique*, Desclée de Brouwer, 2001. Para un breve análisis de la propuesta de la Comisión Delmas-Marty con respecto a los *guilty pleas*, ver Tulkens, *op. cit.* en nota 178, p. 672.

²⁹⁵ Ley No. 99-515 del 23 de junio de 1999, J.O., 24 de junio de 1999, p. 9207. El antecedente de la *composition pénale* era la *injonction pénale* aprobada por ley del 22 de diciembre de 1994. Sin embargo, el 2 de febrero de 1995, el Tribunal Constitucional (Conseil Constitutionnel) declaró la inconstitucionalidad de la *injonction* por considerar que violaba la presunción de inocencia y que le otorgaba a los fiscales potestades para juzgar los casos e imponer sanciones que deberían estar a cargo de los tribunales, ver MERLE & VITU, *supra* nota 109, p. 396.

carga de trabajo de los tribunales²⁹⁶. Este mecanismo ha sido considerado un homólogo del *plea bargaining* estadounidense, puesto que deja lugar a la negociación entre la fiscalía y la defensa²⁹⁷. Según la *composition*, antes del comienzo formal del procedimiento la fiscalía puede ofrecer al imputado la opción de no ejercer la acción penal a cambio de una admisión de culpabilidad y el cumplimiento de una condición, como el pago de una multa, la entrega de los objetos utilizados en el delito (u obtenidos en su comisión), la renuncia a su licencia para conducir o cazar, la realización de tareas comunitarias y/o la reparación del daño ocasionado a la víctima²⁹⁸. Si el imputado acepta el ofrecimiento, la fiscalía solicita que sea homologado por el juez²⁹⁹. Si el imputado no lo acepta, o no cumple con las condiciones del acuerdo, la fiscalía simplemente puede iniciar el procedimiento formal, ejerciendo la acción penal³⁰⁰.

²⁹⁶ Ver Conte, Philippe, Patrick Maistre Du Chambon, and Patrick Maistre du Chambon. *Procédure pénale*. Masson: A. Colin, 2002, pp. 3-4 (3d ed. 2001); Merle y Vitu, *op. cit.*, en nota nota 109, p. 395.

²⁹⁷ Merle y Vitu, *op. cit.*, p. 396; Cedras, *op. cit.*, pp. 156-57; Magendie, J. C., “L'américanisation du droit ou la création d'un mythe”, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 45, 2001, p. 13, 18-19. Existen otros mecanismos en el proceso penal francés que dejan lugar para las negociaciones entre la fiscalía, el acusado e incluso la víctima y el juez, tales como la *médiation pénale*, *correctionnalisation* y *comparution immédiate*. Ver Tulkens, *op. cit.*, pp. 660-61, 672-73. Estos no serán analizados aquí y, hasta donde llega mi conocimiento, no se han inspirado en el *plea bargaining*, ni considerado análogos. Se pueden consultar varios análisis sobre el rol que tiene la negociación en el derecho penal y en otras ramas del derecho en los artículos incluidos en Gérard, Philippe. *Droit négocié, droit imposé?*. Presses de l'Université Saint-Louis, 1996.

²⁹⁸ Código Procesal Penal. art. 41-2 (2002) (Francia). Para un análisis detallado de este mecanismo, ver *Ministère de la Justice. Circulaires de la direction des Affaires criminelles et des Grâces*, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, vol. 83, 2001. Disponible en <http://www.justice.gouv.fr/actua/bo/dacg83c.htm> (última visita del 25 de noviembre de 2003). La propuesta no se puede realizar cuando el imputado está detenido. El fiscal o un asistente tiene que informar al imputado de su derecho a ser asistido por un abogado.

²⁹⁹ Tanto el imputado como la víctima pueden solicitar al juez una audiencia antes de que decida sobre el acuerdo. Sin embargo, esta audiencia no se realiza si no es específicamente solicitada. Ver CPP. art. 41-2 (Francia). Como la composición fue introducida como una forma de tratar de manera más efectiva los casos por delitos menores, se considera que la audiencia con el imputado y/o la víctima antes de validar el acuerdo es excepcional. *Ministère de la Justice, op. cit.* 296, p. 96.

³⁰⁰ Mientras se cumplen las condiciones del acuerdo se suspende el transcurso del plazo para la prescripción de la acción.

La *composition* sólo se puede aplicar a ciertos delitos específicamente enumerados en el código francés, tales como lesiones simples, amenazas, robo simple, daños, calumnias e injurias, maltrato de animales, posesión de ciertas armas o conducción en estado de intoxicación, entre otros³⁰¹. Además, su aplicación se limita a aquellos casos que no revisten gravedad³⁰².

Como surge con claridad de esta descripción, sólo es posible referirse a la *composition* como un “*plea bargaining*” de manera sumamente laxa³⁰³. Esto pone de manifiesto, una vez más, lo inadecuada que es la idea del trasplante legal para captar este fenómeno de la circulación de ideas y prácticas legales. Ciertamente existen similitudes entre el procedimiento del *plea bargaining* estadounidense y la *composition*: ambos incluyen negociaciones entre la fiscalía y el imputado, y éste último tiene que admitir su culpabilidad como parte del acuerdo. Sin embargo, aquí terminan las semejanzas.

Las diferencias entre el *plea bargaining* estadounidense y la *composition* son significativas. Primero, mientras que la aplicación del *plea bargaining* reduce la duración de los procedimientos penales regulares en el sentido de que no es necesario el juicio para establecer la culpabilidad o inocencia,

³⁰¹ CPP art. 41-2 (Francia); *Ministère de la Justice, op. cit.*, pp. 69-70. Nota de actualización: esta lista fue ampliado por la “ley Perben” como es descrito *infra* nota 300.

³⁰² *Ministère de la Justice*, p. 68. Además de proponer la introducción de un nuevo mecanismo similar a la declaración de culpabilidad estadounidense (*reconnaissance préalable de culpabilité*), ver Perben, *infra* nota 301, la “ley Perben” también propone una extensión de la *composition* a todos los delitos de hasta cinco años de prisión. Ver Dominique Perben, *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, tit. II, cap. 1, sec. 2 (“Dispositions relatives à la composition pénale et aux autres procédures alternatives aux poursuites”) (propone un nuevo texto para el art. 41-2.1 del Código Procesal Penal de Francia), disponible en <http://www.assemblee-nat.fr/12/projets/p10784.asp> (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal). Nota de actualización: esta propuesta de la “ley Perben” fue finalmente adoptada y la *composition* puede ahora aplicarse a todos los delitos de hasta cinco años de prisión.

³⁰³ El mecanismo propuesto por la “ley Perben”, ver *supra* nota 296, es más parecido al *plea bargain* estadounidense porque incluye negociaciones entre la fiscalía y la defensa con respecto a la pena, a cambio de una admisión de culpabilidad dentro del procedimiento formal, y en donde el tribunal tiene un papel limitado en las negociaciones. Ver Dominique Perben, *Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cap. IV, sec. 1, art. 61, sec. VIII (“De la comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité”), disponible en <http://www.assemblee-nat.fr/12/projets/p10784.asp> (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal).

la aplicación de la *composition* directamente evita estos procedimientos³⁰⁴. Segundo, la aplicación del *plea bargaining* estadounidense significa que el imputado es considerado legalmente culpable y luego castigado, en tanto que la aplicación de la *composition* no tiene el efecto legal de una sentencia de culpabilidad. Si el imputado cumple con las condiciones del acuerdo, entonces el caso es sobreseído³⁰⁵. Tercero, en el *plea bargaining* se considera que el fiscal está en iguales condiciones de negociación con la defensa. En la *composition*, por el contrario, el fiscal no negocia con un igual, sino que se asemeja más a un oficial de control del proceso a prueba que ejerce control sobre una persona que ha violado la ley y que puede cometer nuevos delitos en el futuro. El imputado debe aceptar el ofrecimiento del fiscal y admitir su culpabilidad, no como una parte que con su consentimiento puede poner fin a la disputa, sino como parte de su propio proceso de neutralización, rehabilitación y reparación a la víctima³⁰⁶.

Con la *composition* los legisladores franceses no tradujeron el *plea bargaining* estadounidense desde una estructura procesal de sentido acusatoria hacia una inquisitiva, sino desde un sistema acusatorio hacia lo que podría llamarse el “modelo de la despenalización”. En la segunda mitad del siglo XX, tuvo lugar en varios países europeos un movimiento hacia la despenalización de los delitos más leves³⁰⁷. Este modelo de la despenalización considera que el sistema de justicia penal regular, con sus penas de encarcelamiento, es demasiado severo y, al mismo tiempo, poco efectivo para lidiar con la criminalidad más leve. Así es que en reemplazo de la prisión se propusieron las multas, el trabajo comunitario y la reparación a la víctima, entre otros remedios. También se diseñaron varios sistemas

³⁰⁴ Ver Merle y Vitu, *op. cit.*, p. 396.

³⁰⁵ CPP art. 41-2 (2002) (Francia).

³⁰⁶ La admisión de culpabilidad del imputado tiene un carácter pedagógico. *Ministère de la Justice, op. cit.*, p. 65.

³⁰⁷ Para un análisis sobre el desarrollo de este modelo en Europa, ver Delmas-Marty, Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Presses universitaires de France, 1992, pp. 159-63, 278-93. En Estados Unidos han existido ciertas tendencias en la misma dirección. Por ejemplo, la introducción de los mecanismos de la *diversion* en los últimos años para los casos de drogas, violencia doméstica y juvenil, puede ser considerado parte de un desarrollo similar. Para un análisis sobre la expansión de la *diversion* en Estados Unidos en las últimas tres décadas, ver, por ejemplo, Miller, *op. cit.*, en 76, pp. 663-65.

alternativos, como los tribunales administrativos, civiles y de mediación, para procesar los casos que tradicionalmente eran resueltos a través del proceso penal³⁰⁸.

El modelo de la despenalización no pretende abolir o reemplazar por completo el sistema de justicia penal y sus procedimientos. Sino que más bien intenta limitar su alcance y funcionar de manera complementaria con éste³⁰⁹. Este modelo no adopta ningún tipo de procedimiento específico. Puede funcionar confortablemente con procedimientos administrativos relativamente inquisitivos, con procedimientos civiles estructurados según el modelo acusatorio de la disputa o con programas de mediación. El modelo de la despenalización pretende apartar a los delitos menos graves del proceso penal formal y evitar el encarcelamiento, al tiempo que mantiene cierto control formal sobre estos casos, con lo cual estos objetivos pueden alcanzarse a través de procesos diversos.

La *composition* puede ser incluida en este modelo de la despenalización³¹⁰, de modo que, aun cuando sea exitosa y ampliamente utilizada³¹¹, lo cierto es que es poco probable que vaya a transformar al proceso penal regular inquisitivo francés en el sentido del modelo de la disputa; por el contrario, es más probable que fortalezca el modelo de la despenalización en Francia. Primero, y como ya lo analizamos, la propia *composition*, incluso si estuviese inspirada en el *plea bargaining*, no asume el modelo de la disputa porque no considera al imputado como una parte igual que la fiscalía. En este sentido, la *composition* no parece tener un potencial efecto

³⁰⁸ Ver, por ejemplo, Tulkens, *op. cit.*, pp. 648-49.

³⁰⁹ La profesora Delmas-Marty distingue entre la despenalización y la descriminalización. Mientras que la primera podría ser un recurso complementario al sistema de justicia penal, la segunda se presenta como una alternativa al mismo. Ver Delmas-Marty, *op. cit.*, pp. 278-79.

³¹⁰ La composición es parte del modelo de la despenalización porque pretende excluir ciertos casos del sistema de justicia penal regular manteniéndolos bajo un control menos riguroso. Sobre este doble objetivo de la composición, ver Conte y Maistre du Chambon, *op. cit.*, en nota 294, p. 209.

³¹¹ Por el momento los datos empíricos muestran que la *composition* ha sido utilizada con moderación. Hay estadísticas oficiales sobre el uso de esta práctica sólo para el año 2001. Sobre 893.373 casos iniciados, la *composition* se aplicó sólo en 1511 (0,17 %). Ver *Minister de la Justice, Annuaire Statistique de la Justice 2003*, disponible en <http://www.justice.gouv.fr/publicat/m-Activparquets.pdf> (última visita del 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal).

acusatorio o “americanizante”. Segundo, aun cuando lo tuviese, el propio hecho de que la *composition* no se aplica dentro del proceso penal regular también haría que tenga poco potencial para mover al modelo de la investigación oficial francés en aquella dirección.

La traducción del *plea bargaining* en Francia, entonces, no parece representar un desafío a su modelo predominante de la investigación oficial en el proceso penal, menos aún que el desafío planteado por la introducción del procedimiento abreviado en Argentina.

11. Conclusión: ¿fragmentación en las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas?

En las últimas cuatro secciones he demostrado cómo, en años recientes, las jurisdicciones de Alemania, Italia, Argentina y Francia han traducido el *plea bargaining* estadounidense de distintas formas, y cómo estos mecanismos, y sus interacciones con las prácticas y los actores legales del sistema de justicia penal receptor, así como otros factores, han producido diferentes resultados en cada una de estas jurisdicciones.

En el caso de Alemania, los *Absprachen* trajeron el desarrollo de un nuevo sistema procesal penal —el modelo del juez-gerente basado en la cooperación— que actualmente coexiste y cuestiona al modelo tradicional alemán de la investigación oficial. En el caso de Italia, el *patteggiamento*, junto a otras reformas, introdujo el modelo de la disputa que hoy representa un serio cuestionamiento al modelo tradicionalmente predominante de la investigación oficial. En el caso de Argentina, el procedimiento abreviado ha introducido y reforzado elementos del modelo de la disputa en el procedimiento penal federal, aunque el modelo de la investigación oficial sigue siendo dominante, mucho más que en Italia. Por último, en el caso de Francia, la *composition* puede reforzar el modelo de la despenalización y reducir el rango de casos procesados a través del modelo de la investigación oficial. De todos modos, este último modelo sigue siendo altamente predominante en el procedimiento penal regular.

Este análisis demuestra que parecen haber ahora diferencias importantes entre estas jurisdicciones, lo cual es novedoso en el mundo con-

tinental europeo y latinoamericano que durante mucho tiempo ha sido una cultura legal relativamente homogénea. Si bien existían diferencias entre estas jurisdicciones y cuestionamientos a la cultura procesal inquisitiva en el interior de cada una de ellas, en las cuatro aquí examinadas el proceso penal todavía se concebía principalmente en base al modelo de la investigación oficial. Es precisamente respecto de esta concepción común profunda del proceso penal que estas cuatro jurisdicciones están comenzando a diferir.

Así, mientras que la influencia estadounidense en el mundo continental europeo y latinoamericano es innegable, lo cierto es que, al menos en sus procedimientos penales formales, no está produciendo una “americanización” o “acusatorialización” fuerte de aquellas jurisdicciones, sino más bien su fragmentación. Esta fragmentación se debe, en parte, al hecho de que los sistemas inquisitivos han “traducido” las influencias acusatorias estadounidenses de diferentes maneras. En sus interacciones con el proceso penal receptor, cada mecanismo traducido tiene la capacidad tanto de transformar como de ser transformado por el sistema inquisitivo. Como resultado, los procesos penales de la tradición continental europea y latinoamericana ya han comenzado un proceso de diferenciación.

Este fenómeno tiene importantes consecuencias para el debate sobre la tesis de la “americanización”. Porque si bien da apoyo a la versión débil de la tesis, en cuanto que confirma las influencias acusatorias sobre los sistemas inquisitivos, también debería conducir a una revisión, y a un análisis más concreto y complejo, de la versión fuerte de la tesis. Tal como demuestra esta discusión, la influencia del sistema estadounidense sobre otros sistemas legales puede producir diferentes efectos en cada uno de ellos, dependiendo de las decisiones tomadas por los traductores legales, de cuánto poder han tenido para promover sus reformas, de cuánta resistencia han encontrado, etc. Además, este estudio demuestra que la “americanización” no es un juego a todo o nada.

En otras palabras, las prácticas del sistema legal receptor pueden moverse en dirección del sistema estadounidense en un determinado nivel del procedimiento, pero no en otro, como ocurre con el caso del sistema alemán, en donde es improbable que los *Absprachen* promuevan el modelo estadounidense de la disputa, pero pueden promover una concepción de

la verdad más consensuada y relativa, como la que prevalece en el sistema estadounidense.

En mi argumento he señalado dos cuestiones adicionales que vale la pena reiterar aquí. Primero, he discutido algunos de los defectos que tiene la metáfora del trasplante legal como criterio para entender la circulación de instituciones legales entre sistemas legales, y he propuesto la metáfora de la traducción legal como un dispositivo heurístico alternativo para abordar estos fenómenos. Algunos podrán considerar que la discusión de las metáforas es un juego de palabras sin mucho valor sustantivo, pero esto sería un error. Las metáforas son importantes porque pensamos a través de ellas y porque resaltan diferentes aspectos de la realidad. El principal concepto que pretendo enfatizar a través de la metáfora de la traducción legal es que las prácticas e instituciones legales pueden ser transformadas al ser trasladadas entre los sistemas legales, tanto por decisiones de los reformadores (traductores) o por diferencias estructurales entre el sistema originario y el receptor (idiomas). Además, la institución legal traducida puede producir una sucesión de cambios—incluso inesperados como el caso del *Absprache* alemán— en el sistema legal receptor. Si se tiene en cuenta que gran parte de la doctrina y de los productores de políticas públicas han pasado por alto estas transformaciones, entonces la metáfora de la traducción resulta útil para ponerlas de resalto.

Segundo, he mostrado que los sistemas acusatorio e inquisitivo pueden ser analizados no sólo como dos formas distintas de distribuir el poder y las responsabilidades entre los principales actores del proceso penal, sino también como dos culturas procesales distintas—dos concepciones diferentes de cómo deben juzgarse y perseguirse los casos penales—. Aun cuando estas culturas procesales no sean enteramente homogéneas, hay ciertas concepciones del proceso penal que claramente han prevalecido en los Estados Unidos y en las cuatro jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas aquí examinadas. He propuesto un nuevo marco teórico para analizar estas culturas procesales predominantes, y lo he utilizado para explicar algunas de las transformaciones que el *plea bargaining* ha sufrido al ser traducido en Alemania, Italia, Argentina y Francia.

Esta conceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo también nos ha brindado un claro eje de referencia para valorar si estas cuatro juris-

dicciones se están moviendo, o se han movido, en la dirección del sistema estadounidense.

La conceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo como culturas procesales también es importante por otros motivos. El debate sobre la “americanización” del derecho es, en cierta medida, un debate sobre culturas legales. En otros términos, es un debate acerca de cómo se entiende, se piensa y se practica el derecho en diferentes jurisdicciones, y cómo ciertas concepciones legales que prevalecen en los Estados Unidos pueden llegar a imponerse en otros lados. Por lo tanto, una conceptualización teórica de los sistemas acusatorio e inquisitivo como la que se ofrece en este artículo es necesaria para participar plenamente en este debate.

Bibliografía

- Abel, R. L., “Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law”, *Michigan Law Review*, vol. 80, 1982
- Abrams, N., “Prosecution: Prosecutorial Discretion”, en Kadish, Sanford H. *Encyclopedia of Crime and Justice (Volume 3)*, The Free Press Macmillan Publisher, New York, 1983
- Ajani, G., “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, *American Journal of Comparative Law* vol. 43, p. 93 (1995)
- Alpert Gladstone, J., “Why Patenting Information Technology and Business Methods is Not Sound Policy: Lessons from History and Prophecies for the Future”, *Hamline Law Review*, vol. 25, p. 217, 229 (2002).
- Alschuler, A. W., “Plea Bargaining and Its History”, *Law and Society Review*, vol. 13, 1979
- Alschuler, A. W., “Implementing the Criminal Defendant’s Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System”, *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983
- Amann, D.M., “Harmonic Convergence? Constitutional Criminal Procedure in an International Context”, *Indiana Law Journal* vol. 75, 2000

- Amodio, E. & Selvaggi, E., “An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, *Temple Law Review*, vol. 62, 1989.
- Amodio, E., “Il Modello Accusatorio Statunitense e il Nuovo Processo Penale Italiano: Miti e Realtà della Giustizia Americana”, en Amodio, Ennio, and M. Cherif Bassiouni (eds.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Giuffrè, 1988.
- Arenella, P., “Rethinking the Functions of Criminal Procedure: The Warren and Burger Courts’ Competing Ideologies”, *Georgetown Law Journal*, vol. 72, p. 183 (1983).
- Arenella, P., “Reforming the Federal Grand Jury and the State Preliminary Hearing to Prevent Conviction without Adjudication”, *Michigan Law Review*, vol. 78, 1980.
- Bailyn, B., *The ideological origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1992.
- Barra Cousino, C. R., “Adversarial vs. Inquisitorial Systems: The Rule of Law and Prospects for Criminal Procedure Reform in Chile”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas.*, 1998, vol. 5.
- Bartlett, R., *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Process*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- Bassnett, S., *Translation studies*, Routledge, 2013.
- Berkowitz, D., et al. “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect” (Center for International Development at Harvard University, Working Paper No. 39, 2000, disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/039.htm> (último acceso el 25 de noviembre de 2003) (en los archivos de Harvard International Law Journal);
- Bertoni, E.A., *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 72-82.
- Blankenburg, E., “Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany”, en Jacob, H. et al. *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, Michigan, Yale University Press, 1996, p. 249, 308.
- Bourdieu, P., *Language and symbolic power*, Harvard University Press, 1991.
- Bourdieu, P., “The Social Conditions of the International Circulation of Ideas”, en Shusterman, Richard, ed. *Bourdieu: A critical reader*, 1999.

- Bourdieu, P., *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. Le seuil, 2016.
- Bovino, A., *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*. No. 343.1 (728.1), Fundación Myrna Mack, 1996.
- Bradley, C. M., "United States", *Criminal Procedure: a Worldwide Study*, Carolina Academic Press, 1999.
- Bradley, C. M., "The convergence of the continental and the common law model of criminal procedure", *Criminal Law Forum*, Vol. 7, No. 2, Kluwer Academic Publishers, 1996.
- Buscaglia, E. y Rafliff, W., *Law and Economics in Developing Countries*, Hoover Institution Press, 2000.
- Cafferata Nores, J. I., *Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal*, Editores del Puerto, 2ª ed1, 1998.
- Calabresi, S. G., "The Tradition of the Written Constitution: A Comment on Professor Lessig's Theory of Translation", *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.
- Cedras, J., "L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français, en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 45, 2001.
- Champy, G., "Inquisitoire-Accusatoire devant les juridictions pénales internationales", *International Law Review of Penal Law*, vol. 68, 1997, p. 149.
- Chayes, A., "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976
- Chodosh, H. E., "Reforming Judicial Reform Inspired by U.S. Models", *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002.
- Cordero, F., *Procedura Penale*, Giuffrè, 1993.
- Cedras, J., "L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français", en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 45, 2001.
- Combs, N. A., "Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes", *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 2002.
- Damaška, M., "Adversary System", en Kadish, S.H. (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Nueva York, Free Press, 1983.
- Damaška, M., "Models of criminal procedure", *Zbornik PFZ*, 51, 2001.
- Damaška, M. R., *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press, 1986.

- Damaška, M. R., “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiences”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, p. 839.
- Damaška, M. R., *Evidence law adrift*, Yale University Press, 1997.
- Damaška, M. R., “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, *Reformas a la Justicia penal en las Américas*. www.dplf.org/Fundación para el debido proceso legal, 2000.
- Damaška, M. R., “Of hearsay and its analogues”, *Minnesota Law Review* 76, 1992, p. 425, 449-52.
- Davis, K. C., *Discretionary justice: A preliminary inquiry*, LSU Press, 1969.
- Davison, J., “America’s Impact on Constitutional Change in Eastern Europe”, *Albany Law Review*, 55, 793, 1992.
- Deal, D., “Der strafprozessuale Vergleich”, *Strafverteidiger* vol.2, 1982
- Delazay, Y. y Garth B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, Chicago University Press, 1996.
- Delmas-Marty, M., “Rapport sur la mise en état des affaires pénales”, *Commission Justice pénale et droits de l’Homme*, 1991.
- Delmas-Marty, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Presses universitaires de France, 1992.
- Dervieux, V., “The french system”, en Delmas-Marty, Mireille, and John R. Spencer (eds.) *European criminal procedures*, Vol. 25, Cambridge University Press, 2002.
- Dorf, M. C., “Recipe for Trouble: Some Thoughts on Meaning, Translation and Normative Theory”, *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.
- Doucet, M. and Jacques, V., *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruyant, 1994.
- Dryden, J., “On Translation”, en Jakobson, R., Schulte, R., & Biguenet, J. (eds.), *Theories of translation: An anthology of essays from Dryden to Derrida*.
- Dubber, M. D., “The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology”, *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995.

- Dubber, M. D., "American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure", *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997.
- Easterbrook, F. H., "Criminal Procedure as a Market System", *Journal of Legal Studies*, vol. 12, 1983.
- Easterbrook, Frank H. "Plea Bargaining as Compromise" *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991.
- Eisenberg, T. & Yeazell, S. C., "The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980.
- Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, 1882.
- Ewald, W., "The American Revolution and the Evolution of Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.
- Ewald, W., "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *American Journal of Comparative Law* vol. 43, 1995.
- Ferrua, P., "La Giustizia Negoziata nella Crisi della Funzione Cognitiva del Processo Penale", *Studi sul Processo Penale*, vol. 3, 1997.
- Fisher, G., "Plea Bargaining's Triumph", *Yale Law Review*, vol. 109, 2000.
- Fiss, O. M., "Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979.
- Fournier, A., *Code de Procédure Criminelle De L'État de New York*, 1893.
- Frankel, M. E., "The search for truth: An umpireal view", *University of Pennsylvania Law Review*, 123.5 1975, p. 1031-1059.
- Frase, R. S., "The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion", *University of Chicago Law Review*, vol. 47, 1980, p. 246.
- Frase, R. S., "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?", *California Law Review*, vol. 78, 1990, p. 539.
- Frase, R. S., and Thomas Weigend. "German criminal justice as a guide to American law reform: Similar problems, better solutions", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 18, 1995.
- Friedman, L. M., "Plea Bargaining in Historical Perspective", *Law and Society Review*, vol. 13, 1979.

- Friedman, L. M., "Erewhon: The Coming Global Legal Order" *Stanford Journal of International Law*, vol. 37, 2001.
- Garapon, A., "French Legal Culture and the Shock of 'Globalization'", *Sociological and Legal Studies*, vol. 4, 1995.
- Garraud, R. and Garraud, P., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Vol. 1, Sirey, 1907.
- Geertz, C., *The interpretation of cultures*, Vol. 5019, Basic books, 1973.
- Geertz, C., *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*, New York 1983.
- Gleadow, C., *History of trial by jury in the Spanish legal system*, No. 6, Edwin Mellen Pr, 2000, p. 245-85.
- Gidi, A., "Class Actions in Brazil--A Model for Civil Law Countries", *American Journal of Comparative Law* vol. 51, 2003.
- Gildin, G. S., "Trial by Jury in the New Russia: A Travelogue" *Dick Journal of International Law*, vol. 15, 1996.
- Glenn Patrick, H., *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, 2000.
- Goldstein, A. S., "Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure", *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974.
- Goldstein, A. S., y Marcus, M., "The myth of judicial supervision in three" inquisitorial systems: France, Italy, and Germany", *The Yale Law Journal*, 87.2, 1977, p. 240-283.
- Guarnieri, C., "Prosecution in Two Civil Law Countries: France and Italy", en Nelken, David. *Comparing legal cultures*, Routledge, 1997.
- Griffiths, J., "Ideology in Criminal Procedure, or a Third 'Model' of the Criminal Process", *Yale Law Journal*, vol. 79, 1970, p. 359.
- Grande, E., "Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance", *American Journal of Comparative Law* vol. 48, 2000, p. 227.
- Harcourt, B. E., *Illusion of order: The false promise of broken windows policing*, Harvard University Press, 2009.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed.
- Hélie, F., *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, vol. 5, 1853.

- Herrmann, J., "Bargaining Justice--A Bargain for German Criminal Justice?", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 53.
- Heymann, P. B., "Should Latin American Prosecutors be Independent of the Executive in Prosecuting Government Abuses?", *University of Miami Inter-american Law Review*, vol. 26, 1995.
- Henkin, L. y Rosenthal, A.J., *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*, Columbia, Columbia University Press, 1990.
- Herrmann, J., "Various Models of Criminal Proceedings", *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 2, 1978.
- Herrmann, J., "Bargaining Justice--A Bargain for German Criminal Justice?", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 53, 1992.
- Hett, B. C., *Death in Tiergarten and Other Stories: Murder and Criminal Justice in Berlin, 1891-1933*.
- Holden, B., (ed.) *The ethical dimensions of global change*, Springer, 1996.
- Janosik, R.J., (ed.) *Encyclopedia of the American Judicial*, Charles Scribners Sons, 1987.
- Jenson, J. and Sousa Santos, B., (eds.), *Globalizing institutions: Case studies in regulation and innovation*, Routledge, 2000.
- Kagan, R., *Adversarial legalism: The American way of law*, Harvard University Press, 2009 (original dice 2001, ver nota 50 y 111).
- Kahn-Freund, O., "On uses and misuses of comparative law", *Modern Law Review*, 37, 1974.
- Kahn, P. W., *The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship*, University of Chicago Press, 2000.
- Kahn-Freund, O., "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Selected Writings*, 1978.
- Kenan, L., "Translation as a Catalyst for Social Change in China", en Tymoczko, Maria, y Edwin Gentzler (eds.) *Translation and power*, Univ of Massachusetts Press, 2002.
- Kennedy, D., "Three Legal Globalizations", Inédito, 2001.
- Krug, P., "Prosecutorial Discretion and its Limits", *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p. 643.

- Kühne, H.H., "Germany" en Van den Wyngaert, Christine, et al., (eds.) *Criminal procedure systems in the European Community*, Butterworths, 1999.
- LaFave, W. R., "The Prosecutor's Discretion in the United States", *American Journal of Comparative Law* vol. 18, 1970.
- Langbein, J. H., *Comparative criminal procedure: Germany*, St. Paul, MN.: West Publishing Company, 1977.
- Langbein, J. H., *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*, University of Chicago Press, 1977.
- Langbein, J. H., "Torture and Plea Bargaining", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1978.
- Langbein, J. H. & Weinreb, L. L., "Continental Criminal Procedure: Myth and Reality", *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978.
- Langbein, J. H., "Land Without Plea Bargaining: How the Germans Do It", *Michigan Law Review*, vol, 78, 1979.
- Langbein, J. H., "Understanding the Short History of Plea Bargaining", *Law and Society Review*, vol. 13, 1979.
- Langbein, John H., "Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?", *American Bar Foundation Research Journal* 6.1, 1981, 195-219.
- Langbein, John H., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995.
- Langbein, John H., "The Influence of the German Emigrés on American Law: The Curious Case of Civil and Criminal Procedure", en Lutter, Marcus, Stiefel, Ernst y Hoeflich, Michael H (eds.) *Der Einfluss deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991*, Mohr Siebeck, 1993.
- Langbein, J. H., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995.
- Langbein, J. H., and Simpson, AW B., *The origins of adversary criminal trial*. Oxford University Press, 2003.
- Lechner, F. J. and Boli, J., (eds.) *The globalization reader*, John Wiley & Sons, 2000.

- Legrand, P., "European Legal Systems Are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996.
- Lessig, L., "Fidelity and Constraint", *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.
- Lessig, L., "Fidelity and Constraint", *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.
- Lessig, L., "Fidelity in Translation", *Texas Law Review*, vol. 71, 1993.
- Lessig, L., "The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be", *Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1997.
- Lessig, L., "Translating Federalism: United States v. Lopez", *Supreme Court Review*, vol. 1995
- Lessig, L., "Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory", *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995.
- Levinson, S., "Translation: Who Needs It?", *Georgetown Law Review*, vol. 85, 1997.
- López-Medina, D., *Comparative Jurisprudence: Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America*, 2001 (tesis doctoral no publicada, Harvard University en el archivo de Harvard Law School Library).
- Luna, E. G., "The Models of Criminal Procedure", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 2, 1999, p. 389.
- Maier, J., "El proyecto de Código Procesal Penal de la Nación: presentación de Julio B. Maier, Exposición de motivos, texto completo del proyecto", *Cuadernos de la Revista Doctrina Penal*, Series No.1, 1987.
- Maier, J. B. J., "Mecanismos de Simplificación del Procedimiento Penal", *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 1998.
- Maier, J. B. J y Bovino, A., (eds.) *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Maier, J. B. J. & Langer, M., "Acusación y Sentencia", *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B.
- May, R. & Wierda, M., "Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague, and Arusha", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999.

- Markesinis, B., (ed.) *The Gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21st century*, Clarendon Press, 1994.
- Mattei, U., “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, 2003, p. 383.
- Mattei, U., “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, p. 195.
- Mattei, U., “Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics”, *International Review of Law and Economics*, vol. 14, 1994.
- McGrew, A. G. and Held, D., (eds.) *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*, Polity Press, 2000.
- McGrew, A. G., and Held, D., (eds.) *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*, Polity Press, 2000.
- Meares, T. L., “Rewards for Good Behavior: Influencing Prosecutorial Discretion and Conduct with Financial Incentives”, *Fordham Law Review*, vol. 64, 1995
- Merryman, J. H., “The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of.” (1985).
- Merle, R. and Vitu, A., *Traité de droit criminel*, 5ème édition, Paris, 2001.
- Miller, J. M., “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and the Argentine Example to Explain the Transplant Process”, en *American Journal of Comparative Law* vol. 51
- Miller, F., et al. *Criminal Justice Administration: Cases and Materials*, Foundation Press, 2007.
- Misner, R.L., “Recasting Prosecutorial Discretion”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, 1996.
- Mistelis, L. A., “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law Reform--Some Fundamental Observations”, en *International Law*, vol. 34 (2000), p. 1055.
- Moskovitz, M., “Perspective: The O.J. Inquisition: A United States Encounter with Continental Criminal Justice”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 28, 1995.

- Mundis, D. A., "From 'Common Law' Towards 'Civil Law': The Evolution of the ICTY Rules of Procedure and Evidence", *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001.
- Nota Estudiantil, "The Protectionist Bar against Foreign Lawyers in Japan, China and Korea: Domestic Control in the Face of Internationalization", *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 16, 389, 2003.
- Orland, L., "A Russian Legal Revolution: The 2002 Criminal Procedure Code", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, 2002.
- Ostrow, E. J., "The Case for Preplea Disclosure", *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981.
- Ortwein II, B. M., "The Swedish Legal System: An Introduction" en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 13, 2003.
- Packer, H.L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.
- Pizzi, W. T., "Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform", *Ohio State Law Journal*, vol. 54, 1993.
- Pizzi, W. T. *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, NYU Press, 2000.
- Pizzi, W. T. & Marafioti, L., "The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation", *Yale Journal of International Law*, vol. 17, 1992.
- Plotkin, S. R., "The Jury Trial in Russia" *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 1994, p. 1.
- Pradel, J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2002.
- Pradel, J., "Inquisitoire-Accusatoire: une redoutable complexité", *International Review of Penal Law*, vol. 68, 1997.
- Provine, D. M., "Courts in the Political Process in France", en Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H. M., Provine, D. M., & Sanders, J. *Courts, law, and politics in comparative perspective*, Yale University Press, 1996.
- Ramírez, L. R., García & Urbina, M. A. Guatemala en Ambos, K., Maier, J. et al. *Las reformas procesales penales en América Latina*, AD-HOC, 2000.

- Raustiala, K., "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", *Virginia Journal of International Law*, 2002.
- Reiss, A. J., "Public prosecutors and criminal prosecution in the United States of America", *Jurid. Rev.*, 1975.
- Rheinstein, M., "Introduction" a Rheinstein, Max (ed.) *Max Weber on Law in Economy and Society*. Harvard University Press, 1954.
- Rosett, A., "Discretion, Severity and Legality in Criminal Justice", *Southern California Law Review*, vol. 46, 1972.
- Roxin, C. and Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht*, München, 1998, 25.
- Rubenstein, W. B., "A Transactional Model of Adjudication", *Georgetown Law Review*, vol. 89, 2001.
- Salas, D., "La justice entre les deux corps de la démocratie", en Salas, D., (ed.), *La justice, une révolution démocratique*, Desclée de Brouwer, 2001.
- Sassen, S., *Globalization and Its Discontents. Essays on the new mobility of people and money*, New York, 1998.
- Saussure, F. de, *Course in general linguistics*, New York: Philosophical Library, 1959.
- Schauer, F., "The Politics and Incentives of Legal Transplantation", en Nye, Joseph S. Jr. & Donahue, John D. (eds.) *Governance in a Globalizing World*, Washington, Brookings Institution Press, 2000.
- Schioppa, P. A., "I Filosofi e la Giuria Penale." *I-II Nuova Rivista Storica* 107, 1986.
- Schioppa, P. A., (Ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlín, Duncker und Humblot, 1987.
- Schlesinger, R. B., "Comparative Criminal Procedure: A Plea for Utilizing Foreign Experience", *Buffalo Law Review*, vol. 26, 1977.
- Schulhofer, S. J., "Is Plea Bargaining Inevitable?" *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983.
- Schulhofer, S. J., "Plea Bargaining as Disaster", *Yale Law Journal*, vol. 101, 1991.
- Schünemann, B., *Absprachen im Strafverfahren?: Grundlagen, Gegenstände und Grenzen: Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag*, CH Beck, 1990.

- Schünemann, B., “Die Absprachen im Strafverfahren”, en Hanack, Ernst-Walter, et al., eds. *Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, Walter de Gruyter, 2011.
- Scott, R. E. & Stuntz, W. J., “Plea Bargaining as Contract”, en *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992.
- Spencer, J.R.S. “French and English Criminal Procedure”, en Markesinis, Basil, ed. *The Gradual convergence: foreign ideas, foreign influences, and English law on the eve of the 21st century*. Clarendon Press, 1994.
- Steiner, G., *After Babel: Aspects of Language and Translation*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Stewart, M., “Global Trajectories of Tax Reform: The Discourse of Tax Reform in Developing and Transition Countries”, *Harvard International Law Review*, vol. 44, p. 139, 151 (2003).
- Stith, K. & Cabranes, J. A., “Judging Under the Federal Sentencing Guidelines”, *Northwestern University Law Review.*, vol. 91, 1997.
- Stribopoulos, J., “Lessons from the Pupil: A Canadian Solution to the American Exclusionary Rule Debate”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 22, 1999, p. 77.
- Swenson, T., “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *Pace International Law Review*, 1995.
- Thaman, S. C., “The Resurrection of Trial by Jury in Russia”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 31, 1995.
- Thaman, S. C., “Spain Returns to Trial by Jury”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, p. 241.
- Thaman, S. C., “Europe’s New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 62, 1999.
- Teubner, G., “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, vol 13, 1992.
- Teubner, Gunter “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *Modern Law Review*, vol. 61, 1998.

- Tochilovsky, V., “Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to Address in Light of the Experience of the Ad Hoc Tribunals”, *Netherland International Law Review*, vol. 46, 1999.
- Torres, G., “Translation and Stories”, en *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002.
- Tung, F., “Passports, Private Choice, and Private Interests: Regulatory Competition and Cooperation in Corporate, Securities, and Bankruptcy Law”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, p. 369 n.43, 2002.
- Tulkens, F., “Negotiated justice”, *European criminal procedures*, 2002.
- Van Kessel, G., “European perspectives on the accused as a source of testimonial evidence”, *West Virginia Law Review*, 100, 1997.
- Van Kessel, G., “Adversary Excesses in the American Criminal Trial”, *Notre Dame Law Review*, vol. 67, 1992.
- Venuti, L., *The translator’s invisibility: a history of translation*, London and New York: Routledge, 1995.
- Von Nessen, P., “The Americanization of Australian Corporate Law”, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 26, 1999.
- Vorenberg, J., “Decent Restraint of Prosecutorial Power”, *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981.
- Watson, A., *Society And Legal Change, 2Nd Ed*, Temple University Press, 1977.
- Watson, A., *Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, 1985.
- Watson, A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Londres y Atenas, Georgia University Press, 2ª ed., 1993.
- Watson, A., “Aspects of Reception of Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 44, 1995.
- Weigend, T., “Abgesprochene Gerechtigkeit-- Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?”, *Juristenzeitung*, vol. 45, 1990.
- Weigend, T., “Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* [NSTZ] 57, 1999.
- Weigend, T., “Prosecution: Comparative Aspects”, en Dressler, Joshua (ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice 1235 (2001)*, McMillan, 2002.
- Weiner, J. B., “Responding to the Global Warming Problem: Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution

- of Global Environmental Law”, *Ecology Law Quarterly*, vol. 27, 2001, p. 1295.
- Weinreb, L. L., *Denial of Justice: Criminal Process in the United States*, New York: Free Press, 1977.
- White, J. B., *Justice as translation: An essay in cultural and legal criticism*, University of Chicago Press, 1994.
- Wiegand, W., “Americanization of Law: Reception or Convergence?”, en Friedman, L.M. y Scheiber H.N. (eds.) *Legal Culture and The Legal Profession*. Boulder, West View, 1996, p. 137.
- Wiegand, W., “The Reception of American Law in Europe”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, p. 229.
- Zamora, S., “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, vol. 24, 1993, p. 391.
- Zasloff, J., “The Tyranny of Madison”, *UCLA Law Review*, vol. 44, 1997, p. 795.
- Zweigert, K. and Kötz, H., *Introduction to comparative law*, Oxford University Press, 3ª ed. 1998.

La no-americanización del proceso penal continental europeo: Del trasplante a la traducción jurídica en Langer

The Non-Americanization of the Continental European Criminal Process: From Transplants to Legal Translations in Langer

Lorena Bachmaier*

Recepción y evaluación de propuesta: 25/7/18

Aceptación: 20/8/18

Recepción y aceptación final: 29/10/18

Resumen: Si en el pasado la exportación o trasplante de normas jurídicas tenía lugar fundamentalmente a través de las invasiones bélicas, las conquistas políticas o los movimientos migratorios, actualmente las transferencias jurídicas transitan mayoritariamente por otras sendas. En un mundo globalizado la interacción entre sistemas es cada vez más intensa y las reformas legislativas no pueden mantenerse ajenas a lo que sucede en el entorno. Por ello el derecho comparado es en la actualidad más relevante que nunca. Al hilo del excelente trabajo de Máximo Langer “De los trasplantes a las traducciones legales”, intentaré aportar algunas reflexiones acerca del recurso a las metáforas a la hora de definir esas relaciones entre sistemas y acerca de algo que puede parecer obvio: que la adopción de cualquier solución procesal —en este caso la justicia negociada— no puede deslindarse del contexto institucional en el que se aplica. El término propuesto por Langer de “traducción jurídica” capta perfectamente esa realidad.

Palabras clave: derecho comparado, proceso penal, trasplantes legales, plea-bargaining, justicia negociada, sistema adversarial, acusatorio, inquisitivo, verdad.

* Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: lorenab@der.ucm.es

Abstract: In the past the legal transplant took place mainly by way of military invasions, political conquests or migratory movements, but this has changed in the present globalized world. The interaction between systems is unavoidable and legal reforms at national as well as at supranational level cannot remain alien to the legal solutions adopted in other countries and organizations. This explains the increasing importance of comparative law. This paper seeks to enter into a dialogue with the excellent work of Máximo Langer “From legal transplants to legal translations...”, with the aim of trying to contribute to some of the topics the author addresses in his work. In particular I will try to reflect on the use of metaphors when defining the relationships between legal systems. Further I will argue that the import of any procedural solution –in this case the negotiated justice– needs to be adjusted to the institutional context in which it will be applied. The term proposed by Langer of “legal translation” perfectly captures that reality.

Keywords: comparative law, criminal procedure, legal transfers, plea-bargaining, negotiated justice, adversary system, inquisitorial system, truth.

1. Introducción

El trabajo de Máximo Langer “*De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del plea bargaining y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal*”¹ nos adentra, a través del estudio de cuatro sistemas de justicia negociada, en el tema, permanentemente controvertido, de las influencias y transferencias entre sistemas jurídicos. Si en el pasado la exportación de sistemas jurídicos tenía lugar fundamentalmente a través de las invasiones bélicas, las conquistas políticas o los movimientos migratorios, actualmente las transferencias jurídicas transitan mayoritariamente por otras sendas. La globalización, los sistemas regionales de integración política —como la Unión Europea— y los programas de cooperación internacional representan nuevos y poderosos canales de transmisión de soluciones y modelos jurídicos. En el presente contexto, la función del comparatista adquiere una indudable relevancia, pues el estudio del dere-

¹ En este número de *Discusiones*. Publicado originalmente en *Harvard International Law Journal*, 45, 2004, p. 1-64.

cho no puede limitarse al estudio del ordenamiento jurídico propio, al menos si aspira a tener relevancia científica. Y lo mismo puede predicarse del legislador, que en un mundo globalizado no puede legislar en régimen de “autarquía”, manteniéndose ajeno al avance legislativo de otros ordenamientos jurídicos.

Por eso, este trabajo de Langer, pese a haberse publicado por primera vez en 2004, sigue siendo hoy plenamente actual. Y encaja perfectamente en ese concepto de derecho comparado que Watson definía como el estudio de las relaciones, y principalmente las relaciones históricas entre diferentes sistemas jurídicos o entre las normas legales de más de un sistema². Y ello a pesar de que Langer no centra su interés en el análisis de la relación histórica entre los sistemas, ni tampoco en el estudio de dos tradiciones jurídicas en abstracto. Su objetivo principal es analizar el resultado que la importación de una institución propia del sistema procesal norteamericano produce en diversos sistemas procesales receptores. Hasta llegar a ese análisis concreto que le sirve de evidencia para cuestionar el concepto de “trasplante jurídico”, Langer analiza primero las características del sistema procesal adversarial frente al proceso penal de corte inquisitivo propio del derecho continental europeo³. Esa contraposición constituye la premisa necesaria para entender el significado del *legal borrowing* y sus efectos en el sistema procesal en el que se inserta, a través de la institución “importada” del *plea bargaining*.

² Watson, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London, The University of Georgia Press, 1993, 2ª ed., p. 9.

³ Utilizo aquí el concepto “inquisitivo” como contrapuesto al modelo angloamericano o adversarial—desvinculado de cualquier connotación ideológica—para denominar al sistema continental europeo. Dejando aquí de lado mi personal concepción de que en realidad todos los sistemas son mixtos, y de que en el sistema procesal de los Estados Unidos también hay una incoación oficial, una investigación estatal y una búsqueda de la verdad (sin entrar a determinar qué sea la verdad en el ámbito procesal), en este trabajo uso los términos acusatorio-inquisitivo para referirme, respectivamente, al proceso de los Estados Unidos de Norteamérica y al modelo de corte continental europeo. Asumo que ello implica una simplificación terminológica, pero que en este contexto no sólo no es relevante, sino que no es el punto de discusión. Vid. al respecto, Bachmaier, L., “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en Bachmaier, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.

Cuando, hace ya unos años, leí por primera vez este estudio de Langer, me atrapé por su lucidez, por reflejar un conocimiento cabal de los sistemas sobre los que proyecta el análisis comparado y por su agudo análisis de los mecanismos de justicia negociada. De ahí que, al recibir la invitación a reflexionar sobre el mismo, la acepté con agrado, aunque al mismo tiempo con la inquietud de que podría no hacer justicia ni al autor ni a su obra. Aun así, el entusiasmo que siento por estos temas me llevó a superar la cautela que quizás hubiera sido más prudente adoptar, y decidí asumir el reto de intentar contribuir a este debate. Debo aclarar, en todo caso, que mi objetivo no es rebatir o criticar la posición o los argumentos de la tesis que sostiene Langer, pues comparto tanto su planteamiento como su análisis, y también la conclusión a la que llega. Ni tampoco creo que sea éste el lugar para estudiar cómo ha evolucionado desde 2004 la concreta regulación de la justicia negociada en los cuatro ordenamientos jurídicos elegidos por Langer en su análisis, ni cómo deberían proyectarse a su vez esas soluciones en el sistema norteamericano⁴.

Lo que pretendo en estas páginas, necesariamente limitadas, es reflexionar en voz alta sobre algunas cuestiones que su lectura me ha suscitado; y lo haré más a modo de diálogo que como un análisis crítico de esta obra, entre otras razones porque poca crítica puede hacerse a un trabajo que me parece impecable. En concreto, mis reflexiones girarán en torno a la proliferación de metáforas para intentar definir esas relaciones entre sistemas jurídicos, y el encaje de la justicia negociada en una institución jurídica como es el proceso penal, cuya estructura está diseñada para lograr el esclarecimiento de unos hechos posiblemente delictivos y depurar la responsabilidad penal correspondiente. Todo ello con la modesta intención de continuar un debate académico que nos pueda guiar hacia el futuro en el campo de la justicia penal. Un futuro en el que—no es necesario insistir en ello—la ciencia jurídica inevitablemente tiene que caminar de la mano del derecho comparado en un mundo cada vez más global.

⁴ Posteriormente Langer sí reflexiona sobre la necesidad de reformar el sistema del plea-bargaining norteamericano en Langer, M., "Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure", *American Journal of Criminal Law*, Vol. 33, 2006, pp. 223-300.

2. El análisis de Langer: más allá de una re-conceptualización

La aportación de Langer refleja un profundo conocimiento de los dos grandes sistemas procesales, el acusatorio y el inquisitivo. Pero el autor no se limita a transitar por sendas ya trilladas sino que, desde una perspectiva propia del comparatista, analiza el impacto de la implantación de fórmulas de consenso en el proceso penal de los sistemas procesales continentales europeos. Más que una comparación histórica —o de normogénesis⁵— para determinar la evolución de la influencia del modelo de justicia negociada de los Estados Unidos hacia Europa (cuándo y a través de qué cauces), se centra primordialmente en los resultados que esa transferencia ha generado. Lo que al autor le interesa es, sobre todo, el modo en que se ha recepcionado la institución del *plea bargaining* en el proceso penal continental europeo.

La elección del *plea bargaining* no es casual. Como el propio autor explica, obedece a que se trata de una de las instituciones más características o definitorias del sistema de justicia penal norteamericano, del modelo de *dispute resolution*⁶, y que ha sido importada por un número inusitadamente alto de ordenamientos jurídicos. Esa creciente expansión resulta especialmente llamativa si se piensa que no se ha limitado a sistemas similares o próximos, sino que, a través de diversas fórmulas de consenso, la justicia negociada se ha instalado también en sistemas muy alejados en su esencia del modelo norteamericano.

Langer analiza concretamente la implantación de estas fórmulas de consenso en cuatro ordenamientos jurídicos de tradición continental europea, con el fin de valorar sus efectos y determinar si ello ha generado una “americanización” del proceso penal inquisitivo. No se limita a un examen superficial que permitiría establecer una relación causa-efecto sobre meras apariencias: es decir, concluir que, al importar instituciones propias del proceso penal USA, el proceso penal continental europeo necesariamente se ha “americanizado”. El autor no se conforma con observar la punta del

⁵ Expresión que utiliza Wigmore, J.H., en “A New Way of Teaching Comparative Law”, *Journal of the SPTL*, 1926, citado por Watson A., *op. cit.*, p. 3.

⁶ Langer, M., “De los transplantes legales”, en este número, *op. cit.*, sección VI.

iceberg, y se adentra en el estudio de si esa importación de instituciones ha alterado la propia concepción del proceso penal en los sistemas europeos o ha causado una mutación en cuanto a los fines que persigue.

En su análisis, Langer se detiene primero en los rasgos fundamentales de los dos modelos históricos, acusatorio e inquisitivo, pues sólo desde la previa comprensión de esos modelos—y de sus características definitorias—puede valorarse si la importación de fórmulas de consenso norteamericanas ha transformado verdaderamente el proceso inquisitivo en un proceso acusatorio.

A continuación, aboga por utilizar la metáfora de la “traducción” legal (*legal translation*), pues considera que ese concepto es más apropiado para definir la realidad que se observa en los procesos de exportación/importación de instituciones o normas entre ordenamientos jurídicos. Sostiene que en esa transferencia de instituciones no se produce un trasplante del elemento foráneo en el ordenamiento jurídico receptor, sino que todo ese proceso más bien podría calificarse como una traducción, pues implica necesariamente una transformación de la institución que se importa para adaptarla al contexto jurídico en el que se inserta. El legislador, al realizar un *legal borrowing*, no se limita a reproducir sin más la institución extranjera de que se trate, a realizar una mera operación de copia-pegar, sino que, de ordinario, realiza un ajuste de la misma para encajarla en su propia política legislativa. Además, el proceso de transformación no termina ahí, y la norma o institución importada, al ajustarse al contexto en el que se aplicará, seguirá experimentando ulteriores mutaciones respecto del modelo original. Entiende que el término “traducción jurídica” refleja más adecuadamente esa circulación de ideas, de instituciones y de prácticas⁷.

Sobre esas bases conceptuales, Langer analiza a fondo los elementos esenciales que definen las fórmulas de consenso adoptadas en cuatro ordenamientos jurídicos representativos de la tradición jurídica continental europea, también en su versión transoceánica: Italia, Alemania, Francia y Argentina. Y su conclusión es que en ninguno de ellos la importación de soluciones de justicia negociada ha derivado en una “americanización” del proceso. Al contrario, manteniendo los rasgos esenciales del proceso

continental, lo que ha provocado es una mayor diversidad entre ellos. La adaptación del *plea bargaining* al contexto procesal existente en cada uno de esos cuatro ordenamientos jurídicos no ha tenido como consecuencia que el modelo continental de proceso penal vire hacia un modelo de *dispute resolution* entre partes contrapuestas. Lo que se ha transformado es el instrumento de consenso para adaptarse a las estructuras de un proceso de corte más inquisitivo, en el que sigue prevaleciendo la legalidad y la búsqueda de la verdad, más que la presentación de una narrativa dual y la solución de un conflicto. Es decir, no es que la inserción de fórmulas de consenso haya alterado sustancialmente las características y principios del proceso receptor, sino que, al contrario, lo que se ha modificado es el mecanismo de *plea bargaining*, el cual se ha “traducido” para que pueda encajar sin demasiadas distorsiones en el modelo existente.

Para Langer, por tanto, el efecto de esa “traducción” no puede describirse propiamente como una mayor convergencia entre los sistemas de corte angloamericano y continental europeo en su respectiva concepción del proceso penal. Y al mismo tiempo, la “traducción”, lejos de promover una mayor aproximación entre los sistemas receptores de las fórmulas de consenso—al haber cada uno de ellos adaptado esa institución procesal a sus propios condicionantes, objetivos y fines—ha generado una mayor diversidad entre los mismos. En esos cuatro sistemas, en el pasado, al no existir fórmulas de consenso, había uniformidad en la medida en que el único modo de resolución del conflicto discurría a través del enjuiciamiento en el juicio oral. Pero, después de la importación, aunque todos se asemejan superficialmente por el mero hecho de contar con ese nuevo sistema de conclusión del proceso penal, al elegir cada uno fórmulas diferentes han surgido importantes y visibles divergencias entre ellos.

La gran virtualidad del trabajo de Langer, más allá de la original re-conceptualización que propone, estriba en la reflexión—y constatación empírica—que realiza de esa interacción entre sistemas jurídico-procesales. Con ello nos lleva a replantear la relación entre el sistema jurídico y el contexto social que regula. Sin llegar a hablar de resistencia del sistema receptor, rechaza la metáfora del trasplante, porque considera que las importaciones jurídicas no pueden desvincularse plenamente de la transformación que el propio proceso de transferencia implica, además de los cambios que se

generan debido a los condicionantes de realidad jurídica y social en la que se insertan.

En ese proceso de “trasplante” jurídico, el elemento trasplantado cambia su forma y su regulación; en definitiva, mutará para poder integrarse en el “cuerpo” ajeno⁸. Y así lo demuestra Langer con referencia a la figura del *plea bargaining* en el proceso penal. En el proceso de importación que ha tenido lugar en los países estudiados, se observa cómo se ha adaptado a los principios del modelo inquisitivo y a las diferentes funciones que desempeña el ministerio fiscal en un proceso en el que priman la legalidad, la certeza y la igualdad, por encima de un modelo —como el norteamericano— que hace primar la perspectiva de resolución de un conflicto, porque desconfía del rol imparcial que puedan desempeñar los representantes del Estado en el proceso penal.

3. Trasplantes jurídicos y otras metáforas

El debate acerca de los trasplantes jurídicos es antiguo, y no pocas veces ha llegado a cuestionarse su viabilidad. A mi juicio, puede discutirse sobre el significado de este concepto, o sobre las virtudes o deficiencias de las transferencias de soluciones jurídicas entre diferentes ordenamientos; pero no puede negarse que en la realidad los trasplantes legales han existido, existen, y probablemente seguirán existiendo⁹.

Como es sabido, el término lo popularizó Watson, para quien los *legal transplants* han sido uno de los cauces de evolución jurídica más frecuen-

⁸ En igual sentido, posteriormente, E. Grande, para quien resulta raro que el trasplante legal sea una “pure and straight incorporation of the foreign legal solution into the receiving system”, vid. Grande, E., “Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure has Affected Continental Europe”, *American Journal of Comparative Law*, 64, 2016, p. 585.

⁹ Sin embargo, Legrand, afirma que los trasplantes legales son imposibles. Ello no significa que niegue la realidad, sino que en su crítica a Watson utiliza un concepto de norma (rule) intrínsecamente unido a su significado cultural. De ahí que “the meaning cannot be displaced, because it always refers to an idiosyncratic semio-cultural situation”. Vid. Legrand, P., “The impossibility of legal transplants”, *Maastricht Journal of Eur. & Comp. Law*, 4, issue 2, 1997, pp. 111-124, pp. 117-118.

tes y fértiles a lo largo de la historia¹⁰. Entre otras razones para el *legal borrowing*, quizás la más clara es que resulta más fácil importar soluciones jurídicas que crearlas *ex novo*¹¹. Watson, romanista e historiador del derecho escocés, al acuñar el término *legal transplant* centra parte de su estudio en la relación histórica entre sistemas y en la incidencia del derecho romano —y también del derecho canónico— en los territorios conquistados por Roma. A partir de ahí analiza, entre otros ejemplos, las causas de la penetración del derecho romano en Escocia y el mantenimiento del sistema de *civil law* en esa parte de lo que hoy constituye el Reino Unido. Para este autor, los *massive borrowings* que revela la historia contradicen la idea de Savigny de que el derecho es una expresión del espíritu de un pueblo¹². No hay duda de que existe una relación estrecha entre una sociedad y su sistema normativo, pero lo cierto es que la extensa adopción del derecho romano, y de la propia cultura romana, son clara muestra de la permeabilidad de las sociedades a sistemas jurídicos importados, nuevos y muy diferentes.

Watson estudia el trasplante de un completo sistema y a lo largo de la historia. Y, desde esa perspectiva, que podríamos denominar “macro-jurídica” y tomando como base el proceso de romanización que se extiende a través de los siglos, no es erróneo reconocer que tal transferencia no sólo es posible, sino que es históricamente constatable. Para Watson, los trasplantes jurídicos ocurridos a través de conquistas, migraciones o de procesos de importación voluntaria, como un órgano que se extrae de su cuerpo originario y se implanta en otro para desarrollar su misma función¹³, han sido el motor principal que ha impulsado la evolución de los ordenamientos jurídicos. Ahora bien, el propio Watson sostiene que los procesos de trasplante con frecuencia —o tal vez siempre— implican una transformación debido a que el elemento o sistema trasplantado operará

¹⁰ Watson, A., *op. cit.*, p. 95.

¹¹ Watson, A., *op. cit.*, p. 21. Y cita a Roscoe Pound: “History of a system is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems”, p. 22.

¹² *Idem.*

¹³ Watson, A., *op. cit.*, p. 27.

en un contexto social diferente que lo hará funcionar de otra manera¹⁴. No hay implantación sin transformación.

En este punto, por tanto, la teoría de Langer confirma la ya expresada en su día por Watson. Ambos reconocen la realidad y la viabilidad de los trasplantes jurídicos, y la transformación que entraña ese proceso de transferencia de soluciones jurídicas de un ordenamiento a otro¹⁵. Pero, mientras que para Watson el elemento de la adaptación o mutación está implícito en el concepto de trasplante¹⁶, Langer considera que el término “traducción jurídica” es más expresivo de esa realidad. Y, si el primero aborda el trasplante desde la lógica de la historia y enfoca el trasplante como elemento de cambio de un sistema jurídico y por tanto demuestra que el derecho no es únicamente el reflejo de la sociedad en la que opera¹⁷, Langer, al centrarse en un concreto elemento del proceso penal, pone el acento más en la transformación del instituto jurídico importado para poder integrarse en el contexto procesal que lo recibe.

Personalmente, no creo que haya una contradicción entre el planteamiento de ambos autores, sino más bien una diversidad de enfoque. La perspectiva de Watson está más atenta a reafirmar la viabilidad de los trasplantes a pesar de los condicionantes del contexto social en cuestión y contradecir las teorías de Savigny del derecho como reflejo del *Volksgeist*; mientras que Langer incide más en la propia alteración de lo trasplantado, a través del proceso legislativo primero y de su aplicación después. Podría

¹⁴ Watson, A., *op. cit.*, p. 116: “Transplanting frequently, perhaps always, involves legal transformation. Even when the transplanted rule remains unchanged, its impact in a new social setting may be different. The insertion of an alien rule into another complex system may cause it operate in a different way”.

¹⁵ En contra, como Legrand, P., “The impossibility...”, *op. cit.*, p.113, quien critica la explicación de Watson sobre la interacción entre sistemas jurídicos como de empobrecedora, porque no tiene en cuenta el verdadero significado de lo que es una norma y un sistema jurídico.

¹⁶ Al referirse a los *legal transplants* habla en términos generales de la transferencia de normas de un ordenamiento jurídico a otro, “the moving of a rule or a system of law from one country to another”, y alude al trasplante como un órgano que pasa a crecer en otro cuerpo y sigue viviendo como la hacía en el cuerpo originario, pero no necesariamente funcionando de manera exacta. Vid. Watson A., *op. cit.*, pp. 21 y 27.

¹⁷ Watson, A., “The Birth of Legal Transplants”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 41, 2003, pp. 605-608, p. 607.

discutirse si esa diferente perspectiva justifica el cambio de terminología, pero resulta patente que ambos términos —el de trasplante jurídico en su acepción amplia y el de traducción jurídica— son válidos y reflejan una idea semejante.

Por otro lado, frente a las afirmaciones de Watson sobre la viabilidad de los trasplantes jurídicos, no son pocos los autores que han subrayado precisamente lo contrario, es decir, el fracaso del *legal borrowing* porque las soluciones jurídicas extranjeras no terminan de encajar en el contexto en el que se insertan, o incluso por generar fuertes resistencias frente al cambio. Así se ha expresado Teubner, quien, al estudiar el intento de armonizar a nivel europeo el principio de la buena fe contractual e implantarlo en el derecho privado inglés, se reafirma en la dificultad de trasladar instituciones jurídicas a otros ordenamientos que se asientan en principios y funcionan a través de estructuras muy diferentes¹⁸. Para este autor, esas transferencias generan rechazo en el sistema receptor y actúan como elemento “irritante”; de manera que, en lugar de llevar a una mayor armonización jurídica, generan mayores divergencias entre los sistemas que se pretenden uniformar. Concluye Teubner afirmando que de hecho la globalización no ha producido mayor armonización, sino precisamente una mayor fragmentación¹⁹. Al igual que Langer también se aparta del concepto de *legal trasplants*, pero no por considerarlo poco preciso, sino porque aun reconociendo que resulta sugerente, le parece que genera confusión (*is in itself misleading*)²⁰.

A este propósito, conviene hacer notar que, en el contexto de los trasplantes legales, no es fácil determinar cuándo han tenido lugar con éxito o cuando han fracasado. En su estudio Langer elude esa calificación y no entra a valorar si la transformación del *plea bargaining* al ser introducido en otros sistemas supone un fracaso o un éxito. Y puede que esa posición sea la más razonable, pues, como señala Nelken, la definición de éxito es con-

¹⁸ Teubner G., “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences”, *The Modern Law Rev.*, 11, 1998, pp. 11-32, pp. 12 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 13.

²⁰ *Ibidem*, p. 12.

tingente de la perspectiva que se adopte²¹: apreciar el éxito de un trasplante jurídico variará en función de si se pone el foco en el sistema que exporta la norma, en la coherencia del sistema receptor, o en el cumplimiento de los fines de los actores que promueven la importación de la solución extranjera. También puede entenderse como exitoso el trasplante cuando ha habido una plena absorción de la norma jurídica en el contexto político y jurídico de destino o ha generado una equivalencia funcional. Por ello, como propone Nelken, quizás sea más oportuno hablar de los efectos del trasplante que de su éxito o fracaso. A su vez, los efectos del trasplante legal dependerán del tipo de norma o institución que se transfiere, de las características de la sociedad en la que se inserta la norma importada, y del modo o cauce en que se lleva a cabo la transmisión²². De ahí que adelantar o prever los efectos de los trasplantes jurídicos no resulte fácil en abstracto, pues son muchas las variables que determinarán el resultado.

Como he indicado, Langer elude acertadamente hablar de éxito o fracaso de la importación del *plea bargaining* en los sistemas de derecho continental europeo. Analiza el resultado no desde esa dicotomía, sino tomando como referencia la capacidad de transformación que esa figura, propia del sistema adversarial, ha tenido en la concepción de los procesos inquisitivos. Aunque el enfoque de Langer no coincide con la apreciación de Teubner en su trabajo sobre los *legal irritants*, ambos coinciden en una conclusión: que el trasplante jurídico —en Teubner más centrado en los procesos de globalización y en Langer en el *plea bargaining*— genera divergencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos. Al igual que Legrand, quien reconoce que las traducciones no aspiran a dejar el original inalterado, no busca unidad, por lo que todo proceso de traducción genera divergencias²³. Dicho de otro modo: la mayor interacción entre sistemas jurídicos, y el creciente

²¹ Como señala Nelken, D. “The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 2001, pp. 349-366, pp. 350 y ss.

²² *Ibidem*, p. 354.

²³ “Translation acts as an operator of difference; it has a difference-creating power”, vid. Legrand, P., “The same and the different”, en Legrand, P. y Munday, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-311, p. 291.

número de transferencias e influencias mutuas, no han dado lugar a una mayor uniformidad sino todo lo contrario²⁴.

Los comparatistas parecen tener un gusto especial por el recurso a las metáforas, quizás porque, después de más de un siglo, el concepto de derecho comparado sigue moviéndose en unos contornos poco nítidos. Una metáfora se define como una figura retórica de pensamiento por medio de la cual una realidad o concepto se expresan a través de una realidad o concepto diferentes con los que lo representado guarda cierta relación de semejanza. Recurrir a las metáforas implica una suerte de etiquetación de un fenómeno y cumple una función cognitiva: permite un mejor conocimiento y una comunicación más expresiva, al utilizarse términos propios de un ámbito conceptual en otro contexto receptor.

En el ámbito jurídico, si bien no se utilizan con la frecuencia que aparecen en el discurso político, en el derecho comparado sí han proliferado las metáforas para definir el tipo de relación que se produce entre sistemas jurídicos y los efectos que tales relaciones generan en el sistema receptor. Así, encontramos en la literatura jurídica, entre otros, términos como *legal transplants*²⁵, *legal irritants*²⁶, *legal formants*²⁷, *legal resistants*²⁸, *legal inocu-*

²⁴ Sin embargo, sí considera que existe convergencia entre los sistemas de civil y common law, Merryman, J.H., "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", en *The Loneliness of the Comparative Lawyer. And Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law Intl, The Hague, 1999, pp. 17-52, pp. 28-29, originariamente publicado en 1978 en *New Perspectives for Common Law in Europe*, M. Cappelletti (ed.). También para Pérez-Perdomo R. y Friedman M., la convergencia entre sistemas está cada vez más presente, "Latin Legal Cultures in the Age of Globalization", en Friedman M. y Pérez-Perdomo R. (eds.), *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford, 2003, pp. 1-19, p. 17.

²⁵ Watson, A., *Legal Transplants...*, *op. cit.*

²⁶ Teubner, G., "Legal Irritants: ...", *op. cit.* pp. 11-32.

²⁷ Sacco, R., "Legal formants: a Dynamic Approach to Comparative Law, *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1343 y ss.; Watson, A., "From Legal Transplants to Legal Formants", *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, pp. 469-476.

²⁸ Jackson, J.D., "Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: A Comment on Legal Processes and National Culture", *Cardozo Journal of Intl. & Comp. Law*, 5, 1997, pp. 51 y ss.

lation²⁹, *legal contaminations*³⁰; y, en su trabajo, como hemos visto, Langer propone el término *legal translations*³¹.

Ante esa variedad terminológica cabe preguntarse: ¿cumplen estas metáforas la función cognitiva que en teoría persiguen? ¿Cuál es la razón para que diferentes autores recurran a nuevas metáforas para describir el fenómeno de los trasplantes jurídicos? ¿Qué término describe mejor los resultados de la interacción entre sistemas jurídicos, y los efectos de la importación/exportación de soluciones legislativas? ¿Hay confusión entre todas ellas o se trata de un afán por crear un concepto —o simplemente un término— más original que el precedente?

Sin entrar a analizar en detalle cada uno de los términos anteriores, no parece que ninguno sea más preciso que otro, o más correcto que otro, pues en realidad cada uno describe realidades diferentes en cuanto a la interacción entre sistemas o al impacto de la importación de soluciones jurídicas de otros ordenamientos. Además, esa multitud de metáforas puede verse también como una consecuencia de la diversidad de enfoques que admite el estudio del derecho comparado³². Y, en fin, ponen de relieve que existen diferentes tipos de transferencias jurídicas, que pueden obedecer a circunstancias internas o externas, y que, dependiendo del ámbito sobre el que se proyectan, se asimilarán fácilmente o, por el contrario, generarán distorsiones y resistencias en el ordenamiento jurídico receptor. A su vez, una tal resistencia puede tener causas muy variadas y, según Teubner³³, dependerá del grado en que la norma o institución jurídica que se pretende implantar esté conectada con los elementos integradores de esa sociedad. De ahí que en determinadas áreas jurídicas el trasplante será tarea fácil,

²⁹ Grande, E., *op. cit.*, pp. 583-618.

³⁰ Monateri, P. G., "The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures. Borrowing of Legal and Political Forms", *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 13, 2003, pp. 575 y ss., accesible en www.alanwatson.org.

³¹ Esta enumeración de metáforas puede completarse con la que incluye E. Grande, *op. cit.*, p. 585, en la que menciona: *legal fluxes*, *legal grafts*, *legal circulation* o *legal migration*.

³² Watson, A., *Legal Transplants.. op. cit.* p. 6, y p. 95.

³³ Teubner, G., *op. cit.*, pp.18-21.

mientras que en otras áreas, más intrínsecamente unidas al contexto social, se dará mayor resistencia frente a lo foráneo³⁴.

4. De la traducción legal a la inoculación legal

La metáfora a la que recurre Langer resulta muy ilustrativa para definir el proceso de importación del *plea bargaining* en los sistemas de derecho continental europeo. El concepto de traducción tiene diversas acepciones, desde la más literal (“expresar en un idioma lo dicho o escrito originariamente en otro distinto”) hasta la más amplia (“convertir o transformar una cosa en otra”), pasando por otra intermedia (“explicar o expresar de forma diferente algo que ya se ha expresado de otra forma”)³⁵. Dentro de la teoría de la traducción jurídica se reflejan esos distintos enfoques, en una evolución desde la traducción literal, como la que exigió el emperador Justiniano para la traducción del *Corpus Iuris Civilis*, hasta la aceptación en el siglo XX de la traducción idiomática³⁶. En el estudio de Langer sobre la adopción de formas de consenso en diversos ordenamientos jurídicos europeos, resulta visible que utiliza el término traducción en un sentido más amplio, al analizar cómo la institución americana pasa a “expresarse de otra forma” al ser legislada y aplicada en esos cuatro ordenamientos jurídicos. El concepto de interpretación es consustancial a toda traducción; y toda traducción implica un proceso de “decodificación” para adaptar el término original al contexto donde se ha de insertar el término traducido³⁷. En definitiva, el término elegido por Langer no puede ser más acertado.

³⁴ Teubner, G., *op. cit.*, p. 19: “While in loosely coupled areas of law a transfer is comparably easy to accomplish, the resistance to change is high when law is tightly coupled in binding arrangements to other social processes”.

³⁵ Diccionario General de la Lengua Española Vox.

³⁶ Sarcevic, S., *New Approach to Legal Translation*, The Hague, London, Kluwer Law Intl., 1997, pp. 24-36. A lo largo de la historia de la traducción jurídica, según esta autora, el debate entre hacer primar en la traducción la letra o el espíritu del texto a traducir, ha sido continuo, pp. 36-37.

³⁷ Vid. Grosswald Curran, V., “Comparative Law and Language”, en Reinmann, M. y Zimmermann, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 675-707, p. 677.

Pero el símil de la traducción no es sólo adecuado para definir las relaciones que se producen en el proceso de *legal borrowing*, sino también para la propia comprensión de lo que es en sí el derecho comparado. Si la transmisión de soluciones jurídicas de un ordenamiento jurídico a otro puede entenderse como un proceso de traducción, la propia comparación entre los sistemas actúa asimismo como lo haría la traducción entre dos lenguas diferentes. El traductor, a través de la interpretación del original y su reconstrucción, busca y elabora el significado de un término. De igual manera, el comparatista, al adentrarse en un ordenamiento jurídico extranjero, también tratará de “traducir” esas normas o instituciones extranjeras para entender su significado: traduce el sentido jurídico de esa institución para comprender su funcionamiento y así hacer posible la comunicación entre sistemas. Y en ese proceso, no sólo aprende una lengua-sistema nuevo, sino que ahonda en la comprensión del propio³⁸. El derecho comparado, al igual que la traducción, nos permite adentrarnos en otras “lenguas”, comprender otras realidades y así, con esa visión más amplia, entender mejor lo propio.

Langer es muy consciente de esa conexión entre lenguaje y derecho comparado, y eso es quizás lo que le permite captar la utilidad del término “traducción” para definir lo que ha sucedido al introducir fórmulas de consenso del proceso norteamericano en el proceso continental europeo. Y advierte que en ese proceso no se llegan a modificar las estructuras fundamentales del proceso inquisitivo, sino que, al contrario, es el *plea bargaining* el que experimenta una transformación, una traducción, que lo hace comprensible y compatible con el sistema en el que se inserta, sin alterar este sustancialmente.

Posteriormente, Grande, retomando las ideas de Langer, avanza aún más en su apreciación del resultado de la importación de elementos del proceso norteamericano en el proceso continental. Coincide con Langer en que la adopción de elementos propios del sistema americano no ha

³⁸ Grosswald, V., *op. cit.*, p. 699: “If comparative law is the translator of the law of others and otherness, but translation is not the making equivalent of foreign languages, only a lantern that makes visible how every mode of meaning signifies”.

producido una americanización del proceso penal continental europeo³⁹, pues no se ha transformado en un proceso entre verdaderas partes (*party-driven*) que defienden intereses propios, ni el tribunal permanece ajeno a la finalidad de esclarecimiento de la verdad⁴⁰. Pero esta autora va más allá al constatar —a mi juicio de forma convincente— que ese proceso que a primera vista podría parecer de convergencia entre sistemas, en lugar de una americanización del proceso continental, ha provocado el efecto contrario: es decir, que el proceso penal europeo se ha “inmunizado” frente a la influencia norteamericana. Considera Grande que la importación de elementos característicos de sistemas adversariales —entre ellos las fórmulas de consenso— han actuado como una vacuna en los sistemas receptores. Así, la introducción de un elemento extraño como es el *plea bargaining*, junto a otros elementos propios del proceso USA, han venido a reforzar una de las características más salientes del proceso continental: la instrucción penal en manos de un funcionario público que de forma imparcial actúa en busca de la verdad en relación con los hechos delictivos⁴¹.

En el ámbito de la justicia penal, el sistema continental ha acogido lo que resultaba útil para la gestión más eficaz de sus procesos en forma de fórmulas de consenso, pero sin renunciar a preservar el principio de igualdad, la seguridad jurídica y la imparcialidad en la instrucción. Sigue apostando por la necesidad de dotar a un órgano público con imparcialidad para que investigue los hechos de la manera más exhaustiva posible, con el único fin de hallar la verdad histórica, o de aproximarse a ella. Para contrarrestar la posible parcialidad de esa reconstrucción oficial de los hechos, así como en el ejercicio de la acción penal, el sistema continental en muchos ordenamientos jurídicos da entrada a otros actores en el proceso, como

³⁹ La conclusión es la misma, aunque el trabajo de Langer se centra en la institución del *plea bargaining*, mientras que Grande alude no sólo a esta institución, sino también al jurado, las reglas de exclusión de prueba, la contradicción de la prueba y, fundamentalmente, el rol del ministerio público, a la hora de fundar su argumento de la inmunización frente a la americanización.

⁴⁰ En contra de considerar que toda iniciativa probatoria del tribunal enjuiciador conlleva una pérdida de la imparcialidad judicial, vid. Bachmaier, L., “Imparcialidad y prueba en el proceso penal: reflexiones sobre la iniciativa probatoria”, *Rev. Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4/2, mayo/agosto 2018, pp. 501-532.

⁴¹ Grande, E., *op. cit.*, p. 583.

es el caso de la víctima y otros sujetos legitimados para defender el interés de la sociedad. Sobre esa investigación oficial neutral se asienta en el ámbito continental la concepción de un enjuiciamiento penal justo. Por tanto, según Grande, la introducción de elementos del proceso penal USA no ha supuesto un trasplante completo, ni tampoco se reduce a una mera traducción legislativa: el efecto ha sido el de una verdadera inmunización de los sistemas continentales frente a la eventual adopción de un genuino proceso adversarial en el futuro⁴².

Al igual que Langer, Grande reconoce que toda importación jurídica implica una adaptación al contexto en el que se inserta, algo que expresó muy gráficamente Damaska, indicando que la música “legal” suena diferente cuando cambian los músicos y los instrumentos⁴³. Yo añadiría aun, que a veces esa “adaptación” produce una completa distorsión, una música completamente desafinada, como ha sido el caso de la importación del *plea-bargaining* en democracias en transición⁴⁴.

En el caso del proceso penal, la influencia norteamericana no ha logrado que el sistema continental abandone su rasgo probablemente más definitorio, como es la *inquisitio* o instrucción oficial, sino que la ha visto reforzada. Esta idea está también presente en el trabajo de Langer, pues el proceso de “traducción” legal implica una adaptación a la estructura inquisitiva existente, y al reconocer que tales estructuras y principios no han mutado, está visualizando la resistencia del modelo continental frente al norteamericano. Si entendemos que la resistencia del sistema inquisitivo frente a la americanización, a su vez, implica un reforzamiento del proceso penal continental europeo, entonces sí puede compartirse la idea de que esos elementos ajenos han generado una inmunización a través de inoculación. En ese sentido, en el trabajo de Langer ya está implícita la idea de

⁴² Grande, E., *op. cit.*, p. 584.

⁴³ Damaska, M., “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 839-852, p. 840: “The music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same”.

⁴⁴ Vid. al respecto Bachmaier, L., “The European Court of Human Right’s Confronted with Negotiated Justice and Coercion”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 236-259, en relación con el sistema implantado en Georgia.

resistencia, de manera que el trabajo de Grande vendría a confirmar su análisis, aunque añadiendo una nueva metáfora igualmente original.

5. Sistema inquisitivo, justicia negociada, y verdad en el proceso penal

Se pregunta Langer cómo diferenciar, tanto en el sistema inquisitivo como en el adversarial, entre los elementos principales y aquellos otros que son secundarios o no definitorios⁴⁵. Y sugiere como elementos clave del modelo inquisitivo los siguientes: la búsqueda de la verdad, la no disposición de la acción penal, la investigación unitaria y exhaustiva de los hechos, y por ende, la prevalencia del modelo de investigación oficial frente al modelo de disputa.

No es desde luego fácil definir estos dos modelos conceptuales (que no históricos, pues históricamente también presentaban muchas modalidades como sistemas mixtos). No obstante, desde mi punto de vista, quizás pueda considerarse que el objetivo de lograr la reconstrucción unitaria e imparcial de los hechos es el rasgo más claramente definitorio de los sistemas inquisitivos, mientras que la elaboración de una narrativa dual por partes enfrentadas sería el más característico del sistema acusatorio norteamericano.

Un segundo rasgo definitorio del proceso típico continental consistiría en que, como colofón de la investigación oficial e imparcial, las diligencias practicadas en la fase de instrucción podrían adquirir mayor valor probatorio o al menos no se les aplica con tanta rigidez la regla de exclusión del *hearsay*⁴⁶, como sucede en el norteamericano. En tercer lugar, podemos mencionar una concepción diferente de la seguridad jurídica y del principio de igualdad en la aplicación de la sanción penal en cada modelo. Lo cual permite que en el sistema norteamericano la acusación tenga un mayor poder discrecional en el ejercicio de la acción penal, frente a la prevalencia del principio de legalidad en los sistemas continentales —si bien ahora atenuada en muchos procesos inquisitivos mediante la denominada

⁴⁵ Langer, M., en este volumen, *op. cit.*, sección III.

⁴⁶ Artículo 801 de las *Federal Rules of Evidence*.

oportunidad reglada—. El cuarto elemento que creo determinante para diferenciar estos dos modelos es el institucional: tanto el diverso papel que desempeña la fiscalía⁴⁷, como la composición del tribunal enjuiciador.

A pesar de esas notas diferenciadoras —como mera síntesis y sin ánimo de exhaustividad— no debe olvidarse que ninguno de los sistemas en su configuración actual ha sido inmune a la influencia mutua, y de ahí que los modelos sólo tengan actualmente un significado conceptual, pues en el presente sólo encontramos procesos mixtos. Así, todo sistema penal contemporáneo que pudiéramos denominar adversarial presenta un rasgo esencial del modelo inquisitivo, que es la investigación del delito como responsabilidad pública, que corresponde al Estado en tanto que garante de la seguridad de los ciudadanos⁴⁸.

La incoación de una investigación de oficio es un rasgo netamente inquisitivo que se encuentra presente tanto en los procesos encuadrables dentro del modelo adversarial como en aquellos que pertenecen al modelo continental europeo. Como ya señalé anteriormente⁴⁹, el proceso inquisitivo convirtió la instrucción penal —que debía basarse en la búsqueda de la verdad— en una cuestión pública⁵⁰. De tal manera que, ante un hecho delictivo, o más precisamente ante la *notitia criminis*, debía incoarse de oficio la investigación penal. Esto sucede en todo sistema de justicia penal evolucionado: un Estado moderno pone en marcha de oficio la maquinaria

⁴⁷ En igual sentido Langer M., *op. cit.*, sección VI. Sobre el rol del ministerio fiscal en el sistema de justicia de los Estados Unidos, vid. el interesante trabajo de Sklansky, D., “Unpacking the Relationship between Prosecutors and Democracy in the United States”, en Langer, M. y Sklansky, D., (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-national Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 276-299, poniendo de relieve cómo es una institución a camino entre el poder ejecutivo y judicial, con un perfil político único en el panorama comparado y que ningún otro ordenamiento jurídico consideraría apto para ser importado, p. 277.

⁴⁸ Vid. al respecto Bachmaier, L., “Acusatorio versus inquisitivo...”, *op. cit.*, pp. 30-31; Jung, H., “Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 507 y ss.

⁴⁹ Bachmaier, L., “Acusatorio versus inquisitivo...”, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁰ Langbein, J.H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 342.

estatal de investigación del hecho delictivo ante la existencia de indicios⁵¹. Lo mismo puede decirse de la doble instancia penal, que fue una aportación propia del modelo inquisitivo y se halla extendida en la actualidad como garantía fundamental en cualquier sistema de justicia criminal. A su vez, hace ya mucho tiempo que los sistemas basados en el modelo inquisitivo apostaron por dar protagonismo al juicio oral contradictorio, mediante reglas que reducen el valor probatorio de lo actuado en la fase de instrucción. En suma, puede con rigor afirmarse que todos los sistemas actuales son mixtos, en la medida en que presentan elementos conceptualmente pertenecientes a los dos modelos de proceso penal.

Ahora bien, tradicionalmente se asume que en el proceso *adversarial* prima una concepción del proceso cuyo fin es la resolución del conflicto frente a la averiguación de la verdad. Y a su vez se considera que una tal concepción ha facilitado la aplicación extensiva del *plea bargaining* como mecanismo que encaja en la dinámica de resolución de conflicto por encima del objetivo de hacer justicia, del principio de legalidad y de la igualdad en la aplicación de la sanción penal. Correlativamente, se argumenta que en los sistemas continentales la búsqueda de la verdad como fin del proceso impediría aplicar una resolución negociada. Y lo cierto es que ninguna objeción sustancial puede hacerse a esta caracterización, por simplificada que sea.

Lo que no me parece tan asumible, en cambio, es entender que el proceso norteamericano, definido como de partes (*party-driven*) y que confiere mayor relevancia a la *dispute resolution*, prescinda plenamente del objetivo de la búsqueda de la verdad.

A este propósito, resulta patente que la reconstrucción de unos hechos determinados, y el desarrollo de una narrativa acerca de cómo ocurrieron los mismos (*a truth narrative*), constituyen la premisa para aplicar una sanción penal que pueda considerarse justa⁵². Aproximarse a la verdad his-

⁵¹ El sistema de control sobre el inicio de la investigación penal variará en cada sistema. La presencia de un órgano independiente e imparcial en la fase —ya sea el *grand jury* o un juez— es una garantía adicional para el ciudadano frente al poder del Estado en el uso de técnicas de control e investigación de los ciudadanos.

⁵² Así también, Gössel, K.H., "Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 2.6.1999", *Schriftenreihe der*

tórica es el objetivo de la práctica de la prueba; el proceso no determina la verdad de los hechos, sino que está estructurado para averiguar esa verdad (aunque ese objetivo no siempre sea alcanzado)⁵³. Sin entrar aquí en complejas cuestiones filosóficas acerca del concepto de verdad, y admitiendo que la verdad como tal no es un fin que pueda lograrse por completo en el proceso penal⁵⁴, parto del convencimiento de que el proceso penal ha de estar concebido y diseñado de modo que pueda facilitar el mayor acercamiento posible a la realidad histórica de los hechos, una verdad contingente que no absoluta⁵⁵, siempre dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales de las personas y de las garantías procesales.

Cuestión diversa es cuál se considera que es el mejor camino para llegar a esa verdad: si a través de una investigación oficial exhaustiva de todos los hechos y la presentación de un relato único; o bien confiriendo poderes a cada una de las partes para que aporte los hechos y medios de prueba que fundamentan su posición, estableciendo un relato dual contrapuesto. Por ello, al margen de las diversas concepciones del proceso que subyacen a cada uno de esos modelos, lo cierto es que ambos parten del mismo postulado esencial: el juicio ha de ser el resultado de la valoración de pruebas legales y fiables que permitan conocer, en lo posible, la realidad de los hechos sobre los que ha de fundamentarse el fallo. Y en ambos modelos, puede prescindirse del juicio, si el acusado renuncia voluntariamente a su derecho al mismo, y existe una base fáctica suficiente que sostenga la acusación.

Se puede discutir cuál de los dos sistemas, el norteamericano o el continental, es más adecuado por lo que se refiere a la completa aportación de pruebas y la presentación de los hechos. Pero resulta indiscutible que llegados a juicio cada uno de ellos busca hallar la verdad, aunque sea por

Juristischen Gesellschaft zu Berlin 165, Berlin, 2000, pp. 5-20, p. 19.

⁵³ Por todos, vid. Guzmán, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Ed. El Puerto, 2006, pp. 150 y ss., donde analiza en profundidad las diversas concepciones de la verdad, los límites del proceso y, también el contradictorio como método para el conocimiento de esa verdad.

⁵⁴ Guzmán, N., *op. cit.*, p. 19 y ss.

⁵⁵ Coincido aquí plenamente con Damaska, M., "Truth in Adjudication", *Hasting Law Journal*, 49, 1998, pp. 289 y ss.; Langer, M., "In the Beginning...", *op. cit.*, pp. 277-278, pp. 300-301.

un camino diferente, y quizá poniendo el acento de manera distinta en este aspecto⁵⁶. Pero sería irreal sostener que el proceso penal norteamericano prescinde completamente del objetivo de búsqueda de la verdad. Sucede que adopta como punto de partida que es imposible que la investigación de un órgano público pueda ser lo suficientemente imparcial como para llegar a cumplir ese objetivo⁵⁷. Por eso, opta por la contraposición de las versiones de las partes enfrentadas —acusación y acusado— como mecanismo para esclarecer los hechos. Esa confrontación es la que permitirá, si no establecer la verdad, al menos aproximarse a ella de manera más fiable que a través de un órgano estatal, de cuya imparcialidad el sistema norteamericano desconfía casi instintivamente.

Que se conciba el proceso como trasunto entre las partes, y por tanto que se deje en sus manos la consecución del interés público, no significa que la estructura del proceso no persiga fijar unos hechos conforme a la verdad histórica como paso previo y necesario para emitir un juicio. Lo contrario, como ya he indicado, no sólo sería inaceptable desde la más elemental concepción de la justicia, sino que sería también incoherente con el diseño y las facultades de averiguación de los hechos articuladas en el proceso civil a través del *discovery*. ¿Alguien entendería que el proceso de las *Federal Rules of Civil Procedure* se configure como una estructura que permita el pleno esclarecimiento de los hechos conforme a la verdad, y sin embargo en el proceso penal se prescindiera de ese mismo objetivo? La respuesta cae por sí sola.

Partiendo entonces de que en ambos sistemas el proceso debe servir para averiguar la verdad —si bien con diversa intensidad— lo cierto es que a la hora de aceptar el *plea bargaining*, sí se aprecian en el sistema USA importantes concesiones a la verdad, sobre todo a la vista de la denominada *Alford plea*⁵⁸.

⁵⁶ Damaska M., “Truth in Adjudication”, *op. cit.*, pp. 289 y ss.; Langer, M., “In the Beginning...”, *op. cit.*, pp. 277-278; Weigend, T., “Should We Search for the Truth, and Who Should Do It?”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 36, 2011, pp. 389 y ss.

⁵⁷ Grande, E., *op. cit.*, p. 589.

⁵⁸ *United States v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970, aceptando el *guilty plea* y al mismo tiempo la declaración de inocencia del acusado.

Además, la amplitud de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y, por tanto, el enfoque del proceso penal como mecanismo para resolver un conflicto entre partes, frente al rígido sometimiento al principio de legalidad, sitúa el esclarecimiento de los hechos claramente en una posición menos destacada que en el proceso europeo. El mayor margen de discrecionalidad que hay en el modelo norteamericano en relación con la justicia negociada es resultado de esa función primordial que se entiende ha de cumplir el proceso, y también de la diferente legitimidad del ministerio fiscal. El modelo USA no concibe que un órgano oficial pueda actuar de forma plenamente imparcial al servicio de la averiguación de unos hechos⁵⁹, o bien prefiere no dotar al ministerio fiscal de esa función para prevenir abusos del poder estatal. Opta por un modelo de coordinación frente al modelo jerárquico continental.

Pero el modelo continental comparte hasta cierto punto esa desconfianza, y por ello tradicionalmente ha limitado el poder discrecional de la fiscalía, tanto a la hora de decidir sobre la acción penal como en el proceso negociador con el acusado. El principio de legalidad actúa así como límite a los poderes discrecionales del ministerio fiscal, como garante de la igualdad —que todo acto y persona van a ser perseguidos conforme a los mismos criterios legales— y también como elemento que legitima la actuación del fiscal.

El *plea bargaining* o los *plea agreements* no chocan necesariamente con la concepción del proceso como instrumento para establecer unos hechos —conforme a la verdad o meta-verdad— que a su vez son la premisa para determinar una responsabilidad penal. Sobre todo cuando las fórmulas de consenso no alteran el desarrollo de la fase de instrucción. Lo que resulta más difícilmente encajable en el sistema continental europeo es la posibilidad de disponer de la acusación conforme a criterios discrecionales y la negociación de la acusación y/o la pena por parte del ministerio fiscal. Esa mayor discrecionalidad a la hora de alcanzar una conformidad sí plantea contradicciones con el principio de legalidad y la igualdad, con la seguridad jurídica y con el rol tradicionalmente asignado al ministerio fiscal como sujeto que sólo es parte formal en el proceso penal.

Es ahí precisamente donde entra en acción el proceso de traducción legal que tan bien define e identifica Langer, para conseguir que los principios sobre los que se asienta el proceso penal continental y todo el juego de contrapesos institucionales no se vean sacrificados a través de un sistema de condenas sin juicio, ya sean negociadas o aceptadas.

¿Implica esa importación del *plea bargaining* una americanización del proceso penal continental europeo? Como Langer pone de relieve, la importación de fórmulas de consenso en Europa puede calificarse como una americanización “débil”, en la medida en que el sistema continental se ha abierto a cierta flexibilización del principio de igualdad —por razón de eficiencia en la resolución del conflicto— dando paso a ciertas manifestaciones del principio de oportunidad. Pero ello no ha llevado a alterar la estructura básica del proceso penal, que continúa asentada sobre una investigación exhaustiva de los hechos presidida por la imparcialidad, por parte de un órgano oficial que actúa únicamente guiado por la defensa de la legalidad.

¿Puede calificarse esa importación de positiva? Desde la perspectiva de la eficiencia, sin lugar a dudas. Y quizás ese haya sido el motivo principal por el cual las fórmulas de consenso se hayan expandido de manera exponencial en el ámbito europeo. Por otro lado, si esa importación se valora desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las garantías procesales del acusado, tampoco puede calificarse de negativa, pues no se han detectado graves vulneraciones en el ámbito europeo (no puedo pronunciar me acerca del proceso penal argentino). Y, desde el punto de vista de la coherencia del sistema, si entendemos rigurosamente que un proceso justo es sólo aquel que lleva a la determinación de la verdad a través de la celebración del juicio con plena intermediación en la práctica de la prueba, puede resultar difícil admitir un mecanismo de justicia negociada que prescinda del elemento esencial del proceso, que es el juicio. Pero únicamente desde esa limitada óptica resultaría la justicia negociada incoherente con el sistema continental europeo. Obviamente, lo que no resulta posible es valorar si este trasplante o traducción jurídica ha sido el cauce más efectivo para desarrollar los sistemas en los que se han insertado fórmulas de consenso, pues en las reformas jurídicas carecemos de laboratorio para medir el efecto de soluciones alternativas⁶⁰.

⁶⁰ Así también, Merryman, J.H., *op. cit.*, p. 30.

Por otro lado, cuando observamos la introducción de fórmulas de consenso en un modelo procesal basado en una investigación oficial imparcial dirigida a la búsqueda de la verdad y la tutela de la legalidad, comprobamos que no sólo no ha generado graves incoherencias, sino que no se han detectado graves patologías en forma de prácticas coercitivas como las que han podido darse con el sistema de *plea bargaining* en los Estados Unidos. La existencia de un ministerio fiscal imparcial cuya función es defender la legalidad, unida a una serie de razonables limitaciones en su poder discrecional, ha contribuido a evitar que la justicia negociada adquiera en los países europeos rasgos coercitivos.

6. A modo de conclusión

Para Langer, “traducción jurídica” es un concepto más apropiado que “trasplante jurídico” para definir el proceso de importación del *plea bargaining* por parte de diversos ordenamientos jurídicos que siguen el modelo continental europeo de justicia penal. El análisis es acertado y la metáfora es expresiva, si bien, a mi juicio, el término *legal translation* no anula la validez del más genérico *legal transplant*, pues no considero que este último carezca de la flexibilidad que Langer le atribuye⁶¹.

Quizás el siguiente paso sea poner de relieve cómo a veces el resultado de la traducción legal no sólo genera una diversificación en los ordenamientos jurídicos importadores, sino también una mejora respecto del instrumento legal original que se importa. Al integrarse en el sistema continental, el *plea bargaining* norteamericano ha cambiado, y creo que a mejor. Tal vez algunos vean en esa mutación un fracaso del trasplante, pero, como ya se ha expuesto antes, todo depende del enfoque que se adopte ante los términos fracaso o éxito. Lo que sí puede afirmarse es que la inserción de fórmulas de consenso en el proceso penal de corte continental ha contribuido a dotarlo de mayor eficiencia, canalizando también las demandas de una sociedad que reclama

⁶¹ Langer, M., *op. cit.*, sección V: “la metáfora del trasplante no es lo suficientemente flexible para captar estos matices”, refiriéndose a que sirve para explicitar los trasplantes que se producen a ciertos niveles conceptuales, pero no a todos los niveles.

respuestas más eficaces y rápidas frente el delito. Si eso se ha logrado sin quebrar las aspiraciones de esas sociedades a vivir en un marco democrático, seguro y con pleno cumplimiento de sus derechos fundamentales, yo veo difícil calificar esta importación de otra forma que no sea como éxito.

En el caso de la justicia negociada, podría hablarse quizás también de una especie de reactivación de fórmulas de consenso que existieron históricamente en los procesos acusatorios europeos en los que era frecuente que las partes —dueñas del proceso— negociaran el perdón a cambio del resarcimiento del daño. Quién importa o exporta primero la institución y el modelo acusatorio no es objeto de este debate, pero sí quería mencionar esta interacción histórica entre el proceso romano y el proceso del *common law*. Sea como fuere, coincido plenamente con Langer en que la importación del *plea-bargaining* no ha producido una americanización del proceso penal europeo, porque su concepción estructural, sus bases más profundas, no se han visto alteradas.

Una cuestión interesante para el derecho comparado es la relativa a las razones por las que los sistemas continental-europeos han importado algunas instituciones procesales norteamericanas, pero lo mismo no ha sucedido a la inversa: el derecho procesal norteamericano se muestra resistente a recibir cualquier aportación proveniente del modelo continental europeo. Parece como si, en esta materia, transitáramos por una avenida de una sola dirección⁶². No está de más llamar la atención sobre esta realidad, que quizás podríamos describir mediante el recurso a otra metáfora: impermeabilidad o enrocamiento legal de algunos sistemas frente a cualquier importación foránea. Y esa impermeabilidad ¿cómo habríamos de calificarla, de éxito o de fracaso?

⁶² Como ya lo puso de manifiesto Langbein hace ya dos décadas. Langbein, J. H., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *American Journal of Compara-*

Bibliografía

- Ambos, K., “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en Bachmaier, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 49-72.
- Bachmaier, L., “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en Bachmaier, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.
- Bachmaier, L., “Imparcialidad y prueba en el proceso penal: reflexiones sobre la iniciativa probatoria”, *Rev. Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4/2, mayo/agosto 2018, pp. 501-532.
- Bachmaier, L., “The European Court of Human Right’s Confronted with Negotiated Justice and Coercion”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26, 2018, pp. 236-259.
- Damaska, M., “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 839-852.
- Damaska, M., “Truth in Adjudication”, *Hasting Law Journal*, 49, 1998, pp. 289-308.
- Gössel, K.H., “Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 2. Juni 1999”, *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, Heft 165, 2000, pp. 5-20.
- Grande, E., “Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure has Affected Continental Europe”, *American Journal of Comparative Law*, 64, 2016, pp. 583-618.
- Grosswald Curran, V., “Comparative Law and Language”, en Reinmann M. y Zimmermann R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford U.P., 2006, pp. 675-707.
- Guzmán, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

- Jackson, J.D., "Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: A Comment on Legal Processes and National Culture", *Cardozo Journal of Intl. & Comp. Law*, 5, 1997, pp. 51-67.
- Jung, H., "Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 507.
- Langbein, J. H., "The Influence of Comparative Procedure in the United States", *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, pp. 545-554.
- Langbein, J. H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Langer, M., "In the Beginning was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure" en Ackerman, B., Ambos K., y Sikiric, H. (eds.), *Visions of Justice, Liber Amicorum Mirjan Damaska*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, pp. 273-299.
- Langer, M., "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", 45, 2004, *Harvard International Law Journal*, pp. 1-64.
- Langer, M., "Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure", *American Journal of Criminal Law*, Vol. 33, 2006, pp. 223-300.
- Langer M. y Sklansky, D., (eds.) *Prosecutors and Democracy. A Cross-national Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Legrand, P., "The impossibility of legal transplants", *Maastricht Journal of Eur. & Comp. Law*, 4, issue 2, 1997, pp. 111-124.
- Legrand, P., "The same and the different", en Legrand, P. y Munday, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-311.
- Merryman, J.H., "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law", en *The Loneliness of the Comparative Lawyer. And Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law Intl, The Hague, 1999, pp. 17-52.
- Monateri, P. G., "The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures. Borrowing of Legal and Political Forms", *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 13, 2003, pp. 575 y ss., accesible en www.alanwatson.org.

- Nelken, D., “The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 2001, pp. 349-366.
- Pérez-Perdomo, R. y Friedman, M., “Latin Legal Cultures in the Age of Globalization”, en Friedman M. y Pérez-Perdomo R. (eds.), *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, Stanford, Stanford University Press, 2003, pp. 1-19.
- Sacco, R., “Legal formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 1-34 y 343-401.
- Sarcevic, S., *New Approach to Legal Translation*, Kluwer Law Intl., The Hague, London, 1997.
- Sklansky, D., “Unpacking the Relationship between Prosecutors and Democracy in the United States”, en Langer M. y Sklansky, D. (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-national Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 276-299.
- Teubner, G., “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences”, *The Modern Law Rev.*, 11, 1998, p. 11-32.
- Watson, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London, The University of Georgia Press, 1993, 2ª ed., de la obra publicada en 1974.
- Watson, A., “From Legal Transplants to Legal Formants”, *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, pp. 469-476.
- Weigend, T., “Should We Search for the Truth, and Who Should Do It?”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 36, 2011, pp. 389-416.
- Wigmore, J.H., “A New Way of Teaching Comparative Law”, *Journal of the S.P.T.L.*, 1926, p. 6.

Observaciones a “De los trasplantes legales a las traducciones legales...” de Máximo Langer*

Remarks on “From Legal Transplants to Legal Translation:...” by Máximo Langer

Armin Engländer**

Recepción y evaluación de propuesta: 15/8/18

Aceptación: 15/9/18

Recepción y aceptación final: 27/11/18

Resumen: el presente trabajo pretende comentar dos tesis presentes en el trabajo del Profesor Langer. En primer lugar, se realizarán consideraciones sobre la supuesta americanización (débil) del proceso penal alemán. En segundo lugar, sobre la metáfora de la traducción.

Palabras clave: Sistema procesal alemán, americanización, juicio abreviado

Abstract: the article discusses two theses of Profesor Langer’s paper. First, several remarks will be made on the allegedly *weak americanization* of German legal procedural system. Second, the article raises some questions regarding the utility of the “translation” metaphor.

Keywords: German legal procedural system; americanization, plea bargaining

* Traducción del alemán a cargo de Hernán G. Bouvier (UNC-CONICET)

** Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemania. Correo electrónico: armin.englaender@jura.uni-muenchen.de

1. Introducción

En el centro del influyente y ampliamente aclamado artículo de Langer “De los trasplantes legales a las traducciones legales...”¹ se encuentran dos tesis, una relativa al contenido y otra conceptual. La relativa al contenido es denominada por Langer como tesis *débil de la americanización*. Según ella, la existencia y configuración del Juicio Abreviado (“*plea bargaining*”) en los procedimientos penales argentinos, alemanes, franceses e italianos puede reconducirse a la influencia del sistema jurídico estadounidense. No obstante, esta influencia y recepción no ha sido ni lineal ni simple. Más bien ha dado lugar a variaciones del “*plea bargain*” que, por un lado, se alejan del modelo estadounidense y, por el otro, se diferencian entre sí de manera acentuada. El resultado provisorio de tal influencia del sistema procesal penal estadounidense no ha llevado, en los modelos continentales, al abandono de las máximas inquisitorias del modelo procesal penal en favor del sistema adversarial. Por el contrario, la *americanización débil* ha dado lugar a una *fragmentación* de la concepción procesal penal continental².

La tesis conceptual, por su parte, pretende otorgar una respuesta a la pregunta sobre cómo puede realizarse de manera adecuada, por ejemplo, para el caso del Juicio Abreviado, la transferencia de instituciones jurídicas, regulaciones, conceptos o ideas a un ámbito foráneo. Langer propone dejar de lado la extendida metáfora en derecho comparado del “trasplante legal” (“*legal transplant*”) y remplazarla por la de “traducción legal” (“*legal translation*”) que, a su juicio, sería menos equívoca y más apropiada³. De aquí en adelante me referiré a esta idea como la tesis de la traducción.

En las siguientes observaciones pretendo abordar las preguntas sobre si, y en qué medida, el diseño normativo y la praxis jurídica alemana apoyan ambas tesis de Langer. A estos fines, en lo que sigue, expondré cuál ha sido el desarrollo ulterior que ha tenido el Juicio Abreviado en Alemania a contar desde el momento de la publicación del artículo original de Langer

¹ Langer M., “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, en este volumen de *Discusiones*.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

en 2004. De aquí extraeré observaciones críticas a la idea de Langer según la cual el desarrollo del procedimiento abreviado puede reconducirse a la influencia del modelo estadounidense. El trabajo culmina con algunas observaciones puntuales sobre la metáfora de la traducción legal.

2. El “acuerdo” (“*Verständigung*”) en derecho procesal penal alemán

En el año 2004 - fecha de la publicación original del artículo de Langer que aquí se discute - la praxis del Juicio Abreviado estaba ya suficientemente difundida en Alemania. A la época no estaba regulada legalmente. No obstante, tanto el Tribunal Constitucional (BVerfG) como el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) reconocieron en principio la admisibilidad del Juicio Abreviado⁴. Los dos tribunales, sin embargo, buscaron en estas resoluciones delimitar normativamente la regulación del Juicio Abreviado e integrarlo en el tradicional proceso penal de corte inquisitivo. Una decisión ulterior al respecto, esta vez del Tribunal Supremo Federal en pleno⁵, vio la luz en el año 2005⁶. Allí el Tribunal mantuvo la línea jurisprudencial hasta ese momento existente. Además, sostuvo en su valoración que el Juicio Abreviado se movía en dirección a un “acuerdo cuasi-contractual entre el Tribunal y los restantes intervinientes en el proceso”⁷. Tal transformación en el sistema tradicional, realizado a través de resoluciones judiciales, sólo puede ser imperfecta y roza los límites permisibles de creación de normas. El Tribunal en pleno requirió una solución legislativa de la cuestión. El legislador alemán, en consecuencia, se ocupó de esta tarea. En la discusión estuvieron presentes dos concepciones: por un lado, la configuración

⁴ En lo fundamental, Tribunal Constitucional (BVerfG) *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, 2662; Tribunal Supremo Federal, Sala Penal (BGHSt) 43, 195.

⁵ El pleno del Tribunal Supremo (*Der Große Senat des BGH*) es llamado a intervenir cuando una Sala (*ein Senat*) del Tribunal pretende apartarse de la jurisprudencia establecida por otra Sala y esta última, previa solicitud, indica que es su intención mantenerse en la posición en cuestión.

⁶ Tribunal Supremo, Sala penal (BGHSt) 50, 40.

⁷ Tribunal Supremo, Sala penal (BGHSt) 50, 40, 63.

del Juicio Abreviado como un tipo de procedimiento con características propias y delineado en base al principio del consenso, en detrimento de las máximas del proceso inquisitivo y del principio de la verdad material⁸. Por el otro, en la línea de la jurisprudencia de máxima jerarquía ya citada, la idea de la integración del Juicio Abreviado en el procedimiento inquisitivo tradicional. El legislador se decidió por la segunda opción. Según la fundamentación del proyecto de ley, sancionado luego con pocas modificaciones, se busca “regular el acuerdo (*Verständigung*) de tal manera de que sea compatible con los fundamentos del sistema procesal penal alemán”⁹. Además, agrega que no es deseable “una nueva forma de proceso consensual - hasta ahora ajeno al proceso penal alemán - en la que precisamente retrocedería la obligación del Tribunal de investigar la verdad material”¹⁰.

En el año 2009 entró en vigor la regulación legal del llamado “Acuerdo” (*Verständigung*) según la terminología oficial elegida por la propia ley para el Juicio Abreviado¹¹. Su parte central regula el parágrafo 257c del Código

⁸ Un ejemplo de esta línea se encuentra en la propuesta legislativa de la Cámara federal de Abogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*). Véase *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, pág. 235. La posición contraria fue sostenida por la propuesta de la Asociación de Abogados alemanes (*Deutscher Anwaltverein*). Véase *Strafverteidiger Forum* 2006, pág. 89. Acerca de la discusión sobre el consenso en el proceso penal véase Duttge, G., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115, 2003, pág. 539; Hassemer, W., “Konsens im Strafprozess”, en *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, p. 171; Jahn, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118, 2006, pág. 427; Salditt, F., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht: Ergänzende Überlegungen aus forensischer Sicht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp- 570-582. pág. 570; Weßlau, E., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren-Leitidee für eine Gesamtreform?*, Nomos-Verlag-Ges., 2002 y del mismo en *Strafverteidiger Forum*, 2007, 1; Engländer, A. en Kempf, E. y otros (eds.), *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, Munich, De Gruyter, 2013, pp. 303, 310 y ss.

⁹ Boletín Oficial del Parlamento. 16/12310, S. 1.

¹⁰ Boletín Oficial del Parlamento. 16/12310, S. 8.

¹¹ Ley de regulación del acuerdo en el proceso penal, del 29 de Julio de 2009, BGBl I S. 2353. Para críticas a la ley véase Altenhain, K., y Haimerl, M., “Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren—eine verweigerete Reform”, *Juristenzeitung*, 2010, pág. 327; Fezer, G., “Inquisitionsprozess ohne Ende? - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010, pág.177; Fischer, T., “Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, pp. 249-251, pág. 249; Hettinger, M., “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, 2011, pp. 292-301, en pp. 292, 298 y ss.; Murmann, U., “Reform ohne Wiederkehr?—Die gesetzliche Regelung der Absprachen im

Procesal Penal Alemán (StPO)¹². Asimismo, la ley contiene regulaciones importantes en otras secciones¹³. En conjunto se conforma un detallado sistema normativo de regulación del Juicio Abreviado. De este complejo sistema se mencionan a continuación algunos puntos relevantes:

- La ley indica de manera expresa que las máximas que definen el proceso inquisitivo permanecen inalteradas (§ 244 Abs. 2 StPO). Por consiguiente, el Tribunal sigue teniendo la obligación de investigar la verdad de los hechos hasta alcanzar la convicción correspondiente. En consecuencia, es insuficiente como fundamento de la sentencia, por ejemplo, una mera declaración formal en la que se admitan los hechos atribuidos. Es más, debe corroborarse la credibilidad de la confesión. La mera concordancia con el requerimiento de investigación o con la

Strafverfahren”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 10, 2009, pp. 526-538. pág. 526.

¹² El párrafo en cuestión sostiene:

(1) En determinados casos el Tribunal puede, según los apartados siguientes, lograr un acuerdo con las partes sobre el ulterior curso y resultado de las actuaciones. El párrafo 244, 2 permanece inalterado.

(2) El objeto del acuerdo debe estar limitado a las consecuencias jurídicas que pueden ser objeto de una sentencia, a las reglas y medidas procesales que se relacionan con las reglas de procedimiento subyacentes y el accionar de las partes durante el proceso. La confesión debe formar parte de cualquier acuerdo negociado. El veredicto de culpabilidad, así como las medidas de seguridad no están sujetas al acuerdo.

(3) El Tribunal debe indicar qué contenido puede tener el acuerdo. Tomando en cuenta en base a una libre valoración todas las circunstancias del caso y las relevantes para la decisión puede indicar un límite mínimo y máximo de pena. Las partes deben tener la posibilidad de expresarse al respecto. El acuerdo tendrá lugar si el acusado y el Fiscal aceptan la propuesta del Tribunal.

(4) El acuerdo pierde validez vinculante para el Tribunal si han sido pasadas por alto o han surgido circunstancias fácticas o legales de relevancia y el Tribunal está convencido de que el marco previsto para la sentencia ha dejado de ser apropiado para la gravedad del delito o el grado de culpabilidad. Lo mismo corresponde si la conducta ulterior del acusado en el juicio no se corresponde con aquella sobre la que se basó la estimación de responsabilidad. En tales casos no puede utilizarse la confesión del acusado. El Tribunal debe notificar cualquier cambio sin retardo alguno.

(5) El acusado debe ser informado de todos los prerequisites y consecuencias que se siguen de los cambios indicados en la sección 4.

¹³ Cfrme. §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

acusación no es suficiente. Mejor dicho, debe tener lugar en el debate una actividad probatoria destinada a corroborar los hechos asumidos o confesados.

- La determinación de responsabilidad, es decir, la valoración fáctica y normativa de un cierto hecho está fuera del alcance de cualquier acuerdo. Sería inviable, por ejemplo, invocando un acuerdo, juzgar a un imputado sólo por homicidio simple y no por homicidio calificado si se verifican las circunstancias de este último¹⁴. Del mismo modo está prohibido acordar una determinada pena (“*Punktstrafe*”)¹⁵. El Tribunal tampoco tiene permitido, en el marco del Juicio Abreviado, proponer por anticipado una pena específica. Sólo se permite presentar un marco de pena mínima y máxima (por ejemplo, una pena privativa de la libertad entre 3 y 4 años). La pena efectivamente impuesta debe ser apropiada al hecho y la culpabilidad en cuestión.
- En principio es el Tribunal (no el Fiscal o el imputado) quien está vinculado al acuerdo que eventualmente se haya alcanzado¹⁶. La validez vinculante se suprime obviamente cuando se han pasado por alto circunstancias jurídicas o fácticas relevantes, o surgen nuevas que afectan las circunstancias típicas o la culpabilidad. Entre ellas cuentan por ejemplo circunstancias que hacen que el hecho se revele no como un simple homicidio, sino como un asesinato u homicidio calificado. El tribunal debe en tales casos disolver el acuerdo y tiene prohibido valorar el acuerdo ahora disuelto en contra del imputado.
- En la fundamentación de la sentencia debe indicarse que ha existido previamente un acuerdo. Además, debe dejarse constancia en autos del procedimiento en su parte fundamental y del contenido del acuerdo (función de transparencia y constancia documental).
- Está excluida la posibilidad de renuncia anticipada al recurso intentando dar por válida la sentencia antes de vencido el plazo legal establecido. Por tanto, no es posible que el acuerdo tenga por contenido

¹⁴ Tribunal Supremo (BGH), *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 1526.

¹⁵ Tribunal Supremo (BGH), *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 231.

¹⁶ Si el Fiscal retira su consentimiento, esto no exime al Tribunal de atenerse al acuerdo alcanzado. Véase Tribunal Supremo (BGH), *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, 373.

tal renuncia. Debe por tanto informarse al acusado en el momento de dictado de la sentencia que, pese al acuerdo, conserva la libertad de interponer los recursos que considere pertinentes. Por último, una manifestación de renuncia al recurso inmediatamente posterior al dictado de la sentencia carece de validez.

En el año 2013 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional declaró a la regulación legal del acuerdo como “conforme a la Constitución”¹⁷. De todas maneras, el tribunal criticó lo que consideraba un “déficit evidente de ejecución” en la forma de implementación llevada adelante por los tribunales¹⁸.

La configuración jurídica del juicio abreviado está delimitada por fronteras constitucionales estrictas. En base al principio de culpabilidad, que según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional se deriva del principio del Estado de Derecho, pesa sobre el Tribunal la obligación de averiguar la verdad material. Es decir, una obligación de elucidar las circunstancias fácticas realmente acaecidas¹⁹. Esto significa que los Juicios Abreviados son permisibles sólo en la medida que no lesionen el principio de verdad material. Esto se traduce en la regulación según la cual incluso en el acuerdo valen las máximas inquisitorias y el principio de la verdad material. Por el contrario, según el Tribunal Constitucional, todas las propuestas que pretenden crear mediante acuerdo un tipo especial de procedimiento que implique una restricción de los fundamentos básicos de la

¹⁷ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168. Reseñas críticas se encuentran en Beulke/Stoffer, *Juristenzeitung*, 2013, pág. 662; Fezer, G., *HRRS Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013, pág. 117; Globke, C., “Die Verständigung im Strafprozess nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder. Da stelle mer uns mal janz dumm...”, en *Juristische Rundschau*, 2014, 1, pág. 9; Knauer, F., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pág. 433; Kudlich, H., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pág. 379; Meyer, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pág. 1850; Mosbacher, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 2013, pág. 201; Niemöller, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 419; Stuckenberg, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pág. 212; Weigend, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 424. La -propia- decisión de Landau se encuentra en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014, pág. 425.

¹⁸ Sobre esto véase más adelante.

¹⁹ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 199.

investigación penal son incompatibles con la Constitución alemana. Así lo aclara de manera expresa: “Como condición imprescindible de la realización del principio de culpabilidad, no disponible por el legislador, existe la obligación de brindar la mejor investigación posible de la verdad material”²⁰. El Tribunal está constitucionalmente sometido de manera ineludible “frente a convenios similares a contratos, a la obligación de investigar la verdad material y a la obligación de que la pena se corresponda con la culpabilidad”²¹.

Esto tiene consecuencias de largo alcance. En efecto, al inferir las máximas inquisitorias a partir del principio de culpabilidad y éste a su vez de la Constitución, se considera a la estructura inquisitiva del proceso penal como *obligatoria desde el punto de vista constitucional*. El legislador alemán está vinculado al modelo procesal continental en virtud de esta interpretación constitucional. Por lo tanto, el legislador no sólo se ha decidido *fácticamente* por la integración del Juicio Abreviado al procedimiento inquisitivo tradicional. Él no tenía *constitucionalmente* otra alternativa.

El proyecto de transformar el procedimiento penal inquisitivo en uno adversarial, a través de la regulación del Juicio Abreviado, recibió no sólo un rechazo por parte del legislador, sino también un freno constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

Esto significa, en resumen, lo siguiente: todavía es extraño al sistema procesal penal alemán un reconocimiento de la responsabilidad del imputado (“*guilty plea*”) que sea vinculante para el Tribunal. La confesión del imputado, de acuerdo con la concepción de la ley, no tiene tal estatus, sino que simplemente constituye un medio para la averiguación de la verdad. La obligación del Tribunal de inspeccionar la verdad permanece inalterada. El juez - en el juicio propiamente dicho - no hace las veces de un árbitro pasivo que simplemente controla el respeto de las reglas procesales. Por el contrario, constituye el actor central en la indagación de la verdad.

En conjunto, la posición del juez se ha reforzado. Él decide si un determinado caso es apropiado para un acuerdo y si debe ponerse en funcionamiento el mecanismo de acuerdo respectivo. Como se indicó, no puede

²⁰ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 226.

²¹ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 227.

imponérsele un Juicio Abreviado. El Fiscal ocupa simplemente una posición de veto. Puede impedir un acuerdo negando su aprobación. No puede, eso sí, lograr un Juicio Abreviado sin el juez. El rol del juez, cabe agregar, no se ha desplazado en la dirección de un “*judge-managers based on cooperation*”²².

De manera clara el Tribunal Constitucional ha reconocido que una prosecución consecuente de la normativa legal y constitucional implica que el efecto de descompresión del proceso que se busca con el Juicio Abreviado es bastante acotado para la administración de justicia penal. Esta es - de acuerdo con el Tribunal - la consecuencia ineludible de una configuración constitucionalmente válida del acuerdo que respete el principio de culpabilidad y el subsiguiente principio de la verdad material²³. Es la averiguación de la verdad y no la celeridad del proceso aquello que tiene prioridad en la actividad del Tribunal.

La pregunta de Langer, formulada en 2004, sobre si el proceso inquisitivo tradicional lograría integrar el acuerdo y someterlo a sus principios, o si el Juicio Abreviado llevaría a mediano plazo a una transformación fundamental del proceso penal (si bien no necesariamente en el sentido del modelo estadounidense²⁴) debe responderse - en lo tocante al *plano legal* - de manera unívoca en favor de la primera opción.

Hasta aquí en lo que respecta al Juicio Abreviado en el proceso penal alemán. Un problema fundamental radica, sin embargo, en que los tribunales inferiores hasta la decisión del Tribunal Constitucional del año 2013 desatendieron la normativa legal y de los tribunales superiores. Esto fue demostrado por un estudio empírico requerido por el Tribunal Constitucional en el marco de un proceso sobre la adecuación constitucional de la ley que regula el acuerdo²⁵. Según este estudio, más de la mitad de los jueces sustanciaron “acuerdos” (*deal*) informales y por tanto ilegales. Se negoció entre las partes, contraviniendo el parágrafo 257c del Código Procesal Penal alemán (StPO), la declaración de culpabilidad, o se acordaron con-

²² Langer M., *op. cit.*

²³ Tribunal Constitucional 133, 168, 210.

²⁴ Langer M., *op. cit.*

²⁵ Alenhain, K., Dietmeier, F., y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

secuencias jurídicas que no pueden ser objeto de un acuerdo. En un cuarto de los casos fue comprobada (como máximo, de forma parcial) la confesión del imputado. En los casos en que había un control de la declaración, se limitaba a menudo a la simple contrastación con las constancias de autos escritas, lo cual es problemático desde el punto de vista de las reglas que rigen la prueba para el juicio propiamente dicho. Más del 50 por ciento de los abogados consultados informaron presuntas confesiones falsas de sus mandantes. La prohibición de renunciar a la interposición de un recurso fue dejada de lado de manera cuanto menos agresiva. En este contexto los involucrados en general no evidenciaban una especial conciencia de la incorrección jurídica de los actos en cuestión. Como razón fundamental para la desatención de las reglas jurídicas aplicables se sostuvo que la normativa del Juicio Abreviado no es del todo útil en la labor cotidiana, es engorrosa y demasiado burocrática²⁶.

Esta práctica (ilegal) del Juicio Abreviado muestra que, para una parte relevante de los jueces, de hecho, ha tenido lugar un desplazamiento de su rol. Si bien es cierto que se conciben como actores activos y no como árbitros pasivos, también es cierto que ahora conciben su actividad primordial como dirigida a lograr la realización eficiente (es decir, veloz y económica) del procedimiento penal, de manera cercana a la descripción de Langer de los “*judge-managers based on cooperation*”²⁷.

No es del todo claro si, y en qué medida, esta actitud ha sido afectada por la sentencia del Tribunal Constitucional, haciéndola regresar a la actitud de apego al modelo inquisitivo tradicional que pone en el centro del proceso la averiguación de la verdad. Se carece por el momento de estudios empíricos al respecto. En todo caso, el Tribunal Constitucional intenta contrarrestar la praxis ilegal con recaudos y precauciones adicionales. Puntualmente:

²⁶ Pueden verse buenas razones críticas en contra de esta argumentación en Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 235.

²⁷ Langer M., *op. cit.* Sobre la relevancia del pensamiento en términos de eficiencia para el juicio abreviado véase también Engländer, A., “*Verständigung im Strafverfahren*”, en Paal, B. y Poelzig, D. (eds.), *Effizienz durch Verständigung*, Nomos Verlag, 2015, pág. 23.

- En primer lugar, el Tribunal recuerda al Fiscal su obligación de rehusar su consentimiento en los Juicios Abreviados defectuosos²⁸ y de interponer recursos en contra de las sentencias respectivas²⁹. Los Fiscales raras veces recurrían a estos instrumentos ya que también se beneficiaban del ahorro de tiempo y trabajo de la práctica ilegal. Dicho de manera breve: los Fiscales eran parte del problema.
- En segundo lugar, el Tribunal Constitucional señala los riesgos penales vinculados a Juicios Abreviados ilegales. Por ejemplo, si no se deja constancia de que un acuerdo no ha sido exitoso, eso puede constituir falsedad documental³⁰. Sin embargo, el efecto disuasorio de tal advertencia es dudoso dado que los hechos correspondientes no han sido perseguidos por los funcionarios competentes³¹.
- En tercer lugar, el Tribunal se ha expedido contra las infracciones a las obligaciones de transparencia, información y de constancia documental, como por ejemplo no dejar constancia en el protocolo de audiencia de la existencia de un Juicio Abreviado, lo cual constituye una razón de revisión³² cuasi absoluta³³. Eso tiene como consecuencia que la sentencia en tales casos - dejando de lado algunas excepciones - siempre

²⁸ Sobre juicios abreviados ilegales puede verse también Volk/Engländer, *Grundkurs StPO*, 9, Edición 2018, § 30 Rn. 9 f.

²⁹ BVerfGE 133, 168, 219 ff.

³⁰ BVerfGE 133, 168, 213 f. Crítico al respecto Knauer, F., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 433 y 435; Stuckenberg, C-F, “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pp. 212 y 215. Kudlich argumenta en favor de la aplicación del tipo penal de prevaricato (parágrafo 339 del Código Penal, StGB) para los jueces intervinientes. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 379, 381, y ss.

³¹ Escépticos también Beulke/Stoffer, *Juristenzeitung*, 2013, pp. 662, 671 f.

³² Según el derecho alemán la infracción de un precepto procesal no otorga automáticamente una causal de revisión. Debe ser el caso que exista una violación de la ley. Solo en casos específicos, determinados legalmente, se presume que este es el caso. Aquí se habla de razones absolutas de revisión. Para el resto de los supuestos, el agravio debe ser demostrado. Las infracciones a la normativa procesal no implican una razón de revisión absoluta sino relativa. Véase Volk/Engländer, § 36 Rn. 17 y ss., nota 25.

³³ BVerfGE 133, 168, 223 f. Crítico al respecto, Kudlich, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 379 y 381; Stuckenberg, *op. cit.* 2013, pp. 212 y 215; A favor, Knauer, *Neue Zeitschrift*

sea susceptible de revocación incluso cuando *la causa* aparezca como defendible o sólida.

- Por último, el Tribunal Constitucional impone al legislador una obligación de control. Debe tener bajo observación el ulterior desarrollo del instituto y en caso de desatención de los preceptos legales o de los tribunales superiores debe activar los mecanismos de protección respectivos o revisar la decisión sobre la corrección del Juicio Abreviado³⁴.

Parece haber aumentado la densidad de control judicial desde la sentencia fundamental referida. Por medio de la revisión se han señalado de manera creciente las violaciones a los preceptos legales y el Tribunal Constitucional ha tenido la posibilidad - en una larga secuencia de decisiones - de quitar validez a múltiples acuerdos reforzando la eficacia de la regulación legal respectiva.

3. El acuerdo en el derecho procesal penal alemán ¿una expresión de la americanización débil?

Como balance parcial puede decirse entonces que la regulación legal del Juicio Abreviado no ha llevado a un ajuste del modelo procesal alemán al modelo americano. El proceso penal, por lo tanto, conserva una configuración inquisitiva antes que adversarial. No obstante, la praxis de los tribunales inferiores ha llevado a una erosión clara de las máximas inquisitivas del proceso penal. El rol y actitud del Juez, cuya relevancia para el cambio jurídico ha marcado y analizado Langer de manera acertada, se ha desplazado en la dirección de un “*judge-manager based on cooperation*”³⁵.

Esta constatación parece, a primera vista, confirmar la tesis de Langer de la americanización débil. Mirada de manera más detenida, sin embargo,

für Strafrecht. 2013, pp. 433 y 436. Siguiendo al BVerG, el BGH; véase BGHSt 58, 310. Rechazando la sala primera, véase BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, 1254.

³⁴ Tribunal Constitucional 133, 168, 2235 f. Negativo al respecto, Niemöller, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 419, 423 f.

³⁵ Langer M., *op. cit.*

su peso es relativo. La tesis de la americanización supone como fundamento que el surgimiento de los Juicios Abreviados en el proceso penal alemán cuanto menos puede reconducirse a alguna influencia del derecho estadounidense. Un análisis más detallado, no obstante, pone en duda incluso la afirmación de que el “*plea bargaining*” estadounidense efectivamente haya tenido influencia en la versión alemana del Juicio Abreviado. Las observaciones de Langer sobre este punto no están libres de contradicciones. Por un lado, presenta a la influencia del proceso estadounidense del *plea bargaining* como “*innegable*”³⁶ y da por verificada la transformación evidente que sufrió el “*plea bargain* de Estados Unidos cuando fue traducido al proceso penal alemán”³⁷. Por otro lado, admite que la praxis en Alemania con alta probabilidad se ha configurado de manera independiente al derecho estadounidense. En sus palabras: “la práctica parece haber surgido como respuesta a necesidades prácticas antes que como producto de una influencia profunda del sistema estadounidense en el alemán”³⁸. Por último, sostiene que en el caso de la formación de la práctica del Juicio Abreviado en el proceso penal alemán se trata, sin embargo, de un acontecimiento que no está relacionado con la transferencia de instituciones, reglas o conceptos de sistemas jurídicos foráneos y que por tanto no sería relevante para las modificaciones, adaptaciones y recontextualizaciones existentes. La tesis de la americanización débil, en lo que respecta a Alemania, quedaría así sin sustento alguno.

Si se observa la historia de la formación del Juicio Abreviado en Alemania³⁹ (una historia no del todo analizada hasta el momento) surge con bastante evidencia que el derecho estadounidense ha desempeñado un rol secundario. Los factores determinantes para la formación y proliferación del Juicio Abreviado a partir de los años 70 parecen haber sido más bien los siguientes:

- el incremento de grandes procedimientos complejos, en especial en derecho penal económico, que generaban serias dificultades y grandes

³⁶ Langer M., *op. cit.*

³⁷ Langer M., *op. cit.*

³⁸ Langer M., *op. cit.*

³⁹ Véase al respecto Schünemann, B., “Zur Entstehung des deutschen ‘plea bargaining’”, en *Festschrift für Andreas Heldrich*, München, 2005, p. 1177.

- retardos al ser abordados con el procedimiento tradicional;
- el surgimiento de una forma de “defensa de conflicto”⁴⁰ dirigida a explotar todo flanco débil del tribunal apelando a, por ejemplo, un sinnúmero de instrumentos como la recusación y solicitud de medidas probatorias con meros propósitos dilatorios o para generar causales de impugnación;
- una tendencia político criminal de expansión del derecho penal que pretende captar los llamados delitos de peligro abstracto (justamente en derecho penal económico)⁴¹;
- exigencias crecientes para la sentencia y su fundamentación, como consecuencia de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y del Tribunal Constitucional;
- ahorros de personal en el Poder Judicial;
- la función “modelo” del § 153a del Código Procesal Penal (StPO) que en 1974 introdujo en la administración de justicia y la ley la noción de celeridad, descompresión, despenalización, lo que se amplió ulteriormente afectando la actividad del Fiscal y permitiendo la apelación a razones de economía procesal para casos de baja o mediana complejidad o habilitando con el *consentimiento del imputado* la realización de determinados actos antes de iniciado el proceso y sin procesamiento⁴².

⁴⁰ [N. del T.] En la dogmática procesal alemana se utiliza la expresión “Konfliktverteidigung” para referir a una defensa decidida a utilizar todos y cada uno de los recursos dilatorios disponibles. El término adquiere una carga semántica negativa si se considera que tal actividad del abogado es “incorrecta.”]

⁴¹ Con delitos de peligro abstracto se señala en la dogmática penal alemana delitos que no generan de hecho un daño ni implican un peligro concreto. Se basan en la suposición legal de que determinadas conductas en sí mismas generales son lo suficientemente peligrosas como para merecer penalización, aunque no causen un daño o peligro concreto. Entre ellas cuentan, por ejemplo, el fraude de bienes de capital (§ 264a StGB) y el fraude de crédito (§ 265b StGB) para los cuales basta la mera acción engañosa. A diferencia de los fraudes “normales” (§ 263 StGB) no se requiere que a la acción engañosa siga un daño en la propiedad.

⁴² Desde la implementación de estas posibilidades los Fiscales hacen un uso propio y más amplio de ellas. Véase al respecto Diemer, H., en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 153a Rn. 3.

Estos factores han determinado que en la praxis de los tribunales inferiores se den interacciones entre el Tribunal y las partes que se asemejan en algunos puntos (pero no en todos) a las que tienen lugar en el *plea bargaining* estadounidense. No obstante, estos puntos de contacto parecen casuales dado que los actores no parecen haber sido conscientes de las similitudes ni haberlas llevado a cabo conscientemente. Se trata de una mera *coincidencia* entre lo que sucedió en el derecho procesal penal alemán y el desarrollo del sistema estadounidense y no de la influencia de uno sobre otro. Claro que en los debates que se dieron a favor y en contra del Juicio Abreviado - de manera bastante tardía - en los años 80 ya no pasaban desapercibidas las similitudes con el *plea bargain*. En especial, los participantes de la discusión que eran escépticos o directamente refractarios a la figura del acuerdo utilizaron la similitud en tono crítico.

Aquí, además, el derecho estadounidense no sirvió como una fuente de inspiración para un movimiento de reforma del sistema inquisitivo. Todo lo contrario, la referencia al *plea bargain* y al sistema estadounidense sustentaba la tesis de la incompatibilidad entre el Juicio Abreviado y las máximas inquisitivas, funcionando como un obstáculo para la progresiva reforma de éstas. Las voces que más tarde se levantaron en la discusión en favor de la configuración y regulación del acuerdo teniendo en cuenta el *plea bargaining* quedaron - por el contrario, y como ya se mostró - en minoría y no pudieron introducirse con éxito en el proceso de reforma legislativo.

En caso de que estas observaciones sean correctas, se sigue que la tesis de Langer de la americanización débil a través del *plea bargain* no posee un alcance general. Quizás tenga alcance en lo referente al desarrollo del Juicio Abreviado en Argentina, Francia o Italia (algo que no estoy en condiciones de evaluar). En lo referente a la existencia y configuración legal del acuerdo en el proceso penal alemán, no obstante, la tesis no resulta convincente.

4. La metáfora de la traducción jurídica ¿un avance heurístico?

Así como no se trata en el caso del Juicio Abreviado de una importación en el derecho procesal penal alemán del derecho estadounidense, tampoco es plausible la tesis según la cual sería más conveniente desde el punto de vista heurístico la metáfora de la traducción legal frente a la de trasplante legal. Corresponden igualmente para concluir algunas observaciones sobre la novedosa tesis de Langer de la traducción. En primer lugar, resultan convincentes las razones que ofrece Langer para mostrar que la metáfora extendida del “trasplante legal” es problemática. Las debilidades de tal figura son analizadas en su trabajo de manera contundente⁴³. También resulta convincente su distanciamiento de la propuesta alternativa de Gunther Teubner que propuso hablar de “irritantes legales”⁴⁴. Este concepto contiene su significado específico propio solo en el contexto de la teoría de sistemas autopoiéticos⁴⁵. En la medida en que uno no quiera hacer propio el enfoque de la teoría de sistemas (para lo cual hay buenas razones⁴⁶) resulta aconsejable evitar la terminología Teubneriana.

Cabe preguntarse, sin embargo, si la propia metáfora elegida por Langer no sufre de problemas similares a los que él encuentra en la de trasplante legal. Langer critica el concepto de trasplante porque invita a pensar que las instituciones, reglas, conceptos e ideas permanecen relativamente inalteradas en el traspaso del lugar originario al lugar receptor, de manera análoga a lo que sucede con el órgano del donante al ser recibido por el paciente que lo necesita⁴⁷. Esto no es lo que suele suceder, sino precisamente lo contrario, generándose modificaciones, ajustes, reinterpretaciones y recontextuali-

⁴³ Langer M., *op. cit.*

⁴⁴ Langer M., *op. cit.*

⁴⁵ Fundamental Luhmann, N., *Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984. En relación con su *Rechtssystem. Das Recht der Gesellschaft*, 1993; Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Gunther Teubner, 1989.

⁴⁶ Críticas a la Teoría de Sistemas autopoiética se encuentran en Bohnen, A., *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze: über Traditionen und Tendenzen theoretischer Sozialerkenntnis*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 146 y ss.; von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2. Aufl. 2011, S. 127 ff.

⁴⁷ Langer M., *op. cit.*

zaciones. Bien entendida, esta observación justamente permite notar que el concepto alternativo de traducción - propuesto por Langer - también corre el riesgo de ser equívoco. En efecto, por traducción suele entenderse tradicionalmente la transmisión de un significado presente en palabras u oraciones de un lenguaje, a palabras u oraciones de otro lenguaje. La traducción satisface un *ideal* cuando el significado original permanece, en la medida de lo posible, inalterado.

Bien es cierto que el concepto de traducción - tal cual lo entiende Langer, quien distingue entre tres clases de traducción⁴⁸ - puede entenderse en un sentido más amplio que el citado antes y que así haya lugar para interpretaciones creativas nuevas. Además, desde un punto de vista de filosofía del lenguaje, la idea de una traducción que conserva de manera óptima el significado parece no estar exenta de problemas. Piénsese por ejemplo en la idea de Ludwig Wittgenstein según la cual el significado de una palabra resulta de su uso en un determinado juego del lenguaje⁴⁹. Si en el lenguaje receptor o de destino el juego se modifica, se modifica también el significado. En la misma línea puede tomarse el conocido *dictum* de Quine según el cual un concepto posee su significado únicamente en la red compleja de la totalidad del lenguaje (del cual se sigue su teorema de la indeterminación de la traducción)⁵⁰.

No obstante, no es del todo claro si —y en qué medida— en el discurso teórico jurídico se integrarían - para pensar la transferencia de instituciones, reglas, conceptos o ideas de sistemas jurídicos foráneos - la interpretación amplia del concepto de traducción o las consideraciones de filosofía del lenguaje indicadas. En el caso que permaneciera la idea estrecha de traducción no se ganaría demasiado con el remplazo del concepto de trasplante legal por el de traducción legal.

Obviamente, de esto no se sigue que sea mejor seguir hablando de “*legal transplant*”. Langer ha mostrado de manera clara por qué tal metáfora es problemática. Además, su propuesta de la traducción legal - a diferencia de la de trasplante legal - y teniendo en cuenta los fenómenos de transfor-

⁴⁸ Langer M., *op. cit.*

⁴⁹ Wittgenstein L., *Philosophische Untersuchungen*, 1953.

⁵⁰ Quine W. V. O., *Word and Object*, MIT Press, 1960.

mación, cambio y reinterpretación por él descriptos, parece ser más apta para enfrentar los problemas que la filosofía del lenguaje ha señalado. De igual manera, tampoco debería ser sobrevalorada su potencia heurística para la teoría jurídica.

Bibliografía

- Altenhain, K., Frank D., y Markus M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013
- Altenhain, K., y Haimerl, M., “Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren—eine verweigerete Reform”, *Juristenzeitung* 2010
- Bohnen, A., *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze: über Traditionen und Tendenzen theoretischer Sozialerkenntnis*, Vol. 109, Mohr Siebeck, 2000.
- Duttge, G., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp. 539-569.
- Engländer, A. en Kempf, E. y otros (eds.), *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, Munich, De Gruyter, 2013.
- Engländer, A. “Verständigung im Strafverfahren” en Paal, B. y Poelzig, D. (eds.), *Effizienz durch Verständigung*, Nomos Verlag, 2015.
- Fezer, G., “Inquisitionsprozess ohne Ende? - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010.
- Fezer, G., *HRRS Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013.
- Fischer, T., “Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf.”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010.
- Hassemer, W., “Konsens im Strafprozess”, en *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, pp. 171-190.
- Globeke, C., “Die Verständigung im Strafprozess nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder ‘Da stelle mer uns mal ganz dumm...’”, *Juristische Rundschau*, 1, 2014.
- Hettinger, M., “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, 2011.

- Luhmann, N., *Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.
- Meyer, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013.
- Murmann, U., “Reform ohne Wiederkehr?–Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 10, 2009, pp. 526-538.
- Salditt, F., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht: Ergänzende Überlegungen aus forensischer Sicht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp. 570-582.
- Schünemann, B., “Zur Entstehung des deutschen ‘plea bargaining’”, *Festschrift für Andreas Heldrich*, München, 2005.
- Stuckenberg, C-F., “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Gunther Teubner, 1989.
- Weßlau, E., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren-Leitidee für eine Gesamtreform?* Nomos-Verlag-Ges., 2002.
- Wittgenstein L., *Philosophische Untersuchungen*, 1953.
- Quine W. V. O., *Word and Object*, MIT Press, 1960.

Mecanismos negociados de resolución de conflictos penales en Chile y Alemania: Una aproximación pragmática

Negotiated Mechanisms for the Resolution of Criminal Disputes in Chile and Germany: A Pragmatic Approach

Carlos Correa Robles*

Recepción y evaluación de propuesta: 30/8/18

Aceptación con revisiones: 10/2/19

Recepción y aceptación final: 8/3/19

Resumen: El trabajo analiza algunas tensiones generadas a partir de la implementación de mecanismos negociados de resolución de conflictos penales en los sistemas procesales alemán y chileno, a la luz de la teoría de las traducciones legales, de Máximo Langer. Se busca describir el impacto que dichos mecanismos generan sobre la estructura procesal en la que se encuentran insertos, explicando las causas que fomentan su utilización y proponiendo finalmente estrategias que permitan racionalizar su uso.

Palabras clave: justicia penal negociada, acuerdos, conformidad del imputado.

Abstract: This work analyzes, in light of Máximo Langer's theory of Legal Translations, some of the tensions generated by the implementation in German and Chilean procedural systems of negotiated mechanisms for the resolution of criminal disputes. The paper purports to describe the impact

* Dr. Iur. y LL.M, Freie Universität Berlin. Profesor Derecho Procesal, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. Correo electrónico: c.correa@uai.cl

of such mechanisms in the procedural structures where they are inserted and to explain the main reasons for their use. Finally, some strategies for improving their use are proposed.

Keywords: negotiated criminal justice, plea agreements, agreement by the defendant.

1. Introducción

En un mundo globalizado, el intercambio de información y conocimiento entre diversos actores sociales, constituye una realidad. El derecho no escapa a dicho fenómeno. Las pretéritas fronteras que, por ejemplo, distanciaban aquellos ordenamientos jurídicos regidos por el *common law* de aquellos de tradición continental, se han vuelto cada vez más tenues¹.

Dicho fenómeno ha permeado de manera especialmente intensa, como demuestra el trabajo de Máximo Langer que aquí se comenta², al proceso penal. El viejo sistema inquisitivo —predominante en Europa Continental durante siglos, hasta su progresivo desmantelamiento a partir de mediados del siglo XIX,³ y en algunas regiones de América Latina vigente (en su versión más impúdica) hasta fines del siglo XX⁴— caracterizado por la oficialidad de la instrucción, el principio de legalidad irrenunciable y la búsqueda de la verdad material como finalidad última del proceso, ha transitado hacia caminos que antes parecían vedados.

¹ Un panorama general referido especialmente al derecho probatorio se encuentra en: Damaska, M., *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid y otros, Marcial Pons, 2015, passim.

² Langer M., “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del plea bargaining y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, en este volumen de *Discusiones*.

³ El comienzo del fin del sistema inquisitivo “puro” puede situarse en la creación e implementación del Ministerio Público como órgano persecutor autónomo de la judicatura a comienzos del siglo XIX. Véase Roxin, C., “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, en Guerrero, Ó (traductor), *Pasado presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2007, pp. 9-38, p. 9 y ss.

⁴ Paradigmático es el caso de Chile, país donde hasta el año 2000 rigió un modelo inquisitivo puro consagrado en el Código de Procedimiento Penal de 1906 caracterizado por un Juez del Crimen, encargado de investigar, acusar y juzgar.

Las sucesivas reformas introducidas en las últimas décadas a los sistemas herederos de la tradición inquisitiva han permitido flexibilizar ciertos dogmas de dicho modelo. Principios, estructuras y finalidades del proceso penal que hace menos de un siglo se consideraban barreras infranqueables del mismo, hoy se erigen como elementos indispensables de cualquier sistema de persecución racional. En este sentido, la renuncia al dogma de la averiguación de la verdad “a cualquier precio” a favor de la consagración de derechos y garantías del imputado, el establecimiento del principio de oportunidad, la instauración de oralidad en los procedimientos penales, la inmediatez en la recepción de prueba, e incluso el reconocimiento de ciertas facultades de ejercicio de la acción penal a cargo de la víctima, constituyen elementos que hoy en día (en mayor o menor medida) resultan comunes a prácticamente todos los sistemas procesales penales europeos y latinoamericanos.

Especial relevancia tiene a este respecto, como lo demuestra el texto de Langer, la progresiva incorporación —formal e informal— de respuestas negociadas al conflicto jurídico-penal, que han permitido ampliar los estrechos márgenes del proceso penal decimonónico y —como se verá— esquivar algunas deficiencias propias del procedimiento ordinario.

Si bien dichos mecanismos, más allá de su contenido específico (que puede diferir caso a caso), buscan fomentar soluciones rápidas, eficientes y en principio satisfactorias para los actores involucrados, no resultan exentos de polémicas.

Las críticas formuladas a este respecto (muchas de las cuales se analizan en este artículo), se han dirigido históricamente tanto respecto de aquellos ordenamientos que han incorporado en las últimas décadas soluciones negociadas, como también para aquellos modelos en los cuales la conformidad del acusado ha constituido, prácticamente desde el origen mismo del sistema, un mecanismo esencial del proceso penal, como lo es, paradigmáticamente, el sistema estadounidense.

En su clásico artículo “*Torture and Plea Bargaining*”⁵, advertía Langbein —;desde el derecho estadounidense!— acerca de los peligros que

⁵ Langbein, J., “Tortura y plea bargaining”, en Maier, J. y Bovino, A. (coord.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 3-29.

el *plea bargaining* encierra. Contrastando la ya entonces asentada práctica de las negociaciones entre acusador y acusado, con el ejercicio de la tortura como medio idóneo para obtener una confesión en el derecho medieval, sostenía el autor que el sistema vigente en los Estados Unidos hace terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. La amenaza que pende sobre el imputado, como espada de Damocles, de imponerle una sanción sustancialmente más elevada si decide ejercer su derecho a defensa y posteriormente es declarado culpable, puede convertir a una institución concebida bajo la lógica del beneficio mutuo, finalmente, en un instrumento coercitivo⁶.

El presente trabajo busca analizar algunos aspectos centrales del texto de Máximo Langer, a partir de las tensiones y contradicciones que ha generado la introducción de salidas negociadas al conflicto penal en los sistemas chileno y alemán, tributarios de culturas jurídicas inicialmente hostiles a tales prácticas. En este sentido, se busca finalmente confrontar la validez de una de las tesis fundamentales del trabajo de Langer⁷, consistente en entender la transferencia de instituciones legales de un sistema a otro, como *traducciones* de un sistema de sentido hacia el otro.

Para tales efectos se analizará el modo en el cual se contraponen los beneficios que generan dichas prácticas negociadas, con los problemas que han impedido su plena y pacífica inserción en los sistemas alemán y chileno, explicando las posibles causas de ello y proponiendo finalmente algunas soluciones.

⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁷ Langer M., *op cit.*, sección 1.

2. El *plea bargaining* estadounidense: paradigma de los mecanismos consensuados de resolución de conflictos penales

Los acuerdos en torno a la declaración de culpabilidad del imputado en el sistema estadounidense a cambio de ciertas concesiones, tuvieron su origen⁸ como una práctica solapada, llevada a cabo a comienzos del siglo XIX entre fiscales e imputados a espaldas de los tribunales. Décadas más tarde, la confesión negociada del acusado comenzó a incentivarse en un gran porcentaje de los casos, convirtiéndose ya a fines del siglo XIX y comienzos del XX en un mecanismo estandarizado de resolución de conflictos penales, debido al alto costo que significaba el juicio y el tiempo que éste tardaba en llevarse a cabo.

Fue sin embargo varias décadas más tarde, en *Brady v. United States*⁹, fallo representativo de este cambio institucional dirigido a la aceptación jurídica de aquellas prácticas, cuando se dotó explícitamente de legitimación a este tipo de acuerdos. Al respecto, sostuvo entonces la Corte Suprema estadounidense: “(...) *No podemos sostener que es inconstitucional que el Estado otorgue una concesión al acusado que a cambio le proporcionará un beneficio sustancial y que demuestra por su declaración que está preparado y dispuesto para admitir su delito y someterse al sistema correccional (...)*”

Igualmente, la comentada sentencia exigió ciertos requisitos para dotar de validez y eficacia de las negociaciones, a saber, la inexistencia de presiones, amenazas o falsas promesas al acusado, o sobornos al fiscal. Al respecto, prosigue la Corte señalando: “*Una declaración de culpabilidad prestada por el acusado plenamente consciente de todas las consecuencias, enterado de sus efectivos compromisos asumidos en su confrontación con el juez, con el acusador o con el mismo defensor, debe ser considerada válida y eficaz salvo que haya sido arrancada con amenazas (o con promesas de hacer*

⁸ Sobre la evolución histórica del *plea bargaining* en los Estados Unidos, véase Correa C. y Reyes, M., *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada — Derecho chileno y comparado—*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2012, p. 29 y ss.

⁹ *Brady v. United States* 397 U.S. 742, 752-753, 90 S.Ct. 1463, 25 F.2d 747 (1970). Las traducciones son de mi autoría.

cesar hostigamientos injustos), con falsas manifestaciones (incluso promesas no mantenidas o que no hubieren podido mantenerse), o bien con promesas que por su naturaleza son ilegítimas (por ejemplo el pago de un precio por soborno) (...).”

Transcurridos casi cincuenta años desde el pronunciamiento de la sentencia citada, en los Estados Unidos el *plea bargaining* parece ser, sin lugar a dudas, el procedimiento ordinario de facto, pasando el juicio por jurados a ser una especie de elefante blanco, que es mirado con temor y recelo por parte de acusados y defensores, atendida la elevada probabilidad de obtener una decisión judicial menos favorable que la susceptible de ser acordada.

La razón subyacente que ha inspirado a la introducción de mecanismos de justicia penal consensuada en los Estados Unidos fue asumida explícitamente el año 1971 por la Corte Suprema en *Santobello v. New York*¹⁰, dejando al desnudo la imperiosa necesidad, esta vez por razones utilitaristas, de acceder a salidas alternativas al juicio por jurados: “(...) *la disposición de los cargos (...) no solo es una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debido a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera de un juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante la libertad provisional; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, este venga sometido al tratamiento penitenciario.*”

La praxis ha demostrado que el *plea bargaining* resulta necesario para el buen funcionamiento de la administración de justicia estadounidense; todos se esfuerzan por promover y favorecer su realización; en los Estados Unidos, los acuerdos negociados son no solamente necesarios, sino incluso deseables.

3. Los *Absprachen* en el sistema alemán: desde la informalidad a su consagración legal¹¹

A partir de la fundación de la República Federal Alemana en 1949, el sistema jurídico de dicho país ha experimentado —tanto a nivel legislativo como jurisprudencial— innegables cambios. En materia procesal penal, los cimientos del modelo inquisitivo reformado instaurado originalmente en la Ordenanza Procesal Penal Imperial (RStPO) de 1877, caracterizado por el apego irrestricto a los principios de oficialidad, legalidad y de la averiguación de la verdad material como fin del proceso penal, han comenzado lentamente a resquebrajarse. La estructura monolítica característica de dicho sistema, que concebía una estricta unidad entre hecho e imputado, esbozado por *Beling* hace más de 100 años¹², ha dado paso a soluciones que se alejan de dicha premisa, privilegiándose hoy en día soluciones rápidas al conflicto jurídico-penal, en desmedro de la total averiguación de la verdad y del subsecuente castigo para el delincuente.

La introducción de las salidas negociadas en el derecho alemán corresponde, al igual que la introducción de la teoría de las llamadas “prohibiciones probatorias” (*Beweisverbote*)¹³, a un claro ejemplo de ello. La incorporación de ambas instituciones, originalmente extrañas al sistema, ha permitido que hoy en día se erijan como instrumentos esenciales del mismo.

¹¹ Si bien esta sección podría parecer redundante con el texto de Langer, resulta importante hacer referencia a la evolución histórica de los *Absprachen* en Alemania. Al respecto, cabe tener presente que la descripción de las salidas negociadas en el proceso penal alemán, referida en el artículo que aquí se comenta, describen un estadio previo de la regulación, el cual no considera la reforma legal introducida hace ya 10 años por medio de la cual éstos acuerdos fueron formalmente incorporados a la StPO.

¹² “El contenido del proceso penal se encuentra determinado a partir de un único y específico hecho delictivo cometido por un imputado: ambos —hecho e imputado— constituyen una inquebrantable unidad”. *Beling*, E. y *Bennecke*, H., *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrecht*, Breslau, *Schletter'sche Buchhandlung*, 1900, p. 204.

¹³ Sobre la evolución histórica de las prohibiciones probatorias en el derecho alemán, véase *Correa*, C. “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno —con especial referencia al Derecho alemán—”, *Política Criminal*, 13 (25), 2018, pág. 146 y ss.

En lo que respecta a las soluciones consensuadas al conflicto penal, pese a constituir inicialmente un elemento propio de sistemas jurídicos tradicionalmente contrapuestos al alemán, el origen y evolución experimentado por los *Absprachen* se asimila en gran parte al ya descrito camino recorrido por el *plea bargaining* en el derecho estadounidense.

Desde la década de 1970 fiscales y defensores comenzaron, a espaldas de los tribunales, a introducir mecanismos de salida consensuada al conflicto penal. El objeto de dichos acuerdos correspondía a una disminución de la pena aplicable o bien, a la aplicación de una sanción más o menos determinada, a cambio de la entrega de una confesión total o parcial de parte del imputado¹⁴.

Tras años de oscuridad respecto a la legalidad, presupuestos de aplicación y requisitos de validez de dichos acuerdos, el primer pronunciamiento del Tribunal Federal Supremo (BGH) al respecto tuvo lugar recién en 1997, oportunidad en la cual —*contra legem* (!)— dicho tribunal ratificó la validez jurídica de los acuerdos, indicando sin embargo (y de un modo similar a *Brady v. United States*) detalladas reglas para su aplicación válida¹⁵. Las razones esgrimidas por el BGH en dicha oportunidad, para autorizar e incluso fomentar los acuerdos, se pueden resumir en la necesidad de lograr una mayor eficiencia en la persecución penal, obtener una ganancia en términos de economía procesal, favorecer el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y, asimismo, generar mecanismos de protección a la víctima¹⁶. Como vimos, un catálogo de virtudes similar al esgrimido por la Corte Suprema estadounidense en *Santobello v. New York*.

En los años venideros, y hasta su reconocimiento legal en el año 2009, los lineamientos jurisprudenciales para la aplicación de estos acuerdos se mostraron siempre insuficientes ante la incesante práctica de tribunales

¹⁴ Beulke W., *Strafprozessrecht*, 11. Ed., Heidelberg y otros, C.F. Müller, 2010, p. 247.

¹⁵ Sobre la historia de los *Absprachen* en el derecho alemán, véase Varios Autores, *SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK*, Editado por: Wolter, Tomos III: §§137 — 197 y V: §§246a — 295 StPO, 5. Ed., Köln, Heymanns, 2016: SK-StPO-Velten Vor 257b-257c ff, Rn. 1 y ss.

¹⁶ BGH (GrS) 50, 40 ss. (54 s.).

inferiores que, sin trepidar, fomentaban y aplicaban —a veces indiscriminada y desproporcionadamente¹⁷— dichos acuerdos.

En efecto, el carácter no vinculante que durante mucho tiempo caracterizó a estas negociaciones informales y desreguladas, posibilitó que en algunas oportunidades el ente persecutor desconociera *ex post* su contenido, lesionando con ello el principio del debido proceso. Desde luego, la vulneración —muchas veces impune— a la legítima confianza depositada por el imputado y su defensor en un acuerdo frustrado no debía ser tolerada. La solución a esta y otras prácticas abusivas vino —ya lo adelantamos— de la mano del legislador.

Siguiendo una práctica recurrente en el derecho alemán¹⁸, frente a una reiteración de sentencias pronunciadas en un mismo sentido por los tribunales superiores y a efectos de poner límite a ciertos abusos e incertidumbre reinante, el legislador decidió recoger y codificar¹⁹ los principales lineamientos jurisprudenciales expresados previamente por el BGH sobre esta materia, regulando en la StPO —nuevos §§ 257 a), b) y c)— los acuerdos²⁰.

El reconocimiento legal de estas salidas negociadas constituyó una respuesta por parte del legislador a una práctica jurisprudencial asentada y tolerada, que se remontaba —como se señaló— a varias décadas atrás²¹. Con dicha solución, al menos formalmente, el legislador alemán ha buscado

¹⁷ Por ejemplo, una pena de 2 años se ofreció en una oportunidad, previa confesión, en un caso de evasión de impuestos, delito cuya pena no resulta inferior a los 6 años de privación de libertad. El LG München ofreció igualmente una pena de 2 años al presunto autor de 37 delitos de abuso sexual, a sabiendas que la pena a imponer sin dicho acuerdo no sería inferior a los 7 años. Véase Kempf, E., “Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? Oder: Soll informelles formalisiert werden?“, *StV*, 2009, pp. 269-276, p. 270.

¹⁸ Otro ejemplo de codificación de reglas creadas a nivel jurisprudencial se encuentra en el establecimiento de presunciones de causalidad y culpa en materia de responsabilidad contractual médica, contenidas en el nuevo § 630 h) BGB.

¹⁹ Reforma a la Ordenanza Procesal Penal (StPO) de 28.05.2009.

²⁰ De esta forma, la aseveración sostenida por Langer M, *op. cit.* sección 7, de acuerdo a la cual los traductores del *plea bargaining* alemán no tenían la autoridad para modificar formalmente otros aspectos del procedimiento penal mediante una reforma del Código Procesal Penal, ha sido desmentida por medio de esta reforma legal.

²¹ Beulke, *Strafprozessrecht*, 11. Ed., 2010, p. 247.

poner fin a las múltiples críticas formuladas por parte de la doctrina²², la cual reiterada e insistentemente, reclamó por años —ante la innegable realidad— la necesidad de suprimir, o al menos regular a nivel legal dichas prácticas.

Los *Absprachen* constituyen hoy en día una práctica no sólo asentada, sino de masiva ocurrencia ante los tribunales alemanes. Si originalmente estos acuerdos se limitaban casi exclusivamente a casos de criminalidad económica, hoy en día trascienden a diversos delitos. De hecho, en el año 2011 cerca del 20% del total de casos penales tramitados ante tribunales inferiores (*Amtsgericht* y *Landgericht*), fueron resueltos utilizando esta vía²³.

4. Luces y sombras en torno a los acuerdos en el sistema alemán

Como sostiene Volk, existen poderosas razones a favor de un acortamiento y conclusión anticipada del proceso penal por medio de soluciones consensuadas al conflicto penal. Ello se manifiesta sobre todo en casos en los cuales la cantidad de evidencia y el nivel de complejidad resultan tan elevados, que en la práctica se convierten en inmanejables. Un juicio oral de años de duración no sólo bloquea al tribunal encargado de su conocimiento, sino que resulta muchas veces un ejercicio en gran medida innecesario: la resolución que finalmente adoptará el órgano adjudicador no suele distar mucho de lo esperable por los intervinientes al comienzo del juicio²⁴.

Los beneficios que dichos acuerdos generan para el sistema en términos de ahorro de recursos, y respecto del imputado al otorgarle certeza y rapidez en la resolución de su caso, no permiten sin embargo desconocer

²² Por todos: Beulke W. y Satzger, H., “Der fehlgeschlagene Deal und seine Prozessualen Folgen — BGHSt 42, 191”, *JuS*, 1997, pp. 1072-1080, p. 1080; Braun, S., “Vorschlag für eine Absprachenregelung im Strafverfahren”, *StraFo*, 2001, pp. 77-83, p. 77; Eisenberg, U., *Beweisrecht der StPO*, München, C.H. Beck, 2017, Rn. 42 y ss.; SK-StPO-Wolter, Vor § 151, Rn 66 y ss.; Wehnert, A., “Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachenpraxis in staatsanwaltschaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht”, *StV*, 2002, pp. 219-222, p. 222.

²³ SK-StPO-Velten, Vor §§ 257b-257c ff, Rn. 10.

²⁴ Volk, K., *Grundkurs StPO*, 7ª Ed., München, C.H.Beck, 2010, p. 281.

su peligrosidad: las salidas consensuadas al conflicto penal se sitúan —respecto del imputado— al límite de lo jurídicamente admisible.

Con la introducción de salidas negociadas, la presunción de inocencia ya no se desvirtúa a partir de la actividad probatoria desarrollada por el Ministerio Público en el juicio oral: su derrotabilidad se reconduce directamente a la confesión prestada por el imputado. La dictación de una sentencia absolutoria ante la imposibilidad de alcanzar por parte del tribunal el estándar probatorio exigido para condenar, es en estos casos reemplazada por sentencias dictadas, en mayor o menor grado, a partir de la confesión obtenida. Como consecuencia de ello, producto de estos acuerdos, la vigencia del principio de no autoincriminación (*nemo tenetur*) y de la presunción de inocencia, pilares del proceso penal moderno, quedan en entredicho²⁵.

Ahora bien, más allá de los cuestionamientos referidos a su incompatibilidad con ciertas garantías del imputado, las tensiones que generan los acuerdos se manifiestan intensamente con relación a su compatibilidad con ciertos principios estructurales del proceso penal alemán.

Evidente —a partir de la decimonónica estructura de la StPO— resulta la tensión entre estos acuerdos respecto del principio de legalidad, piedra angular de todo sistema (neo) inquisitivo. Los acuerdos imponen una renuncia (total o a lo menos parcial) a una potestad estatal supuestamente indisponible: la efectiva y completa averiguación y posterior persecución de los delitos cometidos. La práctica de los *Absprachen* supone en este sentido renunciar a la persecución *total* de conductas delictivas, excediendo el limitado alcance del principio de oportunidad en el sistema alemán (§§ 153 y ss. StPO).

La aceptación y conformidad de una confesión negociada, lleva asimismo implícito el riesgo de disipar (por vías meramente formales) las razonables dudas que el tribunal podría llegar a tener respecto de la existencia misma de un hecho constitutivo de delito y de la participación cul-

²⁵ Pese a ello, el BVerfG declaró expresamente que la regulación vigente en materia de acuerdos, no lesiona necesariamente dichos principios. Los lesionará, prosigue el tribunal, cuando en un caso concreto estos no sean por medio de un acuerdo, respetados (!): BVerfGE 133, 168 ss.

pable del imputado en éste. Así, cuando el imputado decide aceptar un acuerdo asume un costo inevitable: la renuncia a ser declarado inocente²⁶.

Dicha renuncia, muchas veces defendida bajo un cuestionable beneficio recíproco, implica en la práctica, liberar al tribunal de largas jornadas de rendición de prueba, aunque a un costo muchas veces demasiado elevado. La averiguación de la verdad material y la libre valoración de la prueba son, reiteramos, puestas en entredicho.

Asimismo, al aceptar el tribunal por medio de un acuerdo la imposición de una pena generalmente inferior a la que podría haberse impuesto en caso de una completa acreditación de los hechos, se vulnera la regla establecida en el § 46 del Código Penal alemán, la cual limita la imposición de una pena concreta a la culpabilidad del infractor.

A las críticas anteriores, se suma por último una lesión a principios y garantías de índole netamente procesal: la publicidad, oralidad e inmediatez del juicio oral, se sustituyen por negociaciones llevadas a cabo generalmente en privado, o al menos, sin la transparencia que debiese caracterizar al procedimiento ordinario.

5. ¿Acuerdos legalmente regulados, mejores acuerdos?

La mencionada regulación legal introducida hace una década a la StPO en materia de acuerdos, más que acallar las críticas ya mencionadas, en parte las desnudó.

Paradigmática en este sentido resulta la solución propuesta por el legislador dirigida a armonizar los acuerdos, con la (necesaria) averiguación de la verdad, materializada en el nuevo § 257 c) inc. 1 StPO. Dicha disposición, señala expresamente que el principio consagrado en el § 244 inc. 2° StPO, que impone al tribunal la obligación de averiguar de oficio la verdad valiéndose para ello de todos los medios de prueba y elementos disponibles para ello, se mantiene —respecto de los acuerdos entre imputado y juez— “intacto”²⁷.

²⁶ *Ibidem*, p. 282.

²⁷ Por el contrario, en EE.UU. bajo el *plea bargaining*, la condena del acusado se funda exclusivamente sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución ni

Dicha declaración, derechamente hipócrita, desconoce el peso de la realidad en pos de mantener una forzada coherencia interna, a sabiendas de la imposibilidad de dar cumplimiento a lo propuesto. Si bien, como ha sostenido el BGH²⁸, el tribunal en estos casos no debe dictar sentencia condenatoria exclusivamente en base a la confesión, sino que debe analizar si del contenido en las actas existen o no elementos suficientes para deducir la responsabilidad penal del imputado, lo cierto es que la condena y la pena, quedan determinadas fundamentalmente a partir de dicha confesión. El viejo dogma inquisitivo *confessio est regina probationum* se reintroduce así al proceso alemán, paradójicamente gracias a la traducción de una institución paradigmática de un sistema pretendidamente acusatorio, como lo es el estadounidense.

6. Respuestas consensuadas al conflicto penal: ¿Soluciones satisfactorias?

Para justificar la introducción de soluciones negociadas al conflicto penal, no basta con constatar problemas en la aplicación reiterada de la solución ideal prevista por el legislador respecto del conflicto jurídico-penal, sino que se requiere de una justificación adicional, que redunde en algún beneficio significativo para las partes involucradas.

En principio, podría argumentarse a favor de dichos mecanismos la rebaja de la pena concreta que por medio de ellos se impone. En Alemania, por ejemplo, la esperable reducción de la pena corresponde en caso de acuerdo —estadísticamente hablando— a 1/3 de la sanción prevista en un juicio oral por conductas similares²⁹. Ello se traduce en un innegable incentivo en aquellos casos en los cuales la posibilidad de absolución, a la luz de la evidencia recopilada, resulte especialmente baja.

Ahora bien, más allá de las cifras: ¿resultan estas salidas negociadas al conflicto penal, *realmente* satisfactorias para los involucrados? Esbozar

corroboración de culpabilidad.

²⁸ BGH NSTZ 2008, 54.

²⁹ Idem, Rn. 17.

una única respuesta resulta imposible. Las luces y sombras que genera su aplicación, muchas de ellas ya descritas, impiden una valoración binaria.

Para un sector de la doctrina alemana, estas salidas corresponden a herramientas que fomentan la democratización del proceso penal³⁰. Los intervinientes estarían libremente en condiciones de decidir respecto de su futuro procesal, flexibilizando el otrora rígido sistema de enjuiciamiento, en pos de una solución consensuada y por ello, más eficiente.

Si bien intuitivamente una negociación podría resultar *a priori* preferible ante una solución hétérocompositiva impuesta por un juez (de resultado incierto), muchas veces las expectativas de los intervinientes, respecto del resultado de los acuerdos, se ven finalmente frustradas. En Alemania, estadísticas del año 2007 demuestran que el 30,9% de los fiscales reconocieron que las penas finalmente impuestas al acusado por medio de un *Absprache*, resultaron demasiado leves respecto de la conducta imputada. Por el contrario, el 30,3% de los defensores estimó que la sanción aplicada por intermedio de un acuerdo resultaba desproporcionadamente alta con relación a los hechos acaecidos³¹.

La tensión reflejada en las (muchas veces frustradas) expectativas de los intervinientes, encierra asimismo una pregunta sustantiva: ¿Puede considerarse el “consenso” respecto de la imposición de una pena como un indicador a favor de la “justicia” de la decisión? A la luz de lo expuesto, difícilmente. Como señalaba un autor, los acuerdos representan un verdadero “*embrutecimiento del procedimiento*”³², imponiendo soluciones espurias, alejadas muchas veces de la realidad material, que como se mencionó anteriormente, lesionan principios fundamentales del ordenamiento.

³⁰ Lüderssen, K., “Die Verständigung Im Strafprozess - Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel”, *StV*, 1990, p. 415-420, p. 415 y ss.

³¹ Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Praxis der Absprachen*, Baden-Baden, Nomos, 2013, passim.

³² Dencker, F. y Hamm, R., *Der Vergleich im Strafprozess*, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1988, p. 57.

7. El procedimiento abreviado en el sistema procesal penal chileno

En los 100 años de vigencia del sistema inquisitivo consagrado en el antiguo Código de Procedimiento Penal chileno (1906), el juez del crimen, consecuente y a la vez precario representante del inquisidor, detentaba las funciones de investigación de conductas criminales, formulación de la acusación³³ y fallo.

La inversión de recursos por parte de defensas (muchas veces precarias e incluso iletradas), dirigida a demostrar la inocencia del imputado chocaba dramáticamente frente a la quimera de la absolución, verdadero acto de esquizofrenia de un juez que a último minuto decidía arrepentirse de su propia imputación.

Ahora bien, más allá de los vicios de parcialidad que indiscutidamente pueden atribuírsele a un persecutor que finalmente acusará y resolverá el caso, el antiguo sistema procesal chileno demostró ser enormemente ineficiente. El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública representaba formalmente el único mecanismo reconocido por el legislador para sancionar conductas delictivas. Los sobrecargados jueces del crimen carecían igualmente de los recursos necesarios y sobre todo de una estructura procedimental idónea para juzgar adecuadamente las distintas conductas constitutivas de delitos.

El fracaso constatable del sistema se evidenciaba en investigaciones eternas, múltiples sobreseimientos temporales (a la espera de recopilar mejores antecedentes para reabrir una y otra vez investigaciones destinadas al fracaso), en la pérdida de relevancia práctica de ciertas fases del procedimiento³⁴ y sobre todo en las bajas cifras de éxito alcanzadas.

³³ Ello a partir de la reforma introducida por medio del DFL N° 426 del 3 de marzo de 1927 que suprime los cargos de promotores fiscales que constituían el Ministerio Público en la primera instancia. Esto significó uno de los mayores cambios que se pudieron hacer a dicho Código, pues se suprime uno de los sujetos procesales radicando sus facultades al juez, quien entonces pasaría a ser un órgano acusador.

³⁴ En este sentido, el plenario, la etapa "propriadamente de juicio" originalmente consagrada, en la cual la defensa podía controvertir la prueba de cargo y presentar prueba de descargo,

El extremo formalismo y rigidez del sistema, impedía contar con soluciones diferenciadas según la gravedad y naturaleza del delito investigado, y además, privaba de toda relevancia a la voluntad del imputado. Si la verdad material debía ser alcanzada en todos los casos y a cualquier costo, la confesión del imputado sólo se entendía bajo el dogma inquisitivo de mecanismo para la averiguación de la verdad material, carente de significado procedimental, generando (a lo sumo) una atenuante de responsabilidad penal.

Dicho modelo dio paso, a comienzos de este siglo, a un nuevo cuerpo legal, el Código Procesal Penal (CPP), el cual a diferencia de su criticado predecesor, consagró diversos mecanismos consensuados de resolución de conflictos penales³⁵.

El sistema procesal penal actualmente vigente asume explícitamente la imposibilidad de reconocer un solo mecanismo de resolución de conflictos, aplicable a todos los hechos constitutivos de delito. La utopía de la sentencia definitiva generada a partir de un juicio oral, público y contradictorio, como ideal irrenunciable, ha cedido terreno frente a instituciones y realidades antes desconocidas en Chile.

De este modo, el juicio oral (si bien reconocido por el legislador como una garantía a favor del imputado³⁶) se reserva en la práctica, exclusivamente para el juzgamiento de aquellos delitos de mayor gravedad. Las conductas menos lesivas son resueltas por medio de salidas alternativas, por aplicación del (aún limitado) principio de oportunidad o bien, en sede contenciosa, por aplicación de los procedimientos abreviado, simplificado o —en el caso de las faltas— monitorio.

En los que a esto último respecta, el procedimiento abreviado constituye una de las más significativas innovaciones introducidas por el legislador chileno en el año 2000. Regulado en los arts. 406 a 415 CPP, dicho procedimiento se estructura en base a la aceptación por parte del acusado

derivó en una mera reiteración de los antecedentes probatorios anteriormente recopilados por el juez del crimen y sus subalternos durante el sumario.

³⁵ Por ejemplo: los acuerdos reparatorios (arts. 241 y ss. CPP); la suspensión condicional del procedimiento (arts. 237 y ss. CPP) y el reconocimiento de responsabilidad en el procedimiento simplificado (art. 395 CPP).

³⁶ Art. 1° inc. 1° CPP.

de los hechos por los cuales se le acusa y de los antecedentes que fundamentan dicha imputación.

En este sentido, el procedimiento abreviado chileno ha sido concebido como un procedimiento contradictorio, en el cual la manifestación de voluntad del imputado, objeto y requisito ineludible de aplicación del procedimiento abreviado, consiste —a diferencia del *plea bargaining*— no en una aceptación de responsabilidad penal, sino en una aceptación de los *hechos materia de la acusación* formulada por el ente persecutor, y de los *antecedentes de la investigación que la fundaren* (art. 406 inc. 2° CPP). Consistente con lo anterior, y tal como sucede en Alemania³⁷, el art. 412 inc. 2° CPP advierte que la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado. Para materializar dicho principio, se contempla la existencia de una audiencia de procedimiento abreviado (art. 411 CPP), en la cual los intervinientes debatirán respecto de las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, y de los antecedentes probatorios que las fundan. La posibilidad de dictar sentencia absolutoria corresponde, en honor al referido carácter contradictorio del procedimiento, a una hipótesis jurídicamente posible. En este sentido, la adopción del *plea bargaining* en el derecho chileno, corresponde —como afirma Langer³⁸ respecto de los sistemas latinoamericanos— a una manifestación diferente al modelo estadounidense.

En la práctica, sin embargo, el procedimiento abreviado chileno se aleja considerablemente del ideal propuesto por el legislador, estructurándose en torno a una verdadera *parodia de juicio*, dirigida a la (ineludible) imposición de una sentencia condenatoria. La mínima actividad probatoria que dicho procedimiento —pese a la conformidad del acusado— exige (tal como sucede con la ya analizada regla contenida en el § 257 c inc. 1° StPO) de acuerdo con el mencionado art. 412 inc. 2° CPP, se traduce en una simple repetición mecánica de los antecedentes de la investigación recopilados, secundada por el silencio cómplice de la defensa. Precisamente, la venia del Ministerio Público para acceder a esta solución se sustentará muchas veces en la pasividad pactada de la defensa, la cual se compromete

³⁷ Langer, M., *op. cit.*, sección 7.

³⁸ *Ibidem*, sección 1.

terá a no contradecir los antecedentes esgrimidos en la audiencia por el ente persecutor. Lo anterior deriva en una práctica donde el centro de la adjudicación se desplaza desde el tribunal, hacia la imputación del fiscal³⁹.

La regulación original del procedimiento abreviado en Chile consideró especialmente las críticas dirigidas al *plea bargaining*, el cual favorecería la práctica masiva de la renuncia al juicio y sus garantías a cambio de reducciones importantes de la pena impuesta, motivadas por una negociación previa con el fiscal⁴⁰. Para lograr dichos fines, el Código del año 2000 se encargó de limitar su procedencia a imputaciones de mediana gravedad, sancionadas con una pena no superior a los 5 años de privación de libertad⁴¹.

Sin embargo, la reforma legal introducida recientemente por medio de la ley 20.931⁴², ha desdibujado el panorama descrito. Por medio de dicha ley, se amplió el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado (art. 406 CPP), resultando en la actualidad procedente respecto de ciertos delitos contra la propiedad (hurto y distintas formas de robo descritas en la legislación sustantiva) sancionados con penas de hasta 10 años de privación de libertad⁴³. Como consecuencia de dicha reforma, resulta actualmente posible juzgar por medio de este procedimiento conductas cuya sanción derivará inevitablemente en la aplicación de penas efectivas de privación total de libertad, ratificando la validez de las críticas que cuestionan la voluntariedad de la conformidad del imputado frente a la amenaza de una sanción aún más elevada.

³⁹ Al respecto: Riego, C., “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, *Política Criminal*, 12 (24), 2017, pp. 1085-1105, p. 1099 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 1086.

⁴¹ La relevancia de dicha pena coincide con el límite máximo de pena susceptible de ser reconducido a una pena sustitutiva a las penas privativas o restrictivas de libertad, de acuerdo a la ley 18.216 (ley que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad).

⁴² Publicada el 5 de Julio de 2016.

⁴³ Estadísticamente, la inclusión de este tipo de conductas dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado resulta relevante pues, de acuerdo a estadísticas del año 2005, los delitos contra la propiedad constituyeron entonces un 37,12% del total de los ingresos al sistema procesal penal. Riego, C., *op. cit.*, p. 1095.

8. Soluciones consensuadas como reacción a problemas estructurales del proceso penal: el costo de la ineficiencia

Lo señalado previamente permite demostrar, a lo menos, que las soluciones consensuadas al conflicto penal no se encuentran libres de reproche. Tras la (pretendida) negociación y posterior acuerdo de voluntades, se esconden presiones, precariedad, desinformación y desproporción.

La masificación de las salidas negociadas en el proceso penal (y en consecuencia de los referidos problemas que ellas conllevan), no tienen necesariamente su origen en la regulación legal, ni tampoco en el acuerdo o solución acordada en sí, sino que pueden entenderse como respuestas casi espontáneas y esperables frente a una regulación en gran medida insuficiente.

En este sentido, la inclusión y estandarización de estas salidas negociadas en distintos sistemas legales, puede obedecer *contra intuitivamente*, a una reacción a lo que comúnmente se erige como su mayor estandarte: las reformas al proceso penal, generadas a partir de la presión por mayores garantías a favor del imputado, condujeron finalmente a la desnaturalización del juicio oral tornándolo en impracticable como procedimiento de rutina para la resolución de casos penales⁴⁴. El juicio oral —tanto en EE.UU., como en Alemania y Chile— se ha transformado progresivamente en una salida anómala al conflicto penal, absorbiendo el sistema el costo de una sobrerregulación del mismo que redundaba, casi inconscientemente, en su desuso. El juicio oral constituye actualmente tanto un privilegio, como una instancia cargada de incertidumbre, a la cual —por razones presupuestarias y materiales— no todos pueden o desean acceder. En efecto, como descarnadamente sostuvo la Corte Suprema estadounidense en *Santobello v. New York*: “(...) si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal, los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y el número de tribunales”⁴⁵.

⁴⁴ Langbein, J., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁵ *Santobello v. New York* 404 U.S. 257, 260 (1971).

De este modo, la existencia de salidas consensuadas al conflicto jurídico penal, eficientes en orden a lograr una masiva persecución de conductas constitutivas de delitos, tal como un tratamiento paliativo sólo combate los síntomas de una enfermedad, más no sus causas, impiden muchas veces detenerse en los problemas estructurales que aquejan al proceso penal.

El diagnóstico anterior no es sólo sintomático del sistema estadounidense, sino que trasciende a los sistemas chileno y alemán.

En este último, la extensión total y programación del juicio dependerá fundamentalmente de la agenda del tribunal. La realización habitual del juicio por medio de sucesivas audiencias discontinuas, atenta desde luego contra la intermediación, diluyendo la frágil memoria de los sentenciadores⁴⁶. En este sentido y como sostenía *Beccaria*, el proceso penal “*debe acabarse en el más breve tiempo posible*”⁴⁷. Precisamente, la demora en la resolución del asunto es uno de los motivos que fomentan la búsqueda de soluciones consensuadas al conflicto penal por parte de los actores del mismo.

En el caso chileno, el juicio oral, eficiente para el juzgamiento de hechos de escasa o mediana complejidad, tiende a mostrarse insuficiente frente a casos difíciles.

Así, pese a regular el CPP expresamente (art. 282) que el juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, lo cierto es que el sistema vigente no se encuentra diseñado para resolver eficientemente por esta vía, casos complejos referidos fundamentalmente a la criminalidad económica.

Exigir por meses, día tras días, la presencia interrumpida de abogados defensores, fiscales, testigos, peritos y jueces, constituye en muchos casos un costo demasiado alto para juzgar conductas que —independiente del significado social a ellas atribuido— finalmente son levemente sancionadas por la legislación sustantiva chilena. El fantasma de un extenso juicio oral es entonces, justa o injustamente percibido como innecesario, frente a una

⁴⁶ Una visión crítica de la excesiva duración del proceso penal alemán, así como de las consecuencias jurídicas que esto ocasiona se encuentra en: Scheffler, U., *Die überlange Dauer von Strafverfahren Materiellrechtliche und prozessuale Rechtsfolgen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, *passim*.

⁴⁷ Beccaria, C., *De los delitos y las penas*, México-DF, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 258.

conducta que —desde un comienzo— todos saben no terminará, por las bajas penas asociadas y la consecuente aplicación de beneficios legales, con el sentenciado efectivamente privado de libertad.

Ahora bien, independiente de las particularidades del caso concreto, la regulación misma del juicio oral se muestra, al menos en el caso chileno, ineficiente.

Sólo a modo de ejemplo, a la innecesaria regla que ordena al comienzo del juicio oral dar lectura íntegra a la o las acusaciones que serán objeto del juicio (art. 325 inc. 3° CPP), se suma la regulación imperfecta de la prueba pericial, que exige que los peritos en el juicio oral expongan al comienzo de su presentación el contenido de su informe pericial y las conclusiones del mismo. Dichas largas alocuciones, muchas veces irrelevantes, sólo postergan los interrogatorios de los intervinientes, momento en el cual el testimonio experto es realmente contrastado y sometido a examen por parte de los intervinientes. Similares problemas se observan respecto de la incorporación al juicio de la prueba documental (art. 333 CPP). A las interminables lecturas de documentos, se suman declaraciones de testigos destinadas exclusivamente a reconocer o contextualizar dichos elementos probatorios.

Los defectos sin embargo no se reducen al juicio oral. Ya en la etapa intermedia, el sistema chileno adolece de serias deficiencias respecto —por ejemplo— de la regulación de ciertos medios de prueba, especialmente de la pericial. Actualmente, dado el limitado control de admisibilidad efectuado por los jueces, prácticamente cualquier sujeto autodenominado perito, independiente de su idoneidad y pertinencia, podrá ser admitido como medio de prueba en el juicio oral⁴⁸.

De este modo, resulta pertinente traer a colación una de las tesis centrales de Langer: la obtención del consentimiento del imputado mediante negociaciones o la oferta de beneficios, puede derivar en que los procesos penales regulares sean innecesarios, o al menos puede brindar una justificación para simplificarlos o directamente evitarlos⁴⁹. En el sistema

⁴⁸ Sobre la necesidad de establecer mayores estándares a la admisibilidad de la prueba pericial: Duce, M., *La prueba pericial*, Buenos Aires, Editores Didot, 2015, p. 55 y ss.; Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 156 y ss.

⁴⁹ Langer M., *op. cit.*, sección 6.

chileno, la introducción de mecanismos de negociación consensual efectivamente ha contribuido a flexibilizar sistemas no diseñados o al menos no completamente idóneos para hacer frente al fenómeno de la criminalidad compleja del siglo XXI.

En efecto, las soluciones negociadas al proceso penal han surgido con independencia del sistema - acusatorio, inquisitivo o mixto - del que se trate, pues corresponden a una reacción prácticamente inevitable del sistema, en su búsqueda por optimizar el uso de recursos frente a una política criminal cada vez más compleja y demandante. Las salidas negociadas se erigen de este modo como soluciones apenas aceptables que, si bien resignan los aspectos esenciales del procedimiento ordinario, permiten evitar que muchas conductas criminales queden finalmente en la impunidad.

Precisamente a partir de lo anteriormente señalado, cabe matizar lo sostenido por Langer⁵⁰ al describir el *plea bargaining* como una de las prácticas más incompatibles con el sistema inquisitivo y el modelo de la investigación oficial. Como señalábamos anteriormente, si bien históricamente el *plea bargaining* ha sido percibido como un elemento central y paradigmático del sistema procesal penal estadounidense, de corte acusatorio, ello parece a estas alturas ser algo casi anecdótico. Las salidas consensuadas al conflicto penal resultan hoy en día prácticamente inevitables para cualquier sistema procesal penal que tenga alguna pretensión de eficiencia que satisfacer; estas salidas se adoptarán —ya sea formal o informalmente— por más que el sistema originalmente concebido no las haya consagrado originalmente o resulten *prima facie* incompatibles con éste.

Como expuso certeramente el autor del artículo objeto de este comentario, cualquier intento de modificar una estructura de interpretación y sentido, por lo general va a producir una reacción de protesta por parte de los jueces contra la pérdida de facultades a través de una nueva estructura procesal de sentido⁵¹. La conclusión anterior no debe entenderse como un intento

⁵⁰ Langer M., *op. cit.*, sección 6.

⁵¹ Langer M., *op. cit.*, sección 2. Un claro ejemplo para ilustrar dicha situación se encuentra en la oposición manifestada por el Pleno de la Corte Suprema chilena en relación a ciertos aspectos de la Reforma Procesal Civil chilena, actualmente en tramitación parlamentaria, y que busca —por ejemplo— limitar algunas potestades del máximo tribunal en materia de recursos. Al respecto, se critica por parte del máximo tribunal especialmente la regulación

de resignación. Por el contrario, solucionar los problemas expuestos en esta sección, si bien no constituye una tarea sencilla, resulta necesario. De este modo, la referida protesta —por cierto esperable— puede con el tiempo ser acallada por medio de reformas legales que a la larga se demuestren exitosas.

9. Recapitulación: La incidencia de los acuerdos en los sistemas jurídicos analizados

La conformidad del acusado, ya sea respecto de los hechos de la acusación, o en relación con su culpabilidad, independiente de la forma específica que ella adopte, y de los límites que un determinado sistema pueda imponerle al momento de ser *traducida* a éste, provee innegables ventajas para el sistema que lo adopta. Los ya mencionados beneficios enunciados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Santobello v. New York* (entre otros: rapidez en la resolución del asunto, limitación de los efectos de la prisión preventiva y mejoras en las perspectivas de rehabilitación), constituyen sin lugar a dudas ventajas extrapolables a los sistemas comparados, que su introducción ha generado. Para ello, reiteramos, no es necesario *trasplantar* íntegramente el procedimiento estadounidense a un sistema foráneo, ni siquiera sólo una parte de éste, sino simplemente incorporar una institución ajena, en pos de obtener (al menos alguno de) los beneficios que ésta genera.

Efectivamente, como correctamente se desprende del artículo de Langer, tanto la modificación legal introducida a la StPO hace 10 años, y que consagró formalmente los *Absprachen* en dicho ordenamiento, como el reconocimiento del procedimiento abreviado en Chile, no han “americanizado” mayormente el proceso penal alemán ni el chileno. El modelo

del nuevo recurso extraordinario, reemplazante de la actual casación, reprochando la explícita limitación de las atribuciones que el máximo tribunal considera “que por esencia le son propias”. La Corte Suprema a este respecto, se inclinó en su informe lisa y llanamente por mantener el actual recurso de casación —en sus palabras— “como está”. Oficio N° 24-2013, Informe proyecto ley 7-2012, Antecedente: Boletín N° 8197-07. Santiago, 31 de enero de 2013. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=9847%20&prmTIPO=TEXTOSESION>.

tradicional inquisitivo reformado del proceso penal alemán y el modelo mixto chileno, simplemente han introducido un elemento de “descompresión” de los mismos que, si bien resulta en mayor o menor grado ajenos a su estructura, no ha incidido más allá de los (aún) acotados márgenes de su aplicación.

Para corroborar la conclusión anterior, basta con mencionar la ya criticada subsistencia en el derecho alemán, de aquella regla que impone una obligación para el tribunal de averiguar de oficio la verdad, aun en caso de alcanzar las partes un acuerdo. Ella constituye hoy en día un elemento meramente retórico, dirigido a mantener al menos formalmente una estructura interna coherente frente a una realidad distinta. Lo mismo sucede en el caso chileno; si bien la mencionada absolución del imputado en el procedimiento abreviado constituye una posibilidad cierta, de acuerdo con la estructura procedimental ya descrita, el rol pasivo de la defensa, previamente negociado con el fiscal, termina por reducirla a un plano meramente simbólico. La sentencia condenatoria, si bien no formalmente, en la práctica se erige como la consumación de una solicitud del Ministerio Público.

De este modo, podemos sostener que los resguardos buscados por el legislador, a efectos de mantener vigentes ciertos principios estructurales del proceso penal, a pesar del reconocimiento formal de acuerdos tan ajenos a la regulación original, se muestran muchas veces en la práctica como obstáculos burocráticos que no han impedido a los actores arribar a soluciones rápidas y eficientes. La “desformalizada y eficientista” realidad se impone frente al esfuerzo de mantener consistencia a nivel legislativo.

En este sentido, resulta revelador señalar que mediante una encuesta realizada el año 2011 entre diversos jueces alemanes⁵² —ya vigente la reforma legal que consagró expresamente los acuerdos en la StPO— más de la mitad de ellos reconoció que su tribunal conduce acuerdos que se alejan en mayor o menor medida de la legislación vigente. Incluso, las cifras indican que cerca del 60% del total de los *Absprachen* realizados ese año entre los consultados fueron realizados al margen de la regulación vigente, fundamentalmente del § 257 c) StPO, disposición que, al establecer nume-

rosos requisitos formales para el desarrollo y perfeccionamiento de los acuerdos, es percibida por los intervinientes como “*un exceso formalista*”.

El fenómeno descrito muestra más bien una creciente fragmentación del procedimiento penal⁵³, entendida como un proceso de diferenciación interna estructurado en base al pragmatismo, que ha generado casi forzosamente salidas antes vetadas como respuesta a los crecientes problemas que enfrenta la persecución y posterior juzgamiento de conductas criminales.

10. ¿Traducciones o trasplantes?

Finalmente, el análisis propuesto en esta entrega permite constatar la validez de una de las tesis fundamentales enunciadas por Langer ya al comienzo de su trabajo⁵⁴: si bien la influencia del *plea bargaining* estadounidense en los sistemas comparados es innegable, a pesar de ello, la “importación” del *plea bargaining* en las jurisdicciones aquí analizadas no reproduce el modelo estadounidense de proceso penal.

Lo anterior, permite concluir que la incorporación de soluciones negociadas al conflicto penal en los sistemas alemán y chileno, independiente de los motivos que llevaron a ello, presenta diferencias sustanciales respecto del *plea bargaining* estadounidense, incorporando elementos característicos del sistema en el cual éstas se introducen. Ello permite a su vez corroborar la tesis central de Langer⁵⁵, en cuanto descarta la validez de la metáfora del *trasplante* legal, como principal herramienta dirigida a analizar la importación de prácticas legales foráneas⁵⁶. Por el contrario, la flexibilidad del concepto de *traducción* (ya esbozada por Langer⁵⁷), permite entender las características particulares generadas en cada sistema, como consecuencia de la interacción con las prácticas judiciales penales preexistentes, en desmedro de la rigidez que plantea la idea de *trasplante*⁵⁸.

⁵³ La idea, propuesta por Langer M., se encuentra en *op. cit.*, sección 8 y 9.

⁵⁴ Langer, M., *op. cit.*, sección 1.

⁵⁵ Langer, M., *op. cit.*, sección 1.

⁵⁶ Langer, M., *op. cit.*, sección 7.

⁵⁷ Langer, M., *op. cit.*, sección 7.

⁵⁸ Langer, M., *op. cit.*, sección 5.

De este modo, las características propias de la regulación legal y la práctica en los sistemas aquí analizados, impide concluir que se trate en estos casos —como acertadamente sostiene el autor— de un mero “cortar y pegar”, presentando estos elementos idiosincráticos, no reconocidos —o derechamente incompatibles— con el sistema estadounidense.

11. A modo de conclusión: la mirada optimista desde una experiencia exitosa

La experiencia estadounidense, chilena y alemana ha demostrado cómo las soluciones consensuadas no sólo logran salir de la clandestinidad que en sus orígenes las caracterizaba, sino que logran finalmente imponerse como mecanismo recurrente de resolución de conflictos penales. Lo anterior no implica, sin embargo, que el procedimiento ordinario, paradigma de los principios y garantías que orientan el proceso penal moderno, esté condenado a la desaparición.

En este sentido y a modo ejemplar, la experiencia en torno a la supresión y posterior limitación del *plea bargaining* en el Estado de Alaska, entre los años 1975 y 1990 puede dar algunas luces respecto del futuro. Durante dicho lapso de tiempo, la experiencia políticamente impulsada, dirigida a la supresión de los acuerdos tanto de cargos como de sentencia, tuvo un efecto muy distinto del colapso local de la justicia penal por muchos previsto y esperado. La eliminación y posterior reducción del ámbito de aplicación de dicho mecanismo negociado de solución de conflictos penales, permitió mejorar el tiempo de resolución de casos, propiciando igualmente la materialización de sendas reformas legislativas que incidieron en una mayor eficiencia del sistema y una progresiva uniformidad en la aplicación de penas respecto de hechos similares⁵⁹.

Así, más que potenciar y reforzar legislativamente el uso de soluciones consensuadas, la pérdida de relevancia práctica de ciertas instituciones

⁵⁹ Varios autores, “Alaska’s Plea Bargaining Ban Re-evaluated - Alaska Judicial Council”, 1991. Disponible en: www.ajc.state.ak.us/reports/plea91Exec.pdf, p. 7.

paradigmáticas del proceso penal debiese motivar un diagnóstico que permita analizar y resolver los problemas de fondo subyacentes a éste.

El necesario perfeccionamiento y actualización de los procedimientos contradictorios, generará su reposicionamiento como mecanismos idóneos de resolución de conflictos penales, utilizables —sin reparos— frente a cualquier imputación. Lo anterior permitirá controlar de mejor manera la práctica de soluciones negociadas, limitando su aplicación a aquellos casos en los cuales se generen reales beneficios para los involucrados.

Bibliografía

- Altenhain, K., Dietmeier, F. y May, M., *Praxis der Absprachen*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- Beccaria, C., *De los delitos y las penas*, México-DF, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Beling, E. y Bennecke, H., *Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrecht*, Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, 1900.
- Beulke W., *Strafprozessrecht*, 11. Ed., Heidelberg y otros, C.F. Müller, 2010.
- Beulke W., Satzger, H., “Der fehlgeschlagene Deal und seine Prozessualen Folgen — BGHSt 42, 191”, *JuS*, 1997, pp. 1072-1080.
- Braun, S., “Vorschlag für eine Absprachenregelung im Strafverfahren”, *StraFo*, 2001, pp. 77-83.
- Correa, C., “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno —con especial referencia al Derecho alemán—”, *Política Criminal*, 13, 25, 2018, pp. 144-174.
- Correa C. y Reyes, M., *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada — Derecho chileno y comparado—*, Santiago, Ed. Jurídica, 2012.
- Damaska, M., *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Dencker, F. y Hamm, R., *Der Vergleich im Strafprozess*, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1988.
- Duce, M., *La prueba pericial*, Buenos Aires, Editores Didot, 2015.

- Eisenberg, U., *Beweisrecht der StPO*, München, C.H. Beck, 2017.
- Kempf, E., “Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? Oder: Soll informelles formalisiert werden?“, *StV*, 2009, pp. 269-276.
- Langbein, J., “Tortura y plea bargaining”, en Maier, J. y Bovino, A. (coord.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 3-29.
- Langer, M., “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 45, 1, 2004, pp. 1-64.
- Lüderssen, K., “Die Verständigung Im Strafprozeß - Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel“, *StV*, 1990, pp. 415-420.
- Riego, C., “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, *Política Criminal*, 12, 24, 2017, pp. 1085-1105.
- Roxin, C., “La posición jurídica de la fiscalía ayer y hoy”, en Guerrero, Ó (traductor), *Pasado presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pp. 9-38.
- Scheffler, U., *Die überlange Dauer von Strafverfahren Materiellechtliche und prozessuale Rechtsfolgen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.
- Varios autores, “Alaska’s Plea Bargaining Ban Re-evaluated - Alaska Judicial Council”, 1991. Disponible en: www.ajc.state.ak.us/reports/plea91Exec.pdf
- Varios Autores, *SK-StPO: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK*, Editado por: Wolter. Tomos III: §§137 — 197 y V: §§246a — 295 StPO, 5. Ed., Köln, Heymanns, 2016. Citado como: *SK-StPO-Autor de la sección*.
- Vázquez, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- Volk, K., *Grundkurs StPO*, 7ª Ed., München, C.H.Beck, 2010.
- Wehnert, A., “Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachenpraxis in staatsanwaltschaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht“, *StV*, 2002, pp. 219-222.

Quince años después: traducciones legales, globalización del plea bargaining y americanización del proceso penal

Fifteen Years After: Legal Translations, Globalization of Plea Bargaining and Americanization of Criminal Procedure

Máximo Langer*

Recepción: 19/04/19

Aceptación: 22/04/19

Recepción y aceptación final: 22/04/19

Resumen: el texto responde a las observaciones realizadas por Bachmaier, Engländer y Correa Robles al artículo principal de esta discusión.

Palabras clave: reconceptualización, metáfora de la traducción, proceso penal alemán

Abstract: the paper answers the remarks advanced by Bachmaier, Engländer and Correa Robles on Langer's main paper.

Keywords: reconceptualization, metaphor of translation, German criminal procedural law

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Los Ángeles; Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Harvard; Abogado, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: langer@law.ucla.edu

1. Introducción

Quiero comenzar agradeciendo a Antonella Donnes, Hernán Bouvier y la Revista *Discusiones* por dar lugar al intercambio sobre mi artículo originalmente publicado en inglés como “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure” en *Harvard International Law Journal* en el año 2004. Muchas gracias también a Lucas Tassara por haber traducido el artículo del inglés al español. Quiero también agradecer especialmente a los distinguidos Prof. Dra. Lorena Bachmaier, Prof. Dr. Carlos Correa Robles y Prof. Dr. Armin Engländer por haberme hecho el honor de escribir sus importantes y generosas contribuciones sobre mi trabajo en este volumen.

Este es un trabajo especial para mí porque fue el primer artículo que publiqué en inglés y, como tal, fue mi carta de presentación ante la academia legal estadounidense en particular y de habla inglesa más en general. Es una especial satisfacción para mí que el artículo esté ahora siendo publicado por primera vez en español, mi idioma natal y en el que me formé inicialmente como jurista en Argentina¹.

Los quince años que han pasado desde la publicación de este artículo y las contribuciones para este número de los profesores Bachmaier, Correa Robles y Engländer me dan una oportunidad para reflexionar sobre cómo y en qué medida los aportes de este trabajo han resistido el paso del tiempo. Para hacer este análisis, es necesario describir sus principales contribuciones.

¹ El artículo también ha sido traducido al chino por Cheng Lei y publicado como 从法律移植到法律翻译：辩诉交易的全球化和刑事诉讼的美国化, China Procuratorate, Junio 2005; y al portugués por Ricardo Jacobsen Gloeckner y publicado como “Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a Globalização do Plea Bargaining e a Tese da Americanização do Processo Penal”, *Delictae*, 2, 2017. La versión original en inglés también ha sido reproducida en Thaman, S. (comp.), *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 3-80; y en Parisi, F., Ginsburg, T. y Monateri, P.G. (comps.), *Classics in Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

2. Proceso penal, americanización y los sistemas acusatorio e inquisitivo

Una primera aspiración de este trabajo fue incluir al proceso penal como un tema de estudio importante y fértil para el análisis y la literatura sobre americanización y globalización del derecho. El argumento principal del artículo dentro de este espacio es que, si bien la influencia del proceso acusatorio estadounidense en general y del *plea bargaining* estadounidense en particular sobre los procesos penales continentales europeos y latinoamericanos es clara, esta influencia no ha resultado en una americanización en sentido fuerte de estos procesos, sino en una fragmentación de los procesos penales de la tradición continental europea y latinoamericana.

Para decirlo más concretamente, el proceso acusatorio estadounidense tiende a concebir al proceso penal como una disputa entre dos partes frente a un tribunal pasivo, mientras que las jurisdicciones de la tradición continental europea y latinoamericana han tendido a concebir al proceso penal como una investigación oficial única llevada a cabo por funcionarios imparciales. El argumento del artículo es que la influencia estadounidense no ha resultado en la simple adopción y predominio del proceso penal como una disputa en las jurisdicciones de la tradición continental europea y latinoamericana. Por el contrario, esta influencia estadounidense ha contribuido a fragmentar esta tradición en la medida en que algunas de sus jurisdicciones todavía predominantemente conciben el proceso penal como una investigación oficial, mientras que en otras el modelo de la disputa se ha vuelto más relevante en diferentes grados y niveles, y todavía en otras han aparecido otros modelos distintos de los dos mencionados.

Este argumento y análisis han resistido bien el paso del tiempo². En su contribución, Correa Robles expresa su acuerdo con él en su análisis sobre la introducción de mecanismos consensuales en Alemania y Chile³. Pero

² Para usos de este análisis en la literatura, ver, por ejemplo, Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 288.

³ Correa Robles, C., "Mecanismos negociados de resolución de conflictos penales en Chile y Alemania -Una aproximación pragmática", en este volumen de *Discusiones*, sección 9: "El fenómeno descrito muestra ... una creciente fragmentación del proceso penal...". Las contribuciones a este volumen también discuten la tesis de la americanización en sentido débil

más allá de las contribuciones a este número de *Discusiones*, para ilustrar la validez de este argumento uno puede comparar, por ejemplo, los procesos penales de Chile, Colombia, y la provincia de Buenos Aires. Estas tres jurisdicciones seguían modelos procesales penales escritos y el modelo de la investigación oficial antes de la adopción de reformas acusatorias que incluyeron formas consensuales para llegar a una condena como el procedimiento abreviado. Sin embargo, estas tres jurisdicciones no han adoptado en igual medida un modelo de la disputa que parece ser más predominante en Chile que en las otras dos jurisdicciones, y que parece ser más predominante en Colombia, al menos en términos de su Código de Procedimiento Penal, que en la Provincia de Buenos Aires.

Esta fragmentación también puede observarse en Europa si uno compara, por ejemplo, los procesos penales de Alemania e Italia ya que, con la adopción de sus reformas acusatorias, esta última se ha acercado más a un modelo de la disputa que la primera. Entretanto, la práctica de los entendimientos o acuerdos en Alemania ha llevado al avance en esa jurisdicción de un modelo que, como otra contribución del artículo en discusión, identifique y denomine el “modelo del juez-gerente basado en la cooperación”. Bajo este tercer modelo, que discutiré en más detalle más adelante, el rol del tribunal no es ni el de un árbitro pasivo ni el de un investigador activo de la verdad material, sino el dar una respuesta rápida a los casos penales.

que defiendo en el artículo central de esta discusión y que es parte de mi argumento más general sobre la fragmentación de la concepción del proceso penal en la tradición jurídica continental-europea y latinoamericana. Bachmaier está de acuerdo con esta caracterización de americanización en sentido débil al decir que, como “Langer pone de relieve, la importación de fórmulas de consenso en Europa puede calificarse como una americanización ‘débil’”. Véase Bachmaier, L. “La no-americanización del proceso penal continental europeo: Del trasplante a la traducción jurídica en Langer” en este volumen de *Discusiones*. Correa Robles, también parece referirse a ella cuando dice que, “como correctamente se desprende del artículo de Langer, tanto la modificación legal introducida a la StPO hace 10 años, y que consagró formalmente los *Absprachen* en dicho ordenamiento, como el reconocimiento del procedimiento abreviado en Chile, no han ‘americanizado’ mayormente el proceso penal alemán ni el chileno”. Dejo para la sección 6 de este trabajo el análisis de los comentarios de Engländer sobre la tesis de americanización en sentido débil en Alemania.

3. Reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo

Otra contribución del artículo fue articular una nueva conceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo para poder analizar el fenómeno de la influencia del proceso penal estadounidense sobre otros sistemas. Esta nueva conceptualización distingue, en primer lugar, entre las *estructuras de interpretación y sentido* acusatoria e inquisitiva como dos formas de entender cómo investigar, perseguir y juzgar casos penales, y la dimensión de *disposiciones internas* que se refiere a la internalización de distintas concepciones del proceso penal por parte de actores individuales. El trabajo desarrolló estos conceptos para darle un contenido concreto a lo que pueden denominarse las culturas acusatorias e inquisitivas y para explicar cómo pueden reproducirse y cambiar en el tiempo.

También como parte de su nueva conceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo, el trabajo articuló la dimensión de *poderes procesales* como una forma de identificar cómo los poderes y responsabilidades que distintos actores e instituciones del proceso penal tienen en distintos sistemas pueden contribuir a reproducir y cambiar sistemas procesales en el tiempo (identificando, por ejemplo, posibles focos de resistencia a reformas procesales que intentan quitarle poder a ciertos actores o instituciones).

El artículo luego utiliza estas herramientas teóricas para explicar por qué el *plea bargaining* o mecanismos similares fueron transformados o resistidos al ser adoptados en distintas jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas.

Las contribuciones a este número de *Discusiones* no discuten esta reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo. Pero Correa Robles la utiliza en su contribución al mencionar recientes resistencias a ciertos cambios procesales en materia civil propuestos en Chile⁴. Esta reconceptualización también ha sido utilizada por distintos autores para analizar, por ejemplo, reformas procesales penales acusatorias en América

⁴ Correa Robles, C., *op. cit.*, nota 51.

Latina⁵ e Italia⁶; posibles reformas legales o interpretaciones constitucionales en jurisdicciones de la tradición anglosajona inspiradas en la tradición continental-europea⁷; el proceso penal de los tribunales penales internacionales⁸; y la internacionalización de la prueba en materia penal⁹.

4. La metáfora de la traducción legal y la circulación de ideas legales entre sistemas jurídicos

Otra contribución del artículo fue proponer la metáfora de la “traducción legal” como una herramienta heurística para referirse a la circulación de ideas, normas e instituciones legales entre sistemas jurídicos. Para comprender esta contribución es necesario explicar que, dentro de la literatura de derecho comparado, la circulación de ideas, normas e instituciones legales ha sido predominantemente referida como un “trasplante legal”, metáfora que Alan Watson popularizó con su trabajo. El problema de la metáfora del “trasplante legal” es que sugiere que la idea, norma o institución legal original y la trasplantada son esencialmente iguales. Es decir, una planta o un órgano humano que es trasplantado de un ambiente o cuerpo a otro es esencialmente igual, aunque puede cambiar en cierta medida o ser rechazado por el ambiente o cuerpo receptor.

Pero al estudiar las múltiples variaciones de *plea bargaining* y otros mecanismos consensuales que permiten imponer una condena penal alre-

⁵ Ver, por ejemplo, Ciocchini, P., “Reformers’ unfulfilled promises: accountability deficits in Argentinean criminal courts”, *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, pp. 22-42, pág. 27.

⁶ Ver, por ejemplo, Montana, R., “Procedural tradition in the Italian Criminal Justice System: The Semi-adversarial Reform in 1989 and the inquisitorial cultural resistance to adversarial principles”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 20 (4), 2016, pp. 289-304.

⁷ Roach, K., “Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes”, *N.C.J. Int’l L. & Com. Reg.*, 35 (2), 2010, pp. 387-446; Sklansky, D., “Anti-Inquisitorialism”, *Harvard Law Review*, 112, 2009, pp.1634-1704, pág. 1679.

⁸ Jackson, J.D. y Summers, S. J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012, pp. 129-130; Langer, M., “The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53 (4), 2005, pp. 835-909.

⁹ Jackson, J.D. y Summers, S.J., *op. cit.*, pág. 388.

dedor del mundo, noté diferencias muy sustantivas entre ellos, ya sea por decisión de los redactores o usuarios de las regulaciones de estos mecanismos en distintos sistemas jurídicos o por diferencias sustanciales entre sistemas jurídicos. Fue por ello que propuse la metáfora de la “traducción legal” como una herramienta heurística alternativa para describir la circulación de ideas, normas, e instituciones legales entre sistemas jurídicos.

La metáfora sugiere que hay un proceso de traducción y que una institución como el *plea bargaining* puede transformarse sustancialmente al ser traducida a otro sistema jurídico sea por decisiones de los redactores, reformadores o usuarios (es decir, los traductores de la norma, según la metáfora) o por diferencias sustanciales entre el sistema jurídico receptor y el sistema jurídico original que pueden entenderse como dos “lenguajes”.

Esta metáfora encaja especialmente bien con la reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo ya descrita y también propuesta por mi artículo, ya que si estos sistemas son entendidos como dos *estructuras de interpretación y sentido*, la adopción de mecanismos consensuales de sistemas acusatorios a sistemas inquisitivos puede ser entendida como un proceso de traducción de una estructura acusatoria de interpretación y sentido o idioma a una estructura inquisitiva de interpretación y sentido o idioma.

Las contribuciones a este volumen discuten esta metáfora de la traducción en detalle e, interesantemente y sin saberlo los autores al momento de escribir sus artículos, están en un diálogo interesante entre ellos.

Por ejemplo, si bien Bachmaier en su sofisticado e informado análisis de este tema elogia la metáfora de la traducción legal¹⁰, señala que la metáfora del trasplante legal ya connota la posibilidad de cambios sustanciales entre la idea, norma o institución legal original y la trasplantada¹¹. Mientras que Engländer contestándole sin saberlo a Bachmaier, coincide conmigo en este punto al decir que la ventaja de usar la metáfora de la traducción legal es que puede ser conectada con la filosofía del lenguaje y con los fenómenos de transformación, cambio y reinterpretación que yo describo

¹⁰ Bachmaier, dice que “el término elegido por Langer no puede ser más acertado”. Bachmaier, L., *op. cit.*

¹¹ Ver Bachmaier, L., *op. cit.*, nota 14 y texto principal que acompaña dicha nota y comienzo de la sección 6.

en mi artículo¹². Correa Robles agrega que “la flexibilidad del concepto de *traducción* ... permite entender las características particulares generadas en cada sistema, como consecuencia de la interacción con las prácticas judiciales preexistentes...”¹³. Es también importante notar que mientras la metáfora del trasplante es una metáfora botánica o anatómica, la metáfora de la traducción es comunicativa. Esto no es menor ya que el derecho es por definición comunicativo.

A su vez, Engländer señala que la metáfora de la traducción tiene el riesgo de ser malentendida ya que una traducción es considerada ideal cuando el significado original es preservado en la mayor medida posible¹⁴. Mientras que como yo señalo en mi artículo refiriéndome a la literatura sobre estudios de traducción, Bachmaier explica con cita del Diccionario General de la Lengua Española, que el concepto de traducción tiene diversas acepciones que van “desde la más literal (“expresar en un idioma lo dicho o escrito originariamente en otro distinto”) hasta la más amplia (“convertir o transformar una cosa en otra”), pasando por otra intermedia (“explicar o expresar de forma diferente algo que ya se ha expresado de otra forma”)”¹⁵.

Para mí este intercambio entre Bachmaier, Engländer y Correa Robles indica, de por sí, la utilidad de haber propuesto la metáfora de la traducción legal en este contexto. No creo que la metáfora de la traducción no pueda ser criticada o no tenga sus propias limitaciones. El punto importante al proponerla fue resaltar mediante ella las transformaciones a que las ideas, normas e instituciones legales están sujetas cuando circulan entre distintos sistemas jurídicos, sea por decisiones de los redactores e intérpretes del sistema receptor o por diferencias estructurales entre los sistemas jurídicos.

La metáfora y puntos asociados con ella también han sido utilizados o discutidos no solo para analizar reformas procesales penales¹⁶, sino

¹² Engländer, A., “Observaciones a ‘De los trasplantes legales a las traducciones legales..’ de Máximo Langer”, en este volumen de *Dicusiones*, sección 4.

¹³ Correa Robles, C., *op. cit.* sección 10.

¹⁴ Engländer, A., *op. cit.*, sección 4.

¹⁵ Ver Bachmaier, L., *op. cit.*, primer párrafo de la sección 4.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Ciocchini, P., *op. cit.*, p. 32-33, sobre Provincia de Buenos Aires; Hans, V.P., “Trial by Jury: Story of a Legal Transplant”, *Law & Society Review*, 51(3), 2017, pp. 471-499.

también otros fenómenos como la difusión y recepción del concepto de desapariciones forzadas¹⁷, del derecho de asilo¹⁸, del *certiorari* de la Corte Suprema de Estados Unidos¹⁹, de conceptos de derecho constitucional alemán a Corea del Sur²⁰, y del derecho impositivo²¹, para mencionar algunos ejemplos. La metáfora y puntos asociados con ella han sido utilizados no solo por abogados, juristas y sociólogos del derecho, sino también por investigadores de otras disciplinas tales como historiadores²² y políticos de las relaciones internacionales²³.

5. *Plea bargaining* y modelos procesales

Pasando a otro punto, una vez que el artículo expone su reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo y propone la metáfora de la traducción legal, el artículo pasa a explicar por qué el *plea bargaining* puede ser aceptable en una concepción del proceso penal como una disputa entre dos partes. Dentro de esta concepción, si el imputado admite su culpabilidad, ya no hay una disputa entre las partes y el caso puede ser adjudicado sin juicio y en base a esa admisión de culpabilidad. En contraste, en el modelo de la investigación oficial el proceso penal es entendido como una investigación unitaria llevada a cabo por funcionarios públicos imparciales. Dentro de esta concepción, la admisión de culpabilidad del imputado

¹⁷ Dulitzky, A.E., “The Latin-American Flavor of Enforced Disappearances”, *Chicago Journal of International Law* 19 (2), 2019, pp. 423-489.

¹⁸ Ghezelbash, D., *Refuge Law: Asylum Law in an Interdependent World*, Cambridge University Press, 2018, pp. 5-6.

¹⁹ Barrera, L., “Gatekeeping: Documents, Legal Knowledge, and Judicial Authority in Contemporary Argentina”, *PoLAR*, 41 (1), 2018, pp. 90-107.

²⁰ Mosler, H.B., “Decoding the ‘Free Democratic Basic Order’ for the Unification of Korea”, *Korea Journal*, 57 (2), 2017, pp. 5-34.

²¹ Infanti, A.C., *Our Selfish Tax Law: Toward Tax Reform that Mirrors Our Better Selves*, Cambridge: Ma, The MIT Press, 2018, pp. 33-34.

²² Ver, por ejemplo, Dueñas, A., “Indian Colonial Actors in the Lawmaking of the Spanish Empire in Peru”, *Ethnohistory*, 65 (1), 2018, pp. 51-73.

²³ Ver, por ejemplo, Brake, B. y Katzenstein, P.J., “Lost in Translation? Nonstate Actors and the Transnational Movement of Procedural Law”, *International Organization*, 67 (4), 2013, pp. 725-757.

puede ayudar a los funcionarios públicos imparciales a determinar la verdad material, pero la admisión de culpabilidad formal del imputado no puede disponer del proceso²⁴.

Este análisis puede contribuir a explicar por qué mientras las jurisdicciones anglosajonas han utilizado mecanismos consensuales para llegar a condenas penales desde hace mucho tiempo, las jurisdicciones de la tradición continental europea y latinoamericana no adoptaron dichos mecanismos -al menos respecto de delitos de cierta gravedad- hasta décadas recientes. Pero esto no significa, como señala Correa Robles en su contribución²⁵, que las jurisdicciones de tradición continental-europea y latinoamericana en donde todavía prevalece el sistema de la investigación oficial no puedan adoptar e incorporar estos mecanismos²⁶. Ello es así por múltiples motivos.

En primer lugar, además de posibles influencias del proceso penal estadounidense, hay muchos otros posibles factores que pueden contribuir a explicar la adopción de mecanismos consensuales por distintas jurisdicciones, incluyendo jurisdicciones no anglosajonas, tales como la cantidad de casos que ingresan al sistema penal, la complejidad de ciertos casos, la protección de la víctima, la reducción del trabajo de jueces, fiscales y defensores, y otros factores o elementos²⁷.

En segundo lugar, en ninguna jurisdicción prevalece de modo absoluto el modelo de la disputa o el modelo de la investigación. Toda jurisdicción es un híbrido y existen muchos híbridos diferentes. Con lo cual, aun las jurisdicciones en donde predomina el modelo de la investigación oficial han encontrado distintas maneras de incorporar mecanismos consensuales. Pero en la medida que estos mecanismos reflejan el modelo de la disputa, su adopción por parte de jurisdicciones en donde ha predominado

²⁴ Langer, M., “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona”, en Maier, J. y Bovino, A. (comps.), *Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2001, p. 97-133; también publicado en Hendler, E.S. (comp.), *Las Garantías Penales y Procesales Penales. Enfoque Histórico-Comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 239.

²⁵ Correa Robles, C., *op. cit.*, sección 8.

²⁶ Ver Correa Robles, *op. cit.*, sección 8.

²⁷ Langer, M., “Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annual Review of Criminology*, 3, 2020, en prensa.

el modelo de la investigación oficial puede llevar a transformaciones en estas jurisdicciones como las que documenta el artículo que es objeto de este simposio.

6. Los casos de estudio, dos puntos sobre Alemania y el modelo del juez-gerente basado en la cooperación

Una vez articulado su marco conceptual y teórico, el artículo objeto de este simposio analiza cuatro casos de estudio: la adopción de distintos mecanismos consensuales de resolución de casos penales por parte de Alemania, Argentina, Francia e Italia. El artículo examina las diferencias entre estos mecanismos consensuales y el *plea bargaining* estadounidense y entre estos mecanismos conceptuales entre sí, así como el impacto que la adopción de estos mecanismos ha tenido y puede tener en el futuro sobre la concepción del proceso penal predominante en cada una de estas jurisdicciones.

Las contribuciones a este simposio no discuten, al menos mayormente, los casos de estudio argentino, francés e italiano²⁸. Pero las contribuciones de Correa Robles y Engländer discuten el caso de estudio alemán. Querría entonces analizar aquí dos puntos que Engländer plantea en su contribución sobre este caso, uno crítico, otro positivo.

El primer punto es que Engländer cuestiona el uso del caso alemán como un ejemplo de americanización débil porque, como el artículo objeto de este simposio menciona expresamente, en el caso alemán la práctica parece haber surgido en los 1970s como una respuesta a necesidades concretas de dar respuesta al aumento de casos y a la complejidad de ciertos

²⁸ Otros trabajos han hecho uso de o se han referido al análisis de otros casos de estudio del artículo. Ver, por ejemplo, Colao, F., “Per una storia del processo penale ‘all’Italiana. ‘Astratte Modellistiche’ e ‘Abitudini Profondamente Radicate’”, en Meccarelli, M. y Solla Sastre, M.J. (comps.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 241-278, pág. 263; Vriend, K., *Avoiding a Full Criminal Trial*, Springer, 2016, pág. 4; Quattrococo, S., “Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law”, en Quattrococo, S. y Ruggieri, S. (comps.), *Personal Participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019, pp. 449-509, nota 87.

casos antes que como producto de profundas influencias culturales del sistema estadounidense. Engländer encuentra esta afirmación contradictoria con el propio concepto de traducción legal ya que, si la práctica posiblemente no surgió de influencias directas del sistema estadounidense, ¿cómo puede ser calificada como una traducción de ese sistema²⁹?

El problema con esta crítica de Engländer es que asume una visión empobrecedora, simplista y reduccionista de los conceptos y fenómenos de influencia, americanización y traducción legal. En primer lugar, estos conceptos no implican que para que una cierta reforma sea un ejemplo de influencia estadounidense o de cualquier otro sistema, esta influencia sea la única causa o la causa principal que ha llevado a la adopción de una reforma. Por ejemplo, puede que causas como el aumento en el número de casos o la complejidad de los casos que ingresan al sistema penal abran lo que John Kingdon llama “ventanas de oportunidad para políticas públicas”, es decir, situaciones en las que se abre una oportunidad para proponer e introducir reformas. Y que una vez que se abren estas ventanas de oportunidad, la influencia de un sistema o la creencia en una cierta reforma pueda ser utilizada para realizar una propuesta y aprovechar esta ventana de oportunidad. Por ejemplo, la transición a la democracia y la percepción de que la comisión de delitos había aumentado abrió ventanas de oportunidad para reformas a la administración de justicia penal en América Latina desde los 1990s y un grupo de reformadores aprovechó esas ventanas de oportunidad para proponer reformas acusatorias que incluyeron el procedimiento abreviado como posible respuesta a esos problemas³⁰.

En segundo lugar, los fenómenos de influencia y traducción legal incluyen no solo escenarios en los que un texto legal foráneo es usado como base para redactar un texto legal en el sistema receptor como parece

²⁹ Engländer, A., *op. cit.*, sección 3.

³⁰ Langer, M., “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *CEJA*, 2008; republicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*.-Número Extraordinario. El Proceso Penal Adversarial, 2, 2009, pág. 53; en *Revista Derecho Penal Mínimo*, 4, 2010, pág. 23; y en Kostenwein, E. (comp.), *Sociología de la Justicia Penal*, Ediar, 2017. Este artículo fue originalmente publicado en inglés como “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law* 55, 2007, pág. 617.

asumir Engländer, sino que también incluye otros escenarios en los que la influencia legal de otro sistema puede ocurrir mediante otros canales. Por ejemplo, los redactores de reformas en un sistema pueden inspirarse en ideas, normas e instituciones legales de otro sistema sin tomar ningún texto particular de ese otro sistema, sino basándose en descripciones más generales de esa idea, norma o institución incluidas en descripciones doctrinarias locales o extranjeras. O, por ejemplo, cuando abogados de un país estudian en el exterior pueden ser influenciados por el sistema al que han ido a estudiar y pueden intentar adaptar ideas de ese sistema a su sistema nacional una vez que retornan a su país de origen sin necesariamente utilizar ningún texto o regulación particular de ese sistema como modelo. O, por ejemplo, la influencia de un sistema puede ocurrir mediante canales no jurídicos, como representaciones de un cierto sistema legal en series de televisión, películas, libros y otros artefactos culturales.

Sería entonces empobrecedor, simplista y reduccionista limitar los casos de influencia solo a situaciones en donde un texto legal extranjero es utilizado como base para una reforma en otra jurisdicción. En el caso alemán, hay elementos que indican que quienes introdujeron los entendimientos o acuerdos no se basaron en regulaciones legales estadounidenses del *plea bargaining*, entre otros motivos porque los jueces, abogados y fiscales alemanes inicialmente introdujeron la práctica informalmente y en secreto, y no mediante un texto legal. Pero dado que la práctica fue introducida en secreto, no ha sido posible saber si hubo otros canales de influencia estadounidense cuando la práctica fue introducida, presumiblemente en los años 70. Lo que sí es claro es que desde el primer momento que la existencia de la práctica se hizo pública, el *plea bargaining* estadounidense ha estado presente como una referencia en la materia. De hecho, como explico en el artículo objeto de este simposio, el abogado que hizo pública por primera vez la existencia de la práctica de los acuerdos en 1982 utilizó el seudónimo “Deal” en clara referencia al término en inglés para “acuerdo”³¹. Y ya desde los años 80 en adelante, distintos doctrinarios ale-

³¹ Detlef Deal, “Der strafprozessuale Vergleich”, *StV*, 2, 1982, pág. 545.

manes realizaron múltiples referencias al *plea bargaining* estadounidense y a la doctrina y jurisprudencia estadounidense sobre el tema³².

Finalmente, es también importante notar que el análisis comparado basado en la reconceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo y la herramienta heurística de la traducción legal ofrecidas en el artículo objeto de este simposio pueden ser utilizados fructíferamente aun en casos en los que no hay influencias directas entre dos sistemas jurídicos. Por ejemplo, incluso si la práctica alemana no hubiera tenido ninguna de las influencias estadounidenses mencionadas en el párrafo anterior, uno podría utilizar los conceptos de *estructuras de interpretación y sentido*, *disposiciones internas* y la dimensión de *poderes procesales* para explicar las diferencias entre los mecanismos consensuales de resolución de casos adoptados en Alemania y en Estados Unidos, y asumir que Alemania ha traducido a su propio sistema procesal de producción de sentido esta ten-

³² Ver, por ejemplo, Hassemer, R. y Hipper, G., “Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens”, *StV*, 8, 1986, pág. 360; Hanack, E.-W., “Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?”, *StV*, 11, 1987, pág. 500-501; Cramer, P., “Absprachen im Strafprozeß”, *Festschrift für Kurt Rebmann*, C.H. Beck’sche, 1989, pág. 145, 153-159 (comparando la confesión en Alemania con el guilty plea estadounidense y mencionando el reconocimiento del plea bargaining por la Corte Suprema de Estados Unidos); Lüdemann, C. y Bußmann, K.-D., “Diversionchancen der Mächtigen? Eine empirische Studie über Absprachen im Strafprozeß”, *Kriminologisches Journal* 21, 1989, pág. 54, (citando trabajos de Malcolm Feeley y Milton Heumann); Schünemann, B., *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*. Gutachten B. zum 58. Juristentag, C.H. Beck, 1990 (ver, por ejemplo, pág. 11, señalando las importantes líneas de conexión con el procedimiento estadounidense); Weigend, T., *Absprachen in ausländischen Strafverfahren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, 1990; Schünemann, B., “¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, Silvina Bacigalupo trad., 1998, pág. 417; Siolek, W., *Verständigung in der Hauptverhandlung*, Nomos, 1993, pp. 227-232; Stuckenberg, C.-F., “§ 257c”, en Volker, E. et al (comps.), *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 6, 26 ed., De Gruyter, 2013, pág. 53 (incluyendo literatura estadounidense sobre el plea bargaining y realizando comparaciones con Estados Unidos); Stuckenberg, C.F., “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, *ZIS* 4, 2013, pág. 218. También ha habido referencias al plea bargaining y al proceso penal estadounidense en casos penales. Ver, por ejemplo, Bundesgerichtshof, Urt. v. 28.08.1997, Az.: 4 StR 240/97, II. a). aa), disponible en https://www.jurion.de/urteile/bgh/1997-08-28/4-str-240_97/.

dencia global hacia la adopción de mecanismos consensuales originada (al menos parcialmente) en los Estados Unidos, sin conciencia de su origen. Para el comparativista, sería de cualquier modo relevante analizar las diferencias de regulación entre mecanismos consensuales en diferentes jurisdicciones, explicar las razones y la relevancia de estas diferencias, y dar cuenta de procesos globales de difusión de ideas, normas e instituciones legales y de sus orígenes.

El segundo punto que Engländer analiza respecto del caso alemán se refiere al *modelo del juez-gerente basado en la cooperación* que, como ya expliqué, también articulé como otra contribución independiente en el trabajo objeto de este simposio. Mi argumento en este sentido fue que la práctica de los acuerdos coloca al proceso penal alemán en una encrucijada o tensión entre dos modelos procesales. Por un lado, si los acuerdos son utilizados por el tribunal para investigar lo ocurrido, los acuerdos pueden ser compatibles con el sistema inquisitivo o modelo de la investigación oficial alemán en la medida en que, bajo ellos, el tribunal todavía sería un investigador activo de la verdad material. Pero si los acuerdos son en cambio utilizados para dar una respuesta rápida a los casos penales en desmedro de asegurar la correspondencia entre las condenas penales y la verdad material de lo ocurrido, los acuerdos estarían moviendo al proceso penal alemán en la dirección del *modelo del juez-gerente basado en la cooperación*.

En su contribución para este número de *Discusiones*, Engländer utiliza esta oposición entre estos dos modelos para argumentar que mientras que en la regulación legislativa, el Tribunal Constitucional alemán y decisiones del Tribunal Supremo Federal alemán requieren que el tribunal respete su deber de establecer la verdad material de lo ocurrido aun cuando los casos son resueltos mediante acuerdos, la práctica de los tribunales y la propia concepción de su rol por parte de los jueces alemanes sugieren que un buen número de estos tribunales y jueces enfatizan en cambio dar una rápida resolución a los casos en consonancia con el *modelo del juez-gerente basado en la cooperación*³³. El hecho de que Engländer considere que este modelo es útil para analizar prácticas actuales en el proceso penal alemán es una

³³ Engländer, A., *op. cit.*, sección 2 y primer párrafo de la sección 3.

indicación de la vigencia también de esta herramienta teórica y análisis que realicé en su momento.

Esta herramienta teórica que desarrollé en más detalle en mi trabajo posterior³⁴, también ha sido utilizada para, por ejemplo, comparar y discutir el rol del juez en *plea bargaining* y otros mecanismos consensuales en Alemania, Connecticut y Florida³⁵, y para analizar el procedimiento penal de, entre otras jurisdicciones, los tribunales penales internacionales³⁶ y de Inglaterra³⁷.

7. Conclusión

Este artículo ha discutido las principales contribuciones y la actualidad del trabajo que ha sido objeto de este número de *Discusiones*. *Plea bargaining* y otros mecanismos consensuales se han diseminado por distintas jurisdicciones del globo que antes no contaban con dichos mecanismos. En muchas jurisdicciones, esta difusión ha sido influenciada por el *plea bargaining* estadounidense y ha venido de la mano de un avance del modelo de la disputa que predomina como concepción del proceso penal en Estados Unidos.

Pero esta tendencia no ha resultado en una copia o adopción literal del *plea bargaining* estadounidense o en el predominio del modelo de la disputa como concepción del proceso penal en las jurisdicciones continentales europeas y latinoamericanas. Ello es así, entre otras razones, porque el *plea bargaining* ha sido transformado al ser adoptado por estas jurisdiccio-

³⁴ En mi trabajo posterior, desarrollé en detalle este modelo y me referí a él como “managerial judging”, tomando la expresión popularizada por Judith Resnik, aunque desarrollando este modelo de un modo sustancialmente diferente a como Resnik lo había conceptualizado. Ver Langer, M., “The Rise of Managerial Judging”, *op. cit.*

³⁵ Turner, J., “Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View”, *American Journal of Comparative Law*, 54 (1), 2006, pp. 199-267.

³⁶ Combs, N.A., “Legitimizing International Criminal Justice: The Importance of Process Control”, *Michigan Journal of International Law*, 33 (2), 2012, pp. 321-381; Jackson, J.D. y Summers, S. J., *op. cit.*, pág. 124-131; Langer, M., “The Rise of Managerial Judging”, *op. cit.*; Vasiliev, S., *International criminal trials: a normative theory*, University of Amsterdam, 2014.

³⁷ McEwan, J., “From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition”, *Legal Studies*, 31 (4), 2011, pp. 519-546.

nes ya sea por decisiones de los reformadores que redactaron y adoptaron los mecanismos consensuales, por sus usuarios, o por diferencias entre el sistema legal estadounidense y los sistemas continentales europeos y latinoamericanos.

En lugar de producir una americanización en sentido fuerte, la influencia del *plea bargaining* estadounidense y del proceso penal estadounidense más en general ha contribuido a una fragmentación de la tradición continental europea y latinoamericana. Hasta hace poco, las jurisdicciones de esta tradición predominantemente concebían el proceso penal como una investigación oficial única llevada a cabo por funcionarios públicos imparciales. Esta concepción todavía predomina en un buen número de estas jurisdicciones, pero en otras jurisdicciones otras concepciones del proceso penal, tales como el modelo de la disputa y el modelo del juez-gerente basado en la cooperación, han avanzado en distintos grados.

Hay muchos otros posibles temas para analizar sobre la difusión del *plea bargaining* y otros mecanismos consensuales de resolución de casos penales³⁸. Pero los temas discutidos en el artículo objeto de este volumen tales como la globalización del derecho, la tesis de la americanización, los fenómenos de influencia, difusión y traducción, la interpretación jurídica, los fenómenos de permanencia y cambio en la administración de justicia, y distintas concepciones del proceso penal son importantes. Las distintas contribuciones de “De los trasplantes legales a las traducciones legales...” mantienen su actualidad para analizarlos respecto no solo del *plea bargaining* y otros mecanismos consensuales, sino también de otros fenómenos relacionados con el proceso penal y otros campos del derecho.

³⁸ Yo mismo he analizado otros aspectos de este fenómeno. Ver Langer, M., “Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *op. cit.*; y Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Justice* 33, 2006, pág. 223.

Bibliografía

- Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Bachmaier, L. “La no-americanización del proceso penal continental europeo: Del trasplante a la traducción jurídica en Langer” en este volumen de *Discusiones*.
- Barrera, L., “Gatekeeping: Documents, Legal Knowledge, and Judicial Authority in Contemporary Argentina”, *PoLAR*, 41 (1), 2018, pp. 90-107.
- Brake, B. y Katzenstein, P.J., “Lost in Translation? Nonstate Actors and the Transnational Movement of Procedural Law”, *International Organization*, 67 (4), 2013, pp. 725-757.
- Ciocchini, P., “Reformers’ unfulfilled promises: accountability deficits in Argentinean criminal courts”, *International Journal of Law in Context*, 14 (1), 2018, pp. 22-42.
- Colao, F., “Per una storia del processo penale ‘all’Italiana’. ‘Astratte Modellistiche’ e ‘Abitudini Profondamente Radicate’”, en Meccarelli, M. y Solla Sastre, M.J. (comps.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries*, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 241-278.
- Combs, N.A., “Legitimizing International Criminal Justice: The Importance of Process Control”, *Michigan Journal of International Law*, 33 (2), 2012, pp. 321-381.
- Correa Robles, C., “Mecanismos negociados de resolución de conflictos penales en Chile y Alemania -Una aproximación pragmática”, en este volumen de *Discusiones*.
- Cramer, P., “Absprachen im Strafprozess”, *Festschrift für Kurt Rebmann*, C.H. Beck’sche, 1989, pág. 145.
- Detlef Deal, “Der strafprozessuale Vergleich”, *StV*, 2, 1982, pág. 545.
- Dueñas, A., “Indian Colonial Actors in the Lawmaking of the Spanish Empire in Peru”, *Etnohistory*, 65 (1), 2018, pp. 51-73.
- Dulitzky, A.E., “The Latin-American Flavor of Enforced Disappearances”, *Chicago Journal of International Law* 19 (2), 2019, pp. 423-489.
- Engländer, A., “Observaciones a ‘De los trasplantes legales a las traducciones legales..’ de Máximo Langer”, en este volumen de *Dicusiones*.

- Ghezelbash, D., *Refuge Law: Asylum Law in an Interdependent World*, Cambridge University Press, 2018.
- Hanack, E.-W., “Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?”, *StV*, 11, 1987, pág. 500.
- Hans, V.P., “Trial by Jury: Story of a Legal Transplant”, *Law & Society Review*, 51(3), 2017, pp. 471-499.
- Hassemer, R. y Hipper, G., “Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens”, *StV*, 8, 1986, pág. 360.
- Infanti, A.C., *Our Selfish Tax Law: Toward Tax Reform that Mirrors Our Better Selves*, Cambridge:Ma, The MIT Press, 2018.
- Jackson, J.D. y Summers, S. J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, 2012.
- Langer, M., “La Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo y la Importación de Mecanismos Procesales de la Tradición Jurídica Anglo-Sajona”, en Maier, J. y Bovino, A. (comps.), *Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2001, p. 97-133.
- Langer, M., “Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annual Review of Criminology*, 3, 2020, en prensa.
- Langer, M., “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Justice* 33, 2006, pág. 223.
- Langer, M., “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia”, *CEJA*, 2008.
- Langer, M., “The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53 (4), 2005, pp. 835-909.
- Lüdemann, C. y Bußmannm, K.-D., “Diversionchancen der Mächtigen? Eine empirische Studie über Absprachen im Strafprozeß”, *Kriminologisches Journal* 21, 1989, pág. 54.
- McEwan, J., “From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition”, *Legal Studies*, 31 (4), 2011, pp. 519-546.
- Montana, R., “Procedural tradition in the Italian Criminal Justice System: The Semi-adversarial Reform in 1989 and the inquisitorial cultural resistance to adversarial principles”, *The International Journal of Evidence & Proof*, 20 (4), 2016, pp. 289-304.

- Mosler, H.B., “Decoding the ‘Free Democratic Basic Order’ for the Unification of Korea”, *Korea Journal*, 57 (2), 2017, pp. 5-34.
- Quattrococo, S., “Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences Within the Framework of the European Law”, en Quattrococo, S. y Ruggieri, S. (comps.), *Personal Participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019, pp. 449-509.
- Roach, K., “Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes”, *N.C.J. Int’l L. & Com. Reg.*, 35 (2), 2010, pp. 387-446.
- Schünemann, B., “¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8, Silvina Bacigalupo trad., 1998, pág. 417.
- Schünemann, B., *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Gutachten B. zum 58 Juristentag*, C.H. Beck, 1990.
- Siolek, W., *Verständigung in der Hauptverhandlung*, Nomos, 1993, pp. 227-232.
- Sklansky, D., “Anti-Inquisitorialism”, *Harvard Law Review*, 112, 2009, pp.1634-1704.
- Stuckenberg, C.-F., “§ 257c”, en Volker, E. et al (comps.), *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 6, 26 ed., De Gruyter, 2013, pág. 53.
- Stuckenberg, C.F., “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, *ZIS*, 4, 2013, pág. 218.
- Turner, J., “Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View”, *American Journal of Comparative Law*, 54 (1), 2006, pp. 199-267.
- Vasiliev, S., *International criminal trials: a normative theory*, University of Amsterdam, 2014.
- Vriend, K., *Avoiding a Full Criminal Trial*, Springer, 2016.
- Weigend, T., *Absprachen in ausländischen Strafverfahren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, 1990.

Sección II

Discusiones: Cortes

La protección de la privacidad en la jurisprudencia chilena reciente

The Protection of Privacy in Recent Chilean Judicial Rulings

Rodrigo P. Correa G.*

Recepción: 05/07/2018

Evaluación: 31/07/2018

Aceptación final: 08/08/2018

Resumen: el trabajo da cuenta críticamente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Chile sobre privacidad. Identifica los criterios utilizados para calificar como privada una comunicación establecida en Internet, sea mediante programas para compartir archivos en una red de usuarios (P2P) o mediante correo electrónico. Discute los niveles de protección otorgados al hogar, a los espacios privados abiertos, tales como jardines y terrazas y a los espacios públicos, frente al registro de imágenes realizado por el Estado con fines de seguridad pública. Finalmente, analiza la jurisprudencia sobre protección de la privacidad frente a particulares, sean periodistas interesados en registrar conversaciones privadas para generar noticias, trabajadores interesados en registrar conversaciones con sus empleadores para utilizarlas como evidencia en juicio, o empleadores interesados en registrar documentos privados de sus trabajadores para pesquisar actos desleales con la empresa.

Palabras clave: privacidad, comunicaciones, registro.

* Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: rodrigo.correa@uai.cl Agradezco a Juan Pablo Aristegui Spikin, a Nicolás Sanhueza Toro y a un evaluador anónimo, quienes leyeron un borrador del texto y advirtieron numerosos errores.

Abstract: The text offers a critical account of Chilean Constitutional Court and Supreme Court's rulings on privacy. It identifies the criteria used to qualify as private an internet-based communication established in order to share files through programs in a users' network (P2P) or through electronic mail. It discusses the levels of protection granted to houses, private open spaces such as gardens and terraces, and public spaces against the registration of images made by the State for public security purposes. Finally, it analyzes legal precedents regarding privacy protection against individuals, such as specialized journalists interested in the registration of private conversations with the aim of producing news, or employees interested in registering conversations with their employers in order to use them as evidence in court, or employers interested in registering private documents of their employees to investigate presumable disloyal acts.

Key words: privacy, communications, registration.

Introducción

La jurisprudencia sobre privacidad en Chile tiene su apoyo en las siguientes disposiciones constitucionales¹:

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

...

4º.- El respeto y protección a la vida privada...

5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley...

La disposición del numeral quinto constituye un desarrollo de las inviolabilidades del hogar, de la correspondencia epistolar y telegráfica, de las comunicaciones telefónicas y de los papeles o efectos públicos, reconoci-

¹ Toda la jurisprudencia citada está públicamente disponible en Internet y se la puede encontrar con el número de rol. La del Tribunal Constitucional está disponible en www.tribunalconstitucional.cl. La de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones está disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>.

das en los numerales 12 y 13 del artículo 10 de la Constitución de 1925² y con diversos antecedentes en el derecho comparado. La disposición del numeral cuarto constituye una innovación introducida por primera vez en el Acta Constitucional N° 3 de 1976³. Son dos en consecuencia las direcciones en que la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (en adelante, la “Constitución”⁴) amplía la protección de la privacidad respecto de la Constitución de 1925: por una parte, expande el ámbito de protección frente al Estado; por otra parte, introduce un mandato de protección estatal que ciertamente comprende el deber de tutelar la privacidad también frente a su vulneración por particulares. Lo primero es resultado de la sustitución de la frase “correspondencia epistolar y telegráfica y... comunicaciones telefónicas” por la genérica “comunicaciones privadas”; la sustitución de “papeles o efectos públicos” por “documentos privados” y, finalmente, la incorporación de una obligación de respeto de la “vida privada”. Lo segundo es consecuencia de la explícita introducción de un mandato de “protección a la vida privada” en el numeral cuarto transcrito.

Junto con ampliar la protección de la privacidad, la Constitución de 1980 aumentó la indeterminación del ámbito protegido. Ello se debe a que las categorías más amplias a las que recurre tienen contornos menos pre-

² Las disposiciones citadas eran del siguiente tenor: Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República: ... 12° La inviolabilidad del hogar. La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente; 13° La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley... La protección de las comunicaciones telefónicas fue incorporada por ley de reforma constitucional N° 17.398, de 9 de enero de 1971.

³ Artículo primero, numeral décimo. La Constitución de 1980, vigente desde el 11 de marzo de 1981, introdujo dos cambios a esta regulación. Por una parte, incorporó una garantía de respeto y protección a la vida pública. Por otra parte, estableció un mandato de incriminación del delito de difamación. Ambos cambios fueron derogados por la ley de reforma constitucional 20050, de 26 de agosto de 2005, que restableció el texto del Acta Constitucional N° 3.

⁴ La Constitución ha sido reformada por 39 leyes desde su promulgación. Las disposiciones constitucionales pertinentes para el presente trabajo fueron modificadas por última vez por ley de reforma constitucional 20.050, de 26 de agosto de 2005. Salvo que se indique lo contrario, todas las referencias a la Constitución Política se hacen al texto modificado por la citada ley.

cisos que las anteriores. La determinación de qué cuenta como una comunicación epistolar, telegráfica o telefónica, bajo la Constitución de 1925, no estaba sujeta a la dificultad que plantea el texto actualmente vigente de establecer cuándo una comunicación debe entenderse privada o qué circunstancias deben estimarse ser parte de la “vida privada”. A esta indeterminación, que es consustancial a la técnica utilizada, se suma aquella que resulta de los cambios en las formas de interacción social que ha favorecido el desarrollo tecnológico⁵. Esta indeterminación de doble fuente ofrece un campo amplio para el desarrollo legal y jurisprudencial.

El objeto del presente trabajo es dar cuenta de la manera en que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, mediante algunas sentencias recientes, han intentado trazar criterios interpretativos en el ámbito de la protección de la privacidad⁶. En la primera sección se reportará alguna jurisprudencia relativa a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas por parte del Estado (1). En la segunda, se reseñará una sentencia relativa a la protección de espacios privados frente a intromisiones estatales (2). La tercera sección, ya en el ámbito del mandato de protección de la vida privada frente a particulares, examinará sentencias que contribuyen a delimitar el significado de “vida privada” y “comunicaciones privadas” en relación con dicho mandato (3).

1.

La Constitución Política de la República de Chile asegura la “inviolabilidad... de toda forma de comunicación privada”, las que sólo pueden “inter-

⁵ El alcance o extensión del mandato de “protección a la vida privada” constituye una tercera fuente de indeterminación que, sin embargo, no parece haber dado hasta ahora problemas a la jurisprudencia chilena. Esto probablemente se debe a que los tribunales chilenos rutinariamente admiten que la acción de amparo de derechos constitucionales—recurso de protección—puede dirigirse contra particulares. En consecuencia, cualquier déficit de protección legal de la vida privada, no se traduce en una demanda contra el Estado por falta de protección, sino en una demanda de protección ad hoc por parte de los tribunales.

⁶ No se trata de un reporte exhaustivo de la jurisprudencia. El volumen de causas que resuelve la Corte Suprema es tal que semejante reporte exigiría de una investigación de una envergadura muy superior a la que dio lugar el presente trabajo.

ceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. Un primer problema dice relación con la calificación de una comunicación como privada. La jurisprudencia ha oscilado entre dos criterios de calificación: las condiciones pragmáticas del acto de comunicación y la presencia o ausencia de interés público en el contenido de la comunicación. El primer criterio, aunque aplicado en forma contradictoria, ha sido preferido cuando la afectación a la privacidad proviene del Estado. Cuando la afectación proviene de particulares, la jurisprudencia más reciente tiende a favorecer el criterio de interés público (véase sección 3 *infra*).

Ejemplo del criterio que atiende a las condiciones pragmáticas de la comunicación es lo resuelto por la Corte Suprema en sentencia de 18 de agosto de 2009 (rol 3557–2009). Dos personas fueron condenadas como autoras del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil⁷. Los condenados recurrieron a la Corte Suprema reclamando infracción sustancial de la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas durante la etapa de investigación⁸. Según declaraciones de la policía que fueron tenidas por buenas por la Corte, la investigación se realiza con asistencia de un sistema informático denominado HASH. La policía no solicita autorización judicial para utilizar el sistema, pues asume que este no afecta garantía constitucional alguna. El sistema consta de dos subsistemas. El primero es una base de datos de archivos electrónicos de pornografía infantil. El segundo es un algoritmo que analiza el tráfico en la red Internet mediante programas para compartir archivos en una red de usuarios (“*peer to peer*” o P2P) y detecta cuando un usuario está descargando un archivo que coincide con alguno de los que se encuentran en la base de datos. Cuando ello ocurre, el sistema reporta el número de protocolo internet

⁷ El artículo 374 bis del Código Penal dispone: “El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

⁸ El artículo 373(a) del Código Procesal Penal dispone: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia... Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...” Por disposición del artículo 376 inciso primero del mismo Código, conoce del recurso de nulidad la Corte Suprema.

(IP) del usuario que ha descargado el archivo, así como la fecha y hora de la descarga. Todo este proceso es automatizado. La policía no examina las descargas que hace el usuario ni dirige el sistema hacia un usuario en particular, sino que simplemente toma medidas investigativas adicionales cuando el sistema emite un reporte positivo. En ese momento, luego de identificar a qué prestador de servicio de Internet pertenece el número de protocolo internet reportado por el sistema, solicita a dicho prestador identificar al titular del contrato de prestación de servicio. Con el reporte del sistema HASH y la identidad del titular del contrato, la fiscalía solicita una orden de entrada, registro e incautación. En la investigación que dio lugar a la condena en el caso que se comenta, la policía encontró archivos de pornografía infantil en los computadores incautados.

El recurso de nulidad se fundaba en el carácter privado de la comunicación establecida mediante el programa P2P *emule*. Tratándose de una comunicación privada, protegida por la garantía constitucional de la inviolabilidad, la policía solo podía interceptar la comunicación “en los casos y formas determinados por la ley”. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal, dicha interceptación requería autorización judicial previa⁹. La Corte desestimó estas alegaciones. Tuvo para ello presente las siguientes condiciones en que se producía la comunicación que permitía descargar los archivos: (1) que la red Internet, en que se realizó la comunicación, es de acceso público; (2) que el programa utilizado para establecer la comunicación (*emule* o *emule plus*) es de libre disposición y, (3) que la comunicación se establece anónimamente entre múltiples usuarios, sin que haya destinatarios “prefijados”. Aunque la sentencia no es todo lo clara que uno quisiera, pareciera que la concurrencia conjunta de estos tres elementos es lo que configura “un mercado abierto para obtener... información pornográfica infantil” (considerando 19). Por esta razón negó que la comunicación tuviera carácter privado. Resulta de interés contrastar esta conclusión con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia que se comenta a continuación.

⁹ El artículo 9 del Código Procesal Penal dispone: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.

La Constitución ha establecido la publicidad de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (artículo 8, inciso primero). Evidentemente esta publicidad puede afectar la privacidad de los particulares. Es por ello que la misma Constitución permite que la ley establezca la reserva o secreto, *inter alia*, cuando la publicidad afecte los derechos de las personas¹⁰.

La ley 20285, sobre acceso a la información pública (en adelante, “Ley de Acceso a la Información”) desarrolla estos principios constitucionales. Ella autoriza a cualquier persona a requerir del Estado cualquier información que no esté sujeta a secreto o reserva. Frente a tal requerimiento, la privacidad de terceros está protegida tanto material como procedimentalmente. Materialmente, está sujeta a reserva o secreto la información cuya “publicidad, comunicación o conocimiento afecte... la esfera de... [la] vida privada” de las personas (Ley de Acceso a la Información, artículo 21 N° 2). Procedimentalmente, la autoridad requerida deberá notificar por escrito a los terceros a quienes pudiera afectar la solicitud. Estos pueden oponerse dentro de un breve plazo, en cuyo caso la autoridad requerida queda impedida de entregar la información. El solicitante puede sin embargo deducir un amparo ante un órgano administrativo autónomo llamado Consejo para la Transparencia (*id.*, artículo 24; en adelante, “el Consejo”), el que puede ordenar la entrega de la información requerida si estima que no concurre causal de secreto o reserva.

Para el cumplimiento de sus fines, la administración pública requiere información privada. Parte importante de esta información es entregada por los propios particulares, usualmente por mandato legal. El Estado dispone en consecuencia de mucha información privada, la que puede ser objeto de solicitudes de entrega por cualquier persona. Resulta por ello imprescindible determinar bajo qué condiciones una determinada información pertenece a la vida privada de las personas.

¹⁰ Esta ley está sujeta a una exigencia de quórum calificado: debe ser aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio. Las otras hipótesis que autorizan a la ley a establecer la reserva o secreto son “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de... [los] órganos [del Estado]... la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Hay sin embargo una segunda dimensión del problema. Se trata de determinar no ya si el contenido de la información que el Estado posee es privada, sino si la comunicación entre un particular y el Estado tiene carácter privado a efecto de la protección del artículo 19 N° 5 de la Constitución. De este problema tocó conocer al Tribunal Constitucional.

El año 2015 una persona solicitó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (en adelante, “Sernapesca”) información relativa a comunicaciones entre dicho servicio y la Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G. (en adelante, “SalmonChile”), asociación gremial de las principales empresas de la industria salmonera. La información solicitada incluía copia de correspondencia electrónica intercambiada entre las partes entre los años 2014 y 2015. Sernapesca notificó de la solicitud a SalmonChile, la que se opuso a su entrega. El solicitante recurrió de amparo al Consejo, el que desestimó que la información solicitada se encontrara sujeta a secreto o reserva y ordenó a Sernapesca entregarla. Contra esta resolución del Consejo, Sernapesca dedujo reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Pendiente este reclamo, dedujo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En virtud de este recurso, el Tribunal tiene competencia para declarar la “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Sernapesca solicitaba declaración de inaplicabilidad de las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información en virtud de las cuales el Consejo le había ordenado entregar la correspondencia electrónica.

En sentencia de 27 de diciembre de 2016 el Tribunal entendió que debía determinar, en primer lugar, si dicha correspondencia electrónica constituía *per se* una comunicación privada protegida por la garantía constitucional de la inviolabilidad¹¹. Las circunstancias relevantes eran las siguientes: a) correspondencia intercambiada por correo electrónico por Internet; b) utilizando uno de los interlocutores cuenta de correo electrónico oficial y c)

¹¹ Chile, Tribunal Constitucional, rol 2982-2016, sentencia de 27 de diciembre de 2016, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=59383. La sentencia fue acordada por mayoría de los ministros Carmona (redactor), Peña, Aróstica, Romero, Brahm, Letelier y Vásquez, y voto en contra de García (redactor), Hernández y Pozo.

equipos de propiedad del servicio público; d) uno de los interlocutores era funcionario estatal y, e) la correspondencia tuvo lugar en razón del cargo público que servía uno de los interlocutores.

El Tribunal fue categórico respecto de la primera circunstancia. Sostuvo que los correos electrónicos:

son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero, desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19, N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (considerando 33).

El Tribunal estableció una correlación entre la expectativa de privacidad de los interlocutores y dos condiciones pragmáticas bajo las cuales se produjo la comunicación: canal cerrado y destinatarios acotados. Luego estimó que todas las demás circunstancias de la comunicación eran irrelevantes para alterar la conclusión de que ella se encontraba constitucionalmente protegida.

Después de descartar que la facilidad de la interceptación determinara que la comunicación por correo electrónico no estuviera protegida, el tribunal desestimó que los correos quedaran sin protección constitucional por ser enviados por funcionarios públicos¹². Ofreció para ello tres argumentos. Primero, que lo protegido es la comunicación, con independencia de su carácter público o privado. Segundo, que no hay norma constitucional que excluya a los funcionarios públicos de la garantía de la inviolabilidad de las

¹² La sentencia afirma que “no cambia la naturaleza de comunicación privada el que los correos emanen de funcionarios públicos”. Los hechos de la causa no permiten afirmar que todos los correos solicitados hubieran sido enviados por funcionarios públicos. Ellos más bien sugieren que los funcionarios eran tanto emisores como destinatarios de los mismos. La sentencia no repara en esta circunstancia. Es posible que la mayoría haya pensado que,

comunicaciones. Tercero, que la propiedad estatal de las cuentas de correo y de los equipos utilizados tampoco resultaba determinante, pues “nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión paga el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse. Para correos electrónicos, debe aplicarse la misma lógica” (considerando 34).

La debilidad de la fundamentación de la sentencia fue puesta en evidencia por el voto de minoría:

Lo protegido por... [la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas] es el proceso de comunicación mientras éste se realice... La fortaleza de este derecho se logra transformando en invulnerable el medio a través del cual se realiza, sin importar el contenido de lo comunicado;

19°. Que en este caso... el proceso de comunicación ya se encuentra finalizado y el contenido de esos correos, si bien puede constituir el objeto protegido por derechos fundamentales, la Ley N° 20.285 contempla mecanismos para evitar afectar los derechos de terceros... [sic; considerandos 18 y 19]

Esta crítica devela que el Tribunal erró al situar el problema en la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, en circunstancias que se trataba de examinar si se amenazaba con vulnerar la inviolabilidad de documentos privados. En este sentido, la analogía que estableció el Tribunal entre las conversaciones telefónicas y el correo electrónico no resulta convincente. Lo cierto es que aquellas conversaciones tienen peculiaridades que las comunicaciones por correo electrónico no comparten. Es característico de la conversación telefónica que ella no queda *per se* registrada. Ciertamente la empresa telefónica registra el hecho de su ocurrencia, su fecha y hora, su duración, el número que inició la llamada y el que la recibió. Pero del contenido de la conversación no queda registro alguno. Con el correo electrónico no ocurre igual. La comunicación se produce

si los correos electrónicos enviados por funcionarios públicos están constitucionalmente protegidos, a fortiori lo están los que ellos reciben.

mediante su registro, el que queda disponible tanto para el emisor como para el receptor, quienes lo pueden eliminar para sí, pero no para la contraparte. En consecuencia, la comunicación por correo electrónico puede ser directamente conocida por terceros ajenos a la misma tanto mediante interceptación del acto de comunicación (aquello que en opinión de los disidentes constituye una vulneración de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas), como mediante el posterior acceso al registro de dicha conversación (vulneración a la garantía de inviolabilidad de los documentos privados). Del mismo modo, una carta puede ser interceptada y abierta antes de que llegue a su destinatario (comunicación privada) como leída sin autorización de su destinatario una vez que este ya la leyó y la guardó (documento privado).

Esta distinción es importante. Quien envía una carta o un correo electrónico confía razonablemente en que la comunicación llegará a su destinatario sin ser vista por terceros. El derecho protege esta expectativa mediante la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Pero la expectativa de que una vez recibida, la comunicación no sea vista por terceros, solo es razonable dependiendo de las circunstancias. El destinatario puede ser indiscreto o descuidado. Quien envía la comunicación asume el riesgo de la indiscreción o negligencia. El derecho no protege la expectativa de exclusión de terceros una vez que la comunicación ha sido recibida por su destinatario. Sí protege el documento (carta o mensaje electrónico) utilizado para comunicarse en la medida en que su dueño lo mantenga bajo condiciones que permitan calificarlo de privado¹³.

Tratándose de funcionarios estatales la distinción entre comunicación y documento en que queda registrado el contenido de la comunicación es particularmente importante. El funcionario puede estar sujeto a la obligación de archivar la correspondencia enviada y recibida, y a la prohibición de borrar los mensajes electrónicos enviados y recibidos. Estos documentos

¹³ En el mismo sentido, Chile, Corte Suprema, sentencia de 17 de agosto de 2017 (rol 18279-2017), Matus disidente, numeral 3.

podrían ser revisados por su superior jerárquico en cumplimiento de su función de control y supervisión¹⁴.

Considerado así, se comprende que la sentencia yerra doblemente al sostener que no hay norma constitucional que excluya a los funcionarios públicos de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones con el argumento de que “[s]i aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19, N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones”. Por una parte, no se trataba de determinar el carácter de comunicación privada de la correspondencia electrónica entre un servicio público y un particular, sino de si correspondía calificar de documentos privados los registros de dicha correspondencia en poder de dicho servicio. La eventual respuesta negativa a esta pregunta en modo alguno determina que la primera cuestión deba también contestarse negativamente. Por otra parte, es un error del Tribunal asumir que la conclusión de falta de protección constitucional significa ausencia de toda protección. Es perfectamente posible afirmar que una comunicación o un documento no son privados, y por tanto carecen de protección constitucional, pero que no obstante tienen protección penal, civil o administrativa. Ello es perfectamente consistente con el artículo octavo de la Constitución antes citado, que reconoce al legislador la posibilidad de establecer el secreto o reserva en consideración a “los derechos de las personas”, y no solo a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Por otra parte, al situar el problema en el ámbito de la inviolabilidad de los documentos privados, el problema constitucional se disuelve y queda solo el problema de legalidad. Aun concediendo que las comunicaciones

¹⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto en sentencia de 9 de febrero de 2018 (rol 2134–2017), que el empleador puede registrar la correspondencia electrónica del trabajador cuando tiene fundadas sospechas de que éste entrega información a la competencia (a la fecha de entrega de este trabajo, se encuentra pendiente ante la Corte Suprema la declaración de admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia). Por cierto, en materia laboral esta facultad de inspección y control encuentra su fundamento en el derecho de propiedad del empleador. Tratándose del Estado, ella descansa en la necesidad de legitimación democrática material del ejercicio de potestades públicas. Véase Böckenförde, E.W., “La Democracia como Principio Constitucional”, en Estudios sobre Estado de Derecho y Democracia, Madrid, Trotta, 2000, pp. 47, 62 y ss.

con servicios públicos tengan carácter privado, es sencillamente insostenible que el Estado sea titular de la garantía de la inviolabilidad de los documentos privados. El Estado no es titular de derechos constitucionales. Es por ello que los documentos en poder del Estado son por definición públicos, aunque puedan estar sujetos a reserva o secreto. Y según se ha dicho arriba, la Ley de Acceso a la Información determina la reserva o secreto de aquella información cuya “publicidad, comunicación o conocimiento afecte... la esfera de... [la] vida privada” de las personas. Esta es una calificación meramente legal que no puede hacerse sin conocer el contenido de los correos electrónicos respecto de los cuales se solicitaba copia. El Tribunal, al protegerlos con la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, ha creado una pantalla propicia para la proliferación de prácticas corruptas.

Finalmente, de la consideración conjunta de las sentencias comentadas de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional es posible extraer algunas conclusiones respecto del carácter público o privado de las comunicaciones a través de Internet. ¿Es posible una lectura no contradictoria de ambas? Se recordará que la Corte tuvo presentes las siguientes tres condiciones pragmáticas de la comunicación para concluir que ella no tenía carácter privado: (1) que se realizó en la red pública Internet; (2) que se estableció mediante un programa de libre disposición; (3) que se estableció anónimamente entre múltiples usuarios. De estos requisitos, el primero es compartido por el correo electrónico. El segundo es contingente: el correo electrónico puede enviarse, recibirse y administrarse tanto mediante programas pagados como mediante programas de libre disposición. Y, en todo caso, es difícil entender por qué la naturaleza pagada o gratuita del programa de comunicaciones habría de ser relevante a objeto de determinar el carácter público o privado de la comunicación.

Queda entonces solo el tercer elemento como diferenciador entre ambos casos. La única lectura no contradictoria de ambas sentencias es la que entiende que el carácter público o privado de las comunicaciones establecidas a través de Internet sería o el carácter anónimo de la comunicación o la multiplicidad de interlocutores. ¿Es posible aducir razones a favor de esta lectura? La respuesta es negativa si se atiende a la pluralidad de interlocutores. En efecto, resulta habitual el envío de correo electrónico

a múltiples usuarios que, sin embargo, son claramente determinados y pueden conformar un círculo relativamente cerrado al cual se quiera limitar la comunicación. No es entonces posible descansar en dicha pluralidad para determinar qué comunicaciones están protegidas y cuáles no.

El anonimato de los interlocutores parece ser el único factor que permite trazar una distinción no arbitraria entre la comunicación por correo electrónico y la comunicación P2P. Eso no significa que sea una distinción adecuada en relación con el derecho constitucional a la protección de la vida privada. Pesa a su favor que el riesgo de indiscreción de una comunicación en la que participan anónimamente una multiplicidad de personas, que no tienen más barrera de entrada al círculo de interlocutores que su propia decisión y algunos elementos técnicos, es altísimo. Una expectativa de privacidad parece incoherente con tan alto riesgo. Pesa sin embargo en contra de la distinción el hecho de que dicho riesgo sea administrado por el interlocutor mediante el ocultamiento de su identidad, al comparecer mediante un número IP que no se encuentra públicamente relacionado con aquella. Como sea, la determinación de las condiciones bajo las cuales una comunicación estará protegida es, a fin de cuentas, de derecho positivo. Si el peso de las razones no es decisivo desde el punto de vista constitucional, la lectura propuesta resulta adecuada.

2.

El año 2015, dos municipios de la ciudad de Santiago licitaron un servicio de vigilancia mediante cámaras de vídeo ubicadas en globos aerostáticos a 150 metros sobre el nivel del suelo. Vecinos solicitaron amparo constitucional por vulneración de su garantía de respeto de la vida privada e inviolabilidad del hogar. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el amparo y ordenó cesar de inmediato todas las actividades de captación, almacenamiento y procesamiento de las imágenes¹⁵. La Corte Suprema

¹⁵ Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de marzo de 2016 (rol 82289-2015).

revocó y acogió el amparo parcialmente, imponiendo ciertas condiciones para la operación del sistema¹⁶.

Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema trazaron una línea entre los espacios públicos y el hogar. En relación con los primeros, la Corte de Apelaciones desestimó el recurso en relación con uno de los actores, quien desde su hogar no veía los globos de vigilancia, pero sí desde la parada de buses que utiliza regularmente. Fundamentó esta decisión en que dicho actor

queda afecto a la vigilancia de los implementos dispuestos por la recorrida solamente cuando circula por espacios públicos en los que no puede tener una razonable expectativa de privacidad, puesto que dichos espacios están abiertos a toda clase de personas, sin que... pueda excluir a nadie de ellos, que es lo que al fin y al cabo caracteriza la privacidad, lo que llevará al rechazo del recurso a su respecto¹⁷

Conforme a este fundamento, la presencia y conducta en el espacio público, en cuanto puede ser vista, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la garantía de la protección de la vida privada. Por esta razón, la citada Corte de Apelaciones solo acogió el recurso en cuanto había sido deducido por personas cuyos hogares quedaban en el radio de captación de imágenes (considerando 23).

La decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago no fue apelada por quien reclamaba afectación de su vida privada al ser captado en el paradero de buses, de manera que la Corte Suprema no se vio en la necesidad de revisar los fundamentos que tuvo la Corte de Apelaciones para denegarle amparo. En consecuencia, la sentencia de la Corte Suprema no permite afirmar categóricamente si comparte la tesis de la Corte de Apelaciones de Santiago que excluye del ámbito de protección de la garantía la presencia y conducta visible en espacios públicos. Por otra parte, la Corte Suprema sometió la medida a un muy parcial examen de proporcionali-

¹⁶ Chile, Corte Suprema, sentencia de 1 de junio de 2016 (rol 18.481-2016).

¹⁷ Considerando 22.

dad¹⁸. Por una parte, el que la Corte haya realizado este examen sugiere que estimaba que la video vigilancia constituía una afectación *prima facie* de la garantía de respeto a la vida privada, la que sin embargo podría estar constitucionalmente justificada por el principio de proporcionalidad. Por otra parte, al realizar este examen, la Corte se refirió al espacio público como aquel “donde no puede pretenderse una mayor expectativa de privacidad—exceptuándose actos de intrusión que pueden constituir ilícitos penales”. Es difícil entender este *caveat* de la Corte, pues la protección penal de la privacidad opera en recintos privados o que no sean de libre acceso al público para la captación tanto de conversaciones como de imágenes. Solo la protección penal de documentos privados no está limitada a tales espacios, de manera que la Corte probablemente quiso dejar a salvo la tipicidad de la apertura y registro de papeles privados que porta una persona en la vía pública¹⁹.

Para el examen de proporcionalidad la Corte asumió que el fin del sistema impugnado era la protección de personas y bienes, la disuasión de los delitos y la obtención de prueba de cargo (considerandos 7º y 8º). En una decisión discutible bajo el principio de vinculación positiva de la administración a la ley, entendió que la ley autorizaba a los municipios a operar un sistema de video vigilancia con tal fin²⁰. A continuación constató que el legislador ya había considerado que el sistema de video vigilancia resultaba idóneo para el fin de garantizar la seguridad pública, particularmente en el control de la violencia en los partidos de fútbol (ley 19327). A la Corte esto

¹⁸ Sobre el examen de proporcionalidad, Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 111 y ss.

¹⁹ Chile, Código Penal, artículos 146 (delito común) y 155 (delito funcionario). Debido a una pobre técnica legislativa, la deslocalización es controversial tratándose del delito de sustracción y reproducción de documentos privados, tipificado en el artículo 161-A.

²⁰ La Corte encontró la habilitación legal en el artículo 4(j) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: “Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con... El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación...” Esta disposición ha sido posteriormente modificada. Actualmente contiene la siguiente regla: “así como también adopción de medidas en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal...” Esta nueva habilitación despeja las dudas sobre la compatibilidad del sistema de video vigilancia con la vinculación positiva a la ley.

le pareció suficiente como examen de idoneidad, mostrando con ello una significativa y saludable deferencia al legislador y transfiriendo al particular la carga de la prueba de la falta de idoneidad.

La Corte concluyó que “captar imágenes en la vía pública para los propósitos antes descritos constituye una actividad legítima que no puede atentar contra los derechos que se dicen afectados” (considerando 8°), habiendo omitido los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto²¹. Esta omisión contribuye a la poca claridad de la fundamentación de la Corte, pues no queda claro si las expectativas de no ser filmado en la vía pública carecen por completo de protección constitucional o si, por el contrario, ellas gozan de una protección constitucional débil que cede ante las medidas idóneas para fines de seguridad pública. Esta indeterminación probablemente tendrá que ser encarada en el futuro, para determinar la constitucionalidad de conductas tales como la fotografía de los manifestantes en una protesta en la vía pública.

Que el hogar se encuentra dentro del ámbito de protección de la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar es una obviedad. No extraña entonces que así lo hayan estimado tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema. No es sin embargo tan obvio respecto de qué es lo que el hogar está protegido. Es claro que protege frente al ingreso físico al hogar y a su registro físico, pues la disposición constitucional dispone que este “solo puede allanarse... en los casos y formas determinados por la ley”. ¿Pero alcanza la protección a la pretensión de registrar desde fuera del hogar imágenes o sonidos de lo que ocurre dentro del mismo? Tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema respondieron afirmativamente, al menos en lo que respecta al registro de imágenes (pues el caso no trataba de registros sonoros). En consecuencia, no tuvieron dificultades para concluir que los globos de video vigilancia afectaban en la inviolabilidad del hogar en cuanto podían registrar imágenes de lo que ocurría en los hogares. Alcanzada esta conclusión, habría

²¹ La Corte Suprema concluyó que por esta razón no se justificaba la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de declarar inconstitucional el sistema de globos de vigilancia. Esta conclusión está fuera de lugar, pues según se ha dicho en el texto principal, la Corte de Apelaciones fundó su decisión en la inviolabilidad del hogar exclusivamente.

correspondido preguntar si dicha afectación se encontraba constitucionalmente justificada. Ambas cortes omitieron sin embargo este examen y declararon que la medida era inconstitucional en cuanto permitía captar imágenes de los hogares. Esto significa que ambas cortes estiman que la afectación a la inviolabilidad del hogar no estaba justificada, para lo cual no dieron sin embargo razones. Pero estas probablemente se encuentran en la extensión analógica de la regla constitucional, que en relación con el allanamiento parece al menos subordinar la posibilidad de ponderación judicial a la ponderación legislativa²².

Habiendo estimado que los globos de vigilancia eran inconstitucionales en cuanto constituyen vulneración a la inviolabilidad del hogar, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó como medida de protección que las municipalidades recurridas “deberán cesar de inmediato las actividades de captación, almacenamiento y procesamiento de las imágenes que se realizan por medio de los globos de vigilancia...” La Corte Suprema, aunque revocó esta decisión, acogió parcialmente el recurso y sometió los globos a un particular “régimen de autorización”. La principal condición de este régimen es consistente con la fundamentación de la Corte: “El ámbito físico a grabar se delimita a los lugares públicos...” Pero a continuación sigue una calificación, acordada con un voto en contra (Sandoval), para la que no se encuentra justificación alguna en la sentencia: “y de los espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito”. La explicación más plausible de esta calificación es que la mayoría de la Tercera Sala de la Corte Suprema estima que los jardines, patios y terrazas privados constituyen un espacio con un nivel intermedio de protección constitucional de la privacidad, superior al que esta recibe en el espacio público, pero inferior a la que recibe bajo el techo del hogar. En este espacio de protección intermedia, la afectación se encontraría constitucionalmente justificada. Es lamentable que la Corte no haya explicitado las razones de esta conclusión.

²² Esto significa que no habría posibilidad de declarar judicialmente justificado un allanamiento fuera de los “casos y formas determinados por la ley”. Pero la ponderación judicial todavía puede tener lugar cuando la ley otorga al juez competencia para autorizar un allanamiento, como ocurre con el artículo 205 del Código Procesal Penal.

3.

La Constitución ha incorporado un mandato de “protección a la vida privada”. En el ámbito de las comunicaciones privadas, este mandato se ha satisfecho mediante la criminalización (1) de las intromisiones en las comunicaciones privadas y (2) de la divulgación de dichas comunicaciones; la sanción administrativa a estaciones de televisión por (3) intromisiones en las comunicaciones privadas y (4) por divulgación de dichas comunicaciones; (5) la limitación de las facultades de control y supervisión del empleador respecto de las comunicaciones privadas de sus trabajadores; (6) la ineficacia probatoria en asuntos criminales, de familia y laborales, de registros de conversaciones privadas obtenidos mediante intromisión, y (7) el deber de indemnizar las intromisiones en las comunicaciones privadas. Estos desarrollos plantean dificultades tanto en relación con la calificación de lo que constituye una comunicación privada como respecto de las conductas que califican como intromisión antijurídica en dichas comunicaciones y de las circunstancias que pueden justificar una afectación de las comunicaciones privadas.

Periodistas de un programa de televisión de denuncia tuvieron conocimiento de médicos que extendían licencias médicas falsas. Visitaron a dichos médicos simulando ser pacientes en busca de licencia médica. Durante las consultas grabaron la conversación con una cámara oculta que no fue advertida por los médicos. La filmación fue posteriormente divulgada por televisión. Se planteó el problema de determinar si estos hechos eran constitutivos de los delitos de grabación no autorizada y de divulgación de conversaciones privadas, contemplados en el artículo 161-A del Código Penal. No cabe duda de que estos delitos fueron introducidos el año 1995 en el Código Penal en cumplimiento del mandato constitucional de protección de la vida privada: ellos se incorporaron en un nuevo párrafo quinto titulado “De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia” del Título III “De los Crímenes y Simples Delitos que Afectan los Derechos Garantidos por la Constitución”²³.

²³ La referencia a la “vida... pública” en el párrafo quinto del Título III confirma que se trata de delitos que desarrollan la garantía constitucional del numeral cuarto del artículo 19. Véase supra n. 2.

En fallo dividido de casación en el fondo, la mayoría de la Segunda Sala de la Corte Suprema estimó que no se trataba de conductas típicas²⁴. Los tipos penales exigen que se trate de “conversaciones o comunicaciones de carácter privado”. La Corte estimó que las conversaciones grabadas no tenían tal carácter. El razonamiento clave fue el siguiente:

el carácter privado de una conversación no está reservado a todo aquello que el titular otorgue esa denominación, porque podría llegarse a extremos de subjetivización [sic] en que carecería de toda certeza la conducta que el tipo penal reprime. Sí puede afirmarse que el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público.

Este argumento es falaz. Parte de una premisa falsa: el carácter privado de la comunicación está dado o exclusivamente por la expectativa de uno de los interlocutores, o por el interés público de su contenido. No habría una tercera alternativa. Como la primera alternativa es manifiestamente falsa, ya la premisa confirma la conclusión a la que la Corte quiere llegar: lo que determina el carácter privado de la comunicación es el interés público en su contenido. Más que un genuino razonamiento, se trata de una petición de principios. Porque lo cierto es que, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional arriba comentada, existe una tercera alternativa: el carácter privado de una comunicación puede estar dado por las condiciones pragmáticas en que ella se produce²⁵. La correspondencia epistolar no deja de estar constitucional y penalmente protegida porque el contenido de la comunicación tiene interés público²⁶.

²⁴ Chile, Corte Suprema, sentencia de casación de 21 de agosto de 2013 (rol 8393–2012).

²⁵ A igual conclusión había llegado la propia Corte Suprema, que en un caso anterior mediante sentencia de reemplazo confirmó la condena por la grabación subrepticia realizada por uno de los interlocutores de su conversación con un juez, a pesar de que el contenido de la conversación tenía un alto y manifiesto interés público. Chile, Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 9 de agosto de 2007, rol 3005–2006.

²⁶ La apertura y la divulgación de correspondencia ajena cometidas por particulares constituyen delitos especiales y se encuentran en el artículo 146 del Código Penal. La interceptación, apertura, divulgación del contenido y retardo en la entrega de correspondencia, cometidos por empleados del servicio de correspondencia, también constituyen delitos especiales, contemplados en el artículo 156 del mismo Código. La circunstancia de que

Resuelto por la Corte que es la presencia o ausencia de interés público en el contenido de la comunicación lo que determina su carácter público o privado, debía determinar si tal interés estaba o no presente en las conversaciones de que aquí se trataba. Sobre este particular sostuvo que

si bien no se ha demostrado la comisión de un ilícito por los presuntos perjudicados, lo cierto es que su conducta importa al menos una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud, cuestión que reviste un interés público con mérito suficiente para ser socializada lo que permitirá en último término, el fin de una situación reprobable e inconveniente.

...no ha podido estimarse que la conversación de los periodistas con la profesional sea de carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública.

En apoyo de esta conclusión, la sentencia invoca disposiciones de la ley 19733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo que definen el interés público. Esta invocación resulta doblemente defectuosa. En primer lugar, la única disposición de dicha ley que pudiera ser relevante para el caso es la que define de interés público los hechos “realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real”. Se trata sin embargo de una definición circular, de la que solo se puede escapar mediante reconducción a alguna otra circunstancia definitoria de un interés público. Por otra parte, otra disposición de la misma ley señala como de interés público “Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social”. Esta explícita exigencia de consenti-

estos tipos penales utilicen la voz “correspondencia” en vez de la frase “conversaciones o comunicaciones privadas” puede servir para resistir la conclusión que se rechaza en el texto principal, aun aceptando como correcta la doctrina de la Corte Suprema en relación con las conversaciones que ocurren “cara a cara”. Pero debe concederse que esta solución formal es intensamente asistemática.

miento del interesado sugiere que, a falta de regla clara que exima de dicho consentimiento, ningún interés público es tal que autorice la captación y difusión no consentidas de comunicaciones realizadas bajo expectativas de privacidad y condiciones pragmáticas consistentes con dichas expectativas.

En segundo lugar, la definición de interés público en la ley 19733 está hecha para la finalidad especialísima de determinar cuándo es admisible la *exceptio veritatis* ante la acusación de haber cometido el delito de injurias a través de un medio de comunicación social. Pero aquí no se trataba de una acusación por injurias, sino de defraudación de la expectativa de privacidad mediante la video grabación no autorizada de una conversación mantenida en condiciones adecuadas a dicha expectativa. No hay razón alguna para entender que la autorización para hacer imputaciones que, siendo verdaderas y de interés público, puedan resultar injuriosas (todo lo cual se mueve en el ámbito de la protección de la honra y no de la privacidad), signifique autorización para afectar la privacidad²⁷.

En cuanto el tipo penal sanciona conductas relativas a “conversaciones y comunicaciones de carácter privado” los argumentos reseñados resultaban suficientes para casar la sentencia condenatoria y para dictar sentencia de reemplazo absolutoria. Sin embargo, en la sentencia de reemplazo la mayoría introdujo un argumento adicional, consistente en que no se incurrir en la conducta típica cuando quien graba la conversación es partícipe en la misma²⁸. Esta afirmación resulta en principio plausible. No cabe duda de que en ausencia de un deber de reserva, la indiscreción de quien revela el contenido de una conversación privada no constituye delito. En este sentido, el derecho pone de cargo del partícipe en una comunicación el riesgo de indiscreción de sus interlocutores. Y si esto es así, parece consistente considerar atípico el registro no autorizado que uno de los interlocutores hace de la comunicación: el derecho haría soportar a cada partícipe en una conversación el riesgo de ser grabado por los demás, al igual que el riesgo

²⁷ Bascuñán, A., “Grabaciones Subrepticias en el Derecho Penal Chileno. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema en el Caso Chilevisión II”, *Revista de ciencias penales*, XLI, 3, 2014, pp. 43 y 61 y ss.

²⁸ Chile, Corte Suprema, sentencia de reemplazo de 21 de agosto de 2013 (rol 8393-2012). La Corte citó a Politoff, S., Matus, J.P. y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Santiago, Jurídica de Chile, 2004, pág. 239.

de indiscreción. Hay sin embargo al menos dos razones que controvierten esta conclusión. Por una parte, los registros fonográficos o videográficos permiten una reproducción que resulta significativamente más dañina para la privacidad que la mera indiscreción²⁹. La atipicidad de la conducta menos dañina no puede justificar la atipicidad de la conducta más dañina. Por otra parte, la atipicidad resulta asistemática. Quienes mantienen una comunicación privada pretenden excluir a terceros de la misma, sin importar si estos terceros perciben la comunicación a través de sus sentidos sin auxilio tecnológico alguno o si lo hacen con dicho auxilio, y sin importar tampoco si la perciben en el momento en que ella se produce o en un momento posterior. El derecho protege esta expectativa de exclusión. Es indudable que es típica la conducta del tercero que con autorización de sólo uno de los partícipes en la conversación oculta un micrófono y graba esta conversación. No se comprende qué justificaría levantar esta protección cuando ese tercero accede a igual registro realizado subrepticamente por uno de los interlocutores³⁰.

Adicionalmente, la filmación de imágenes, la grabación de comunicaciones entre personas presentes y la grabación de conversaciones telefónicas con el fin de investigación de delitos están sujetas a severas limitaciones: ellas deben ser autorizadas judicialmente y solo pueden serlo cuando los hechos investigados merezcan pena de crimen. No es plausible sostener que fiscales y policías puedan eludir estas limitaciones mediante la infiltración en las redes criminales para incorporarse en sus comunicaciones y, entonces, registrarlas subrepticamente sin autorización judicial. Y si esta interpretación no es plausible, tampoco lo es aquella que libera a los periodistas e investigadores privados de las restricciones a que están sujetos fiscales y policías.

El problema del carácter privado de las conversaciones también surgió en el contexto de un juicio laboral por prácticas antisindicales³¹. En el contexto de un proceso de negociación colectiva, un grupo de trabajadores en

²⁹ Bascuñán, *op. cit.*, pág. 57.

³⁰ *Ibidem*, pág. 59 y ss.

³¹ El autor conoció de este caso en su calidad de abogado integrante de la Corte Suprema y disintió de la decisión de la mayoría por razones procedimentales que, sin embargo, importan una toma de posición sobre algunas de las cuestiones de fondo que aquí se comentan.

huelga llegó a acuerdo con el empleador. Un representante del empleador se reunió a puertas cerradas con grupos de no más de ocho de estos trabajadores descolgados de la huelga. En dichas reuniones el representante de la empresa hizo afirmaciones cuyo sentido *performativo* era constitutivo de prácticas antisindicales. Una de estas reuniones fue subrepticamente grabada por uno de los trabajadores. La pregunta que tuvieron que enfrentar los tribunales es si dicha grabación podía ser valorada para dar por acreditadas las prácticas antisindicales en el juicio incoado contra el empleador. La disposición pertinente estaba dada por el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo: “carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”.

La Corte Suprema concluyó que, no obstante que la disposición transcrita parece comprender dos hipótesis, se trata en realidad de una sola, relativa a la violación de derechos fundamentales³². Esta decisión importaba desestimar la relevancia de los tipos penales reseñados en el comentario a la sentencia precedente. Esta decisión no resulta determinante para el presente comentario, pues al establecer el citado artículo 453 N° 4 una referencia directa a los derechos fundamentales, la Corte se vio en todo caso obligada a examinar si la conversación grabada tenía carácter privado. Concluyó que no lo tenía, y que por lo tanto la grabación no había vulnerado derechos fundamentales. Tuvo para ello en consideración que un conjunto de circunstancias determinaba que la expectativa de privacidad del representante de la empresa no era razonable. En primer lugar, el contexto en que tuvo lugar la conversación: conflicto laboral que dio lugar a una huelga prolongada; conversación con trabajadores descolgados de la misma pero todavía miembros del sindicato; asistencia de varias personas

El lector queda advertido de que la imparcialidad académica del autor puede verse afectada por esta circunstancia.

³² El autor de este trabajo disintió en este punto. Para una crítica a esta parte de la fundamentación de la sentencia, véase Marín, R., “A propósito de la sentencia de la prueba ilícita en el ámbito laboral”, *El Mercurio Legal*, 18 de mayo de 2018, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/05/18/A-proposito-de-la-sentencia-de-la-prueba-ilicita-en-el-ambito-laboral.aspx>.

a la reunión, aumentando el riesgo de divulgación de lo comunicado; contenido de lo conversado, que era de manifiesto interés para los miembros del sindicato. En segundo lugar, el hecho de no haberse advertido a los asistentes que se trataba de una reunión de carácter reservado. En tercer lugar, que lo conversado “no dice relación con la esfera privada de quien las emitió ni constituyen, en caso alguno, el develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo” (considerando séptimo).

Las consideraciones de contexto que la Corte considera relevantes son problemáticas por tres razones. En primer lugar, algunas determinan que el grado de protección de la privacidad disminuya a medida que aumenta el interés de terceros en conocer el contenido de la comunicación. Tal es el caso, en particular, de que la “índole netamente laboral” de lo conversado “resultaba de interés para el resto de los integrantes de la entidad sindical”. Eso se aleja de lo que tradicionalmente ha sido la protección de las comunicaciones privadas, que busca definir medios o espacios que se protegen con completa independencia del interés que terceros pudieran tener en acceder a lo que allí ocurre. En segundo lugar, es cierto que el riesgo de indiscreción lo asume quien comunica. Esto no depende, sin embargo, del número de interlocutores. Incluso quien confía un secreto preciado a su mejor amigo asume el riesgo de la indiscreción de este último. Eso no significa, según se ha dicho más arriba, asumir el riesgo del registro fonográfico o videográfico. En tercer lugar, de la circunstancia fáctica de que aumente el riesgo de registro subrepticio no se sigue *per se* desprotección jurídica. Esto debiera ser evidente. Quien necesita comunicar reservadamente un mensaje del que sabe que existe tal interés por conocerlo que hay alto riesgo de grabación subrepticia, no deja de tener derecho a la privacidad ni protección constitucional y legal para transmitir el mensaje.

No cabe duda de que la privación de valor probatorio en los juicios laborales a los fonogramas o videos de una comunicación privada obtenidos sin autorización de los interlocutores constituye un desarrollo del deber constitucional de proteger la vida privada. En efecto, ambas hipótesis del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo remiten a la garantía constitucional de la vida privada. La primera lo hace indirectamente, pues al referirse a las pruebas obtenidas “directa o indirectamente por medios ilícitos”, inevitablemente pasa por el artículo 161-A del Código Penal el cual, según se ha explicado

más arriba, constituye explícitamente un desarrollo de la citada garantía. La segunda lo hace directamente, al referirse a “actos que impliquen violación de derechos fundamentales”. Que la privación de valor probatorio sea desarrollo del deber constitucional de protección de la vida privada no significa sin embargo que sea un desarrollo que venga exigido por dicho deber, pues nada impide que el legislador proteja un derecho más intensamente de lo que la Constitución exige. Hay buenas razones para pensar que tal es el caso tratándose de las reglas de exclusión de prueba o denegación de valor probatorio a las mismas. En este sentido, la sentencia que se comenta importa una reducción del ámbito de protección de la privacidad, pero no parece quedar bajo el umbral constitucionalmente exigido. En este punto, sin embargo, es necesario distinguir entre la decisión de la Corte y su fundamentación. La decisión se limita a establecer que los tribunales pueden valorar la grabación subrepticia de una conversación en el ámbito laboral que sirve para acreditar prácticas antisindicales. La fundamentación es sin embargo mucho más amplia. Ella importa negar carácter privado a comunicaciones sostenidas bajo expectativas normativas de privacidad en condiciones pragmáticas coherentes con dichas expectativas³³. Si esta fundamentación es asumida como correcta y se extraen las consecuencias que de ella se sigue, posiblemente se caería bajo el umbral de protección constitucionalmente exigido. La Corte podría haber alcanzado la misma decisión con una fundamentación menos lesiva para la protección de la vida privada. En efecto, pudo haber sostenido que la regla que priva de valor probatorio está establecida única-

³³ Esta interpretación amplia de la fundamentación puede ser resistida afirmando que las condiciones pragmáticas en que ocurrió la grabación eran incoherentes con una expectativa de privacidad. Es importante tener presente lo que esta lectura implica: la conversación no puede ser privada para algunos interlocutores y para otros no. Si las condiciones en que la conversación se desenvuelve son incoherentes con expectativas de privacidad, esto vale para todos los interlocutores. Lo cual significaría que el empleador no incurriría en falta si fuera él quien registrara la conversación. Por cierto, sería en todo caso imprescindible determinar cuáles son las condiciones pragmáticas precisas que determinan que no sea razonable una expectativa de privacidad (¿que la reunión ocurre en la empresa? ¿que los temas tratar son laborales? ¿que ella se da en el contexto de una negociación colectiva?).

mente a favor del trabajador, argumento que resulta plausible a la luz de los principios del derecho laboral³⁴.

Recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago ha conocido de otro interesante asunto relativo a la protección de la vida privada en el ámbito de las relaciones laborales³⁵. Una empresa de estudios de mercado y de opinión tomó accidentalmente conocimiento de antecedentes que justificaban sospechar que una de sus trabajadoras filtraba información a una empresa de la competencia. A objeto de confirmar esta sospecha, la empresa estimó necesario revisar la correspondencia electrónica de la trabajadora:

[L]a denunciada no ha interceptado las comunicaciones de la actora mientras eran enviados o recibidos los correos electrónicos, ni ha afectado de otro modo el proceso de comunicación, sino que ha conocido su existencia y contenido a posteriori, una vez que quedó almacenado en el computador de la empresa (considerando segundo)³⁶.

En consecuencia, a pesar de que la Corte afirmó que “se debe discernir acerca del alcance y límites del poder de vigilancia y control del empresario cuando puede derivar en una posible afectación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones”, lo cierto es que se trata más bien de una posible afectación de la garantía de la inviolabilidad de los documentos privados³⁷. El reglamento interno de la empresa autorizaba este registro sujeto a la condición de que estuviera presente el trabajador afectado. Aunque se

³⁴ Tal fundamentación no habría excluido el carácter de injusto penal de la grabación subrepticia. Aunque la sentencia de la Corte no se pronuncia sobre la cuestión penal y su fundamentación intenta eludirla mediante la reducción de las hipótesis de legalidad y de constitucionalidad del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo a una única hipótesis de constitucionalidad, fracasa en su intento. Las razones para estimar que la conversación no tenía carácter privado tienden a proyectarse directamente a la pretensión de aplicar del artículo 161-A del Código Penal.

³⁵ Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de reemplazo de 9 de febrero de 2018, rol 2134–2017. Contra esta sentencia la demandante dedujo recurso de unificación de jurisprudencia, el que ha sido admitido a tramitación por la Corte Suprema y, a la fecha de esta redacción, se encuentra con decreto de “autos en relación”.

³⁶ La Corte insistió en el mismo punto en el considerando séptimo.

³⁷ Véase *supra*.

invitó a la trabajadora a participar en la indagación, ella rehusó participar alegando que se encontraba bajo licencia médica. La empresa realizó el registro sin su presencia.

La Corte de Apelaciones estimó justificada la conducta del empleador. Tuvo para ello presente que la empresa se encuentra bajo obligación legal de reserva de los datos personales que recoge a fin de prestar los servicios propios de su giro. La filtración de información podía entonces poner a la empresa en situación de infracción de ley. En consecuencia, para la empresa tomar medidas de protección no constituía solo una finalidad legítima, sino una obligación legal. Luego la Corte ponderó dichas medidas con la afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones de la trabajadora. Estimó que la medida se encontraba justificada, primero, porque al advertir el reglamento interno la posibilidad de registro, la trabajadora no podía tener una razonable expectativa de privacidad y, segundo, porque el proceso de comunicación ya se encontraba finalizado. Agregó que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es un derecho absoluto.

Algunos aspectos de esta fundamentación son débiles. Por una parte, la circunstancia de que la comunicación ya se encontraba finalizada es irrelevante para determinar si se encuentra afectada la acción del empleador bajo la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Ella constituye, según se ha defendido más arriba, una razón para estimar que la garantía relevante es la de la inviolabilidad de los documentos privados. Y tratándose de esta garantía, la circunstancia de que se trate de una comunicación en curso o de registros de comunicaciones pasadas resulta irrelevante. Por otra parte, no cabe sin más deducir del carácter no absoluto de los derechos en general que la acción del empleador se encuentra justificada. El numeral quinto es categórico: por una parte, se trata de una *inviolabilidad*; por otra parte, es explícito en que “las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. Finalmente, el mandato de protección a la vida privada se encuentra en el cuarto y no en el quinto numeral del artículo 19 de la Constitución. En este punto se encuentra la clave de la correcta solución al problema.

La inviolabilidad que garantiza el numeral quinto del artículo 19 de la Constitución es una garantía frente al Estado. No es en consecuencia aplicable a un problema entre particulares. En este último caso, sí es relevante

el deber de “protección a la vida privada”. Esta protección naturalmente puede extenderse a las comunicaciones y documentos privados, pero no ya necesariamente como una *inviolabilidad* que solo pueda ser afectada “en los casos y formas determinados por la ley”. Así justificada, resulta razonable la conclusión de la Corte de Apelaciones de Santiago en el sentido de que el empleador obligado a cautelar el cumplimiento de sus obligaciones legales está justificado en examinar documentos electrónicos privados de sus trabajadores que se encuentren en computadores de la empresa. Por cierto, cabe agregar que el empleador no solo actúa legítimamente en cumplimiento de obligaciones legales, sino también como dueño y empresario que busca maximizar su utilidad. Este caso no resuelve la pregunta de si se encuentra justificado igual registro por el empleador cuando se hace con la única finalidad de aumentar la productividad de la empresa. Ya tendrán ocasión los tribunales de enfrentarse a tal problema.

4.

Las disposiciones constitucionales relativas a la vida privada, aunque parcas, ofrecen un marco adecuado al desarrollo legislativo y a la jurisprudencia. Ninguno de estos desarrollos ha sido satisfactorio. En particular, la jurisprudencia ha sido vacilante y contradictoria para definir qué comunicaciones tienen protección constitucional; los fundamentos de sus decisiones han sido débiles y, por último, el Tribunal Constitucional ha extendido injustificadamente la protección a las comunicaciones privadas a áreas ajenas a su ámbito de protección.

En efecto, la jurisprudencia en ocasiones ha delimitado las condiciones puramente formales bajo las cuales una comunicación tiene carácter privado y queda por tanto protegida con independencia de su contenido, mientras que a veces ha denegado tal carácter a dichas comunicaciones cuando están revestidas de “interés público”, manifestando así un débil compromiso con la protección de la privacidad frente a las presiones colectiva.

Por otra parte, sentencias como la de los globos de vigilancia o la de la potestad de inspección del empleador, que han trazado distinciones razonables y fructíferas, han dejado pasar la oportunidad para fundar

adecuadamente sus distinciones. Por último, el Tribunal Constitucional ha extendido injustificadamente a los documentos en poder del Estado la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, constitucionalizando así un problema que, por explícito mandato constitucional, es de orden legislativo.

Bibliografía

- Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Bascuñán, A., “Grabaciones Subrepticias en el Derecho Penal Chileno. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema en el Caso Chilevisión II”, *Revista de ciencias penales*, XLI, 3, 2014.
- Böckenförde, E.W., “La Democracia como Principio Constitucional”, en *Estudios sobre Estado de Derecho y Democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Marín, R., “A Propósito de la Sentencia de la Prueba Ilícita en el Ámbito Laboral”, *El Mercurio Legal*, 18 de mayo de 2018, disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/05/18/A-proposito-de-la-sentencia-de-la-prueba-ilicita-en-el-ambito-laboral.aspx>.
- Politoff, S., Matus, J.P. y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Santiago, Jurídica de Chile, 2004.

Sección III

Discusiones: Libros

¿Por quién doblan las campanas del Derecho? Sobre la exclusión jurídica y sociopolítica de los inmigrantes indocumentados

*For Whom the Law Tolls? On the Legal and Socio-
Political Exclusion of Undocumented Immigrants*

Matija Žgur*

*“In any civilized country he who has no passport is nobody. He does not exist
for us or for anybody else. We can do whatever we want to.”*
(B. Traven, *The Death Ship*, 1934, p. 23)

*“No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a
part of the main. If a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as
well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friend’s or of thine
own were: any man’s death diminishes me, because I am involved in mankind,
and therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.”*
(J. Donne, *Meditation XVII*, 1623)

Recepción: 13/12/2018

Evaluación: 16/05/2019

Aceptación final: 14/07/2019

Resumen: Este artículo toma como punto de partida el libro de Robert Barsky *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed “Illegal”* (Routledge, 2016). En particular, analiza dos argumentos sostenidos en el libro: primero, que el carácter

* Investigador Postdoctoral, Facultad de Derecho, Università di Roma Tre, Italia; co-director de *Revus — journal for constitutional theory and philosophy of law*. Correo electrónico: matija.zgur@uniroma3.it. Una traducción revisada (al esloveno) de este artículo será publicada en: *Pravnik — revija za pravno teorijo in prakso* (2019) 3-4. Quisiera agradecer a Mojca M. Plesničar y Aleš Bučar Ručman por sus comentarios a este texto y a Milton Jair Rocha Mendoza por su arduo trabajo de traducción.

irregular (ilegal) del estatus jurídico de los inmigrantes indocumentados los expone a la arbitrariedad en la aplicación del derecho por parte de los funcionarios de la “primera línea”. En segundo lugar, esa arbitrariedad, como mecanismo de exclusión jurídica, suele complementarse y reforzarse con mecanismos de exclusión sociopolítica. El autor comienza analizando estos mecanismos de exclusión y, en la última parte del artículo, analiza el caso de los Borrados en Eslovenia, poniendo a prueba las tesis y la metodología propuestas en la parte precedente.

Palabras clave: inmigrantes indocumentados, arbitrariedad, exclusión jurídica, exclusión social, Otreidad

Abstract: This article takes as its starting point Robert Barsky’s book *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed “Illegal”* (Routledge, 2016). In particular, it discusses two arguments sustained therein: first, that the irregular (illegal character of the undocumented immigrants’ legal status exposes them to arbitrariness in the application of the law by the host county’s “frontline” legal officials. Secondly, that arbitrariness as a mechanism of legal exclusion is typically supplemented and reinforced by mechanisms of socio-political exclusion. The author first analyses these exclusionary mechanisms, while in the latter part of the article, he analyses the case of the *Erased* in Slovenia, in order to test the theses and the methodology proposed in the previous part.

Keywords: undocumented immigrants, arbitrariness, legal exclusion, social exclusion, Othering

1. Detenciones policiales, “*bad hombres*” y buenos desayunos

Si en mi país un policía me detiene mientras manejo un automóvil, sería razonable para mí suponer que ello se debe a que he cometido alguna violación de tránsito, por ejemplo, el exceso de velocidad. En tal caso, el oficial de policía probablemente requerirá mi licencia para conducir y me informará sobre la supuesta violación. Antes de emitir la multa, me informará también acerca de los derechos y obligaciones que tengo durante el procedimiento (por ejemplo, el derecho a rehusar una prueba de alcoholímetro, la fecha

límite para pagar la multa, el derecho a apelar la decisión, etc.); omitir darme esa información constituiría una violación de mis derechos fundamentales y podría resultar en la anulación de la sanción. Con toda probabilidad, una vez hecho eso, me devolverá mis documentos, y ese sería el final del asunto.

Si lo mismo ocurriera a una persona de piel más oscura en algún país extranjero —digamos a un mexicano en Estados Unidos, a un gambiano en Francia, o a un indonesio en Australia— tal encuentro se desarrollaría, con buena probabilidad, de una manera diferente. En Estados Unidos, por ejemplo, no es poco común para los agentes de policía detener a personas sin otra razón que no sea “*driving while Mexican*”¹. Debido a que hay un gran número de personas provenientes de América latina residiendo en Estados Unidos sin documentos apropiados (en otras palabras, ilegalmente), las posibilidades de que el individuo en cuestión sea un “*bad hombre*” son relativamente altas². Sobre la base de esta presuposición, el oficial de policía puede actuar de diversas formas. Por ejemplo, dado que conducir un vehículo sin la debida licencia para ello es en sí mismo una transgresión a la ley, el policía podría sobre esa única base citar a la persona. Pero el oficial puede además desear inspeccionar el automóvil

¹ Sobre este fenómeno en el contexto de Estados Unidos, véase: Romero M., “Racial Profiling and Immigration Law Enforcement: Rounding Up of Usual Suspects in the Latino Community”, *Critical Sociology*, 32, 2-3, 2006, pp. 447-473; Mucchetti, A., “Driving while Brown: A Proposal for Ending Racial Profiling in Emerging Latino Communities”, *Harvard Latino Law Review*, 8, 2005, pp. 1-32. En general, sobre los perfiles raciales en este campo, véase Baumgartner, F, Epp, D., Shoub, K., *Suspect Citizens. What 20 Million Traffic Stops Tell Us about Policing and Race*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; Johnson, K., “The Case Against Race Profiling in Immigration Enforcement”, *Washington University Law Quarterly*, 78, 3, 2000, pp. 675-736; Knowles, J., Persico, N., Todd, pág., “Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence”, *Journal of Political Economy*, 109, 1, 2001, pp. 203-229. Sobre análisis de perfiles raciales en relación con inspecciones policiales en el contexto europeo, véase: Goris, I., Jobard, F., Lévy R., *Profiling Minorities: A Study of Stop-and-Search Practices in Paris*, New York, Open Society Institute, 2010 (for Paris, France); Miller, J. et al., “Racism and Police Stops. Adapting US and British Debates to Continental Europe”, *European Journal of Criminology*, 5, 2, 2008, pp. 161-191 (for Bulgaria, Hungary and Spain). [NT: resulta difícil traducir la expresión “driving while Mexican”, por lo que optamos por mantenerla en inglés. La expresión pretende capturar la idea de que “conducir” y “ser mexicano” son las únicas razones por las que la policía detiene a algunas personas]

² Este término peyorativo para designar a los latinoamericanos ha sido repetidamente empleado por el actual presidente de EEUU Donald Trump durante su campaña presidencial.

en busca de narcóticos o armas —no necesariamente actuando conforme a una sospecha en concreto, sino conforme a una creencia generalizada según la cual todos los mexicanos son traficantes de drogas y tienden a portar armas de fuego sin registro. Para hacer esto, el oficial necesita una orden de cateo o el consentimiento de la persona, sin embargo, dada su ya vulnerable posición, es poco probable que la persona ejerza su derecho a rechazar la revisión. Por supuesto, puede suceder que el oficial proceda con la revisión sin siquiera dar a la persona información sobre sus derechos. Es más, aun cuando le diera esa información, es muy probable que la persona no entienda al oficial debido a un escaso conocimiento del idioma inglés. Y si el oficial encuentra narcóticos, por más reducida que sea la cantidad hallada, la persona en cuestión será arrestada y enfrentará cargos por delitos graves. En cualquier punto de este proceso, el oficial de policía puede además optar por pedir información sobre el estado migratorio de la persona y si descubre que está de manera ilegal en el país, casi con toda certeza será encarcelada y finalmente deportada.

2. La difícil situación de los inmigrantes indocumentados trasciende las fronteras (científicas)

Tales incidentes no se producen únicamente en Estados Unidos, Australia o cualquier otro Estado en particular. Al contrario, lo que yo sostengo es que son fenómenos comunes en países “Occidentales”. En este artículo, afirmo que tales encuentros entre inmigrantes indocumentados y funcionarios de la “primera línea” del Estado anfitrión, comparten (al menos) las siguientes características³: (i) Un conjunto particular de circunstancias legales que, en parte, surgen en virtud de los confines espaciales en que tales encuentros ocurren y que otorgan a los funcionarios un alto margen de discreción para tomar decisiones; (ii) la específica condición jurídica de

³ Una nota terminológica: (1) A lo largo de este artículo utilizo el término “indocumentado” en lugar de “ilegal” por dos razones principales. Primero, porque el adjetivo “ilegal” es empleado típicamente de manera peyorativa con el fin de promover estereotipos negativos sobre los inmigrantes indocumentados, definiéndolos como criminales. Segundo, porque la condición de indocumentado es una situación factual (que incluye, por un lado, no tener

los inmigrantes indocumentados que los hace particularmente vulnerables y los expone a abusos por parte de los funcionarios; (iii) el hecho de que las decisiones de los funcionarios (detener un vehículo, levantar cargos por delitos relacionados con drogas e inmigración, etc.) no resulten tanto de lo que exigen las normas jurídicas, sino que dependan de la calidad del desayuno que cada funcionario tomó por la mañana⁴, lo que el presidente Donald Trump acaba de decir sobre los mexicanos en Twitter, o alguna otra razón igualmente sospechosa.

Como ciudadanos pertenecientes a democracias consolidadas, no estamos acostumbrados a pensar en el derecho y en sus funcionarios de esta manera. Cuando interactuamos con agentes del gobierno, confiamos en que tienen bases razonables para detenernos a mitad del camino; en que, al hacerlo así, ellos se apegan a procedimientos predeterminados y a estándares estrictos para rastrear evidencias, y en que tenemos un derecho efectivo de apelar sus decisiones si sentimos que nuestros derechos han sido violados. En otras palabras: tenemos expectativas razonables acerca de que sus acciones estarán basadas exclusivamente en prescripciones legales válidas. Aun así, parece que el Estado de derecho, tan obvio para nosotros como ciudadanos, no es sino una ilusión para los inmigrantes indocumentados que viven en nuestra sociedad. Parece que, en lugar de claridad, predictibilidad y certeza, el contacto que ellos tienen con los funcionarios de la “primera línea” se caracteriza por la arbitrariedad y por una completa impredecibilidad de las consecuencias resultantes de estos encuentros.

Las características de los encuentros en la primera línea entre inmigrantes indocumentados y funcionarios del país anfitrión y, en particular, la impredecibilidad que experimentan los primeros, conforman el tema

documentos de identidad ni de residencia en absoluto y, por otro lado, no tener una identidad ni documentos de residencia válidos) mientras que la ilegalidad es, como sostengo aquí, un estado contingente producido por el derecho. (2) Por funcionarios de la “primera línea” (frontline) me refiero a los funcionarios de un país encargados de aplicar (enforce), en situaciones de contacto directo con los destinatarios, normas jurídicas referidas a los inmigrantes indocumentados. Estos funcionarios incluyen, por ejemplo, oficiales de policía, guardias fronterizos, agentes de inmigración y aduanas, etc.

⁴ Jerome Frank, una figura que lidera el realismo jurídico de Estados Unidos, es conocido por haber dicho “La justicia es lo que el juez haya comido en el desayuno”. Véase, además Tuzet, G., “A Short Note on Digestive Realism”, *Revus*, 25, 2015, pp. 11-14.

central del libro de Robert Barsky *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed "Illegal"*. Como Barsky mismo lo pone: “este libro describe los altos niveles de impredecibilidad, discrecionalidad, volubilidad y arbitrariedad que [...] dominan en todos los niveles la interacción entre migrantes indocumentados y funcionarios de los países anfitriones alrededor de todo el mundo”⁵.

La inmigración ilegal⁶ es un tema sensible en el discurso académico y político, particularmente en años recientes. Los académicos de distintos perfiles, incluyendo abogados, politólogos, sociólogos, antropólogos, historiadores y economistas discuten fervientemente los aspectos de este fenómeno que se relacionan más de cerca con sus respectivos campos de estudio. Barsky, por el contrario, trasciende los estrechos confines disciplinarios del derecho y otras ciencias sociales al proporcionar una mirada profunda de la huida y el sufrimiento (*the flight and the plight*) de los inmigrantes indocumentados, que combina trabajo de campo (testimonios provenientes de defensores públicos, de funcionarios encargados de aplicar la ley, de traductores y de los migrantes mismos) con un amplio análisis de literatura académica que abarca desde el derecho, la sociología y los derechos humanos hasta la interpretación y la traducción de estudios, análisis crítico del discurso y otros. Si bien el método de Barsky es predominantemente descriptivo, no muestra timidez para criticar las regulaciones y las prácticas actuales respecto de los inmigrantes indocumentados. Además, también aboga abiertamente por un trato más humano para estos individuos en todos los niveles y termina pidiendo un sistema de fronteras abiertas⁷.

Este acercamiento interdisciplinario hace que el libro de Barsky sea refrescante para todos aquellos que son conscientes de que un fenómeno complejo como la migración no debe ser tratado de manera unidimensional. Con este mismo espíritu, se puede argumentar que el elemento más

⁵ Barsky, R., *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed "Illegal"*, Oxon-London, Routledge, 2016, p. x.

⁶ Este concepto incluye tanto personas que cruzan la frontera de un modo que es considerado ilegal por el ordenamiento jurídico de un país en particular, como personas cuya residencia en un país se vuelve ilegal (debido, por ejemplo, a permanecer más tiempo del que la visa lo permite), aun cuando su ingreso había sido legal.

⁷ Véase Barsky, R., *op. cit.*, cap. 6.

interesante e innovador del libro de Barsky es el análisis de las dificultades que enfrentan los inmigrantes indocumentados a través de la perspectiva de los expertos en lenguaje —los traductores e intérpretes que auxilian a los inmigrantes en varias etapas de la interacción que tienen con los funcionarios del país anfitrión. Concentrarse en este punto de vista en particular permite al autor resaltar el impacto que las barreras de comunicación tienen sobre la posición jurídica de los inmigrantes indocumentados. Mientras que este tema es poco discutido en la literatura jurídica, para Barsky el lenguaje está en el núcleo del fenómeno de la inmigración— cruzar una frontera, dice él, es “un acto lingüístico tanto como físico”⁸. Más importante, le sirve como puerta de entrada al debate sobre los problemas de exclusión social que enfrentan los inmigrantes en las sociedades anfitrionas. A la luz de lo que observamos en las noticias de cada día, entrelazar las perspectivas jurídica y lingüística parece totalmente justificado: los debates públicos en países que lidian con una inmigración creciente están saturados con lenguaje xenófobo y de alarmismo contra los inmigrantes. A su vez, a través de su poder para movilizar la opinión pública, estos debates parecen ejercer una gran influencia tanto en el contenido de las políticas de inmigración como, en última instancia, en las acciones de los funcionarios.

Si bien la narrativa del libro no está adherida a ninguna disciplina científica en particular, los asuntos tratados en él y el enfoque que el autor tiene de estos deberían resultar de interés y relevancia para una amplia variedad de lectores expertos —teóricos del derecho incluidos—. Estos últimos, en particular, deberían tomar con seriedad el reto “desde la primera línea” planteado por el análisis de Barsky sobre el *modus operandi* del derecho con respecto a los inmigrantes indocumentados. Los teóricos del derecho harían bien en otorgar mayor espacio al análisis de la práctica jurídica en sus escritos — que vayan más allá de las esporádicas incursiones en la jurisprudencia de los tribunales de última instancia. Si bien es cierto que conocemos bastante bien cómo los jueces entienden e interpretan la ley⁹,

⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁹ La literatura sobre este tema es vasta e imposible de resumir. Algunas de las obras contemporáneas más influyentes son: MacCormick N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2006; Alexy, R., *A Theory of Legal Argumen-*

también es cierto que se ha escrito muy poco acerca del mismo punto, pero respecto de los funcionarios encargados de aplicar la ley y de otros “burócratas de la calle”¹⁰. Considerando que la vida de personas comunes se ve, en promedio, mayormente afectada por estos últimos que por los jueces, este déficit de conocimiento es injustificable. De esta manera, el enfoque de Barsky sobre las realidades de la aplicación cotidiana de la ley constituye una contribución bienvenida para una mejor comprensión de “el derecho en acción” y su relación con “el derecho en los libros”.

Este artículo no es una reseña detallada del libro de Barsky —ello requeriría bastante espacio y experticia en una variedad de temas que yo no poseo—. Más bien, pretende imitar el enfoque de Barsky al combinar un análisis teórico jurídico de un grupo escogido de conceptos y fenómenos jurídicos, con un estudio orientado al aspecto sociológico de las prácticas lingüísticas establecidas, en referencia a los inmigrantes indocumentados. Por lo tanto, el resto de este artículo se concentra en analizar dos argumentos sostenidos por el autor con respecto a la condición jurídica y social de los inmigrantes indocumentados en los países de acogida que parecen ser particularmente relevantes para el derecho y la teoría jurídica: (1) que la “ilegalidad” de los inmigrantes indocumentados los expone a la arbitrariedad en la aplicación de la ley por parte de los funcionarios del país anfitrión, en particular de los que están en la primera línea; (2) que la arbitrariedad (como mecanismo de exclusión jurídica) suele complementarse y reforzarse con de mecanismos de exclusión sociopolítica. El propósito principal de este artículo es entonces examinar las características de estos mecanismos de exclusión y su interacción mutua¹¹. También se discuten las

tation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Oxford, Oxford University Press, 2009 (1989); Schauer, F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.

¹⁰ Sobre este tema, véase la obra pionera: Lipsky, M., *Street-level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, Russell Sage Foundation, 2010 (1970); más recientemente, Zacka, B., *When the State Meets the Street. Public Service and Moral Agency*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

¹¹ “Exclusión” se entiende aquí en un sentido amplio, no solo como una exclusión física del territorio de un país anfitrión sino además como una limitación, modificación o privación injustificada (ilegítima, ilegal) de ciertos derechos y estatutos socio-jurídicos. Sobre estos tres modelos de exclusión —legal, político y social— véase Mindus, *Cittadini e no. Forme*

consecuencias que estos procesos de exclusión tienen en la vida cotidiana de los inmigrantes indocumentados.

El resto de este artículo está dividido en tres partes. La sección siguiente (3.) es la central y allí examino los dos argumentos arriba mencionados sobre los mecanismos de exclusión jurídica y sociopolítica de inmigrantes indocumentados. Luego (4.), me apoyaré en el caso de “los Borrados” (*Erased*) para probar la tesis y el método analítico propuesto en la sección anterior. Concluyo (5.) argumentando que la creación de la “ilegalidad” de los inmigrantes indocumentados (en un sentido más amplio) es un fenómeno jurídico y sociopolítico complejo.

3. La exclusión de los inmigrantes indocumentados a través del derecho y el lenguaje

Los dos argumentos sobre la exclusión de inmigrantes indocumentados se basan en premisas que contienen la idea subyacente de que la causa principal de la precariedad legal y la vulnerabilidad social¹² de estos individuos es que su mera presencia en el territorio de un determinado país es considerada ilegal. Incluso una revisión superficial de las dificultades que experimentan estas personas en sus vidas cotidianas parece justificar la tesis según la cual dentro del conjunto de estatus jurídicos que determinan la condición legal de un individuo, la ilegalidad de su residencia asume,

e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione, Firenze, Firenze University Press, 2014. Véase también la traducción al español: *Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

¹² La vulnerabilidad de los inmigrantes indocumentados es específicamente situacional y disposicional. Véase Mackenzie, C., Rogers, W. and Dodds, S., “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, en Rogers, W., Mackenzie, C. and Dodds, S. (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1-29. Para más sobre el tema de la vulnerabilidad del inmigrante véase Labman, S., *At Law's Border: Unsettling Refugee Resettlement*, PhD Thesis, University of British Columbia, (defended on 15 November 2012). Específicamente sobre la diferencia entre precariedad y vulnerabilidad, véase Atak, I., Nakache, D., Guild, E. and Crépeau, F., “Migrants in vulnerable situations and the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration”, *Legal Studies Research Paper No. 273/2018*, Queen Mary University of London, School of Law, 2018.

de facto, un papel dominante de estatus supralegal, con el poder de prede-terminar todas las interacciones jurídicas futuras de los inmigrantes¹³. De hecho, este estatus impregna de tal manera la condición de los inmigrantes indocumentados que a menudo se dice que ellos mismos son ilegales —como si se tratara de alguna característica autónoma y esencial de su ser¹⁴. Sin embargo, tales procesos de transformación no son exclusivos de los inmigrantes indocumentados ni son un desarrollo particularmente novedoso en la historia jurídica¹⁵—. Basta pensar en la institución de la esclavitud —el tratamiento de los seres humanos como posesiones personales— para comprender que la ley, efectivamente, tiene la tendencia y el poder de distorsionar la realidad al imponer en el mundo (empírico) sus categorías y entidades artificiales¹⁶. Sin embargo, la superposición de un estatus jurídico sobre toda la esfera jurídica y social de un individuo o un

¹³ Como se ha dicho, este artículo se enfoca en la exclusión legal y sociopolítica de los inmigrantes indocumentados y defiende la tesis según la cual es la ilegalidad en su Estado de residencia lo que determina principalmente la naturaleza del tratamiento que reciben a manos de los funcionarios de la primera línea pertenecientes al país anfitrión. Sin embargo, esta posición no niega que problemas similares a los que se presentan aquí puedan afectar a otros grupos de inmigrantes, en particular a aquellos que buscan asilo y refugio, o incluso a los extranjeros que residen legalmente en un país determinado. Si esto es así, uno podría afirmar que tal vez no sea el hecho de no poseer documentos lo que hace que los inmigrantes sean tan vulnerables a la aplicación arbitraria de la ley, sino más bien alguna otra característica, como su condición de extranjero o incluso su aspecto de extranjero. Aquí no puedo confirmar ni descartar esta objeción. En cualquier caso, la relación entre las diferentes características de los inmigrantes y la forma en que afectan a las acciones de los funcionarios debería estudiarse con más cuidado en el futuro.

¹⁴ A la luz de este entendimiento social difuso respecto a los inmigrantes indocumentados, enfatizo que la “ilegalidad” de los inmigrantes indocumentados no es una condición natural o una característica pre-jurídica. Más bien, esta y otras “ilegalidades” están “constituidas y se rigen por la ley — directa y explícitamente en una manera que se supone es más o menos definitiva [...] y con un grado considerable de deliberación calculada”. (De Genova, N., “Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life”, *Annual Review of Anthropology*, 31, 2002, p. 424).

¹⁵ Sobre la historia del concepto de estatus jurídico, véase Allen, C.K., “Status and Capacity”, *Law Quarterly Review*, CLXXXIII, 1930, pp. 277-310; Graveson, R.H., *Status in the Common Law*, London, University of London (Athlone Press), 1953; Maine, H.S., *Ancient Law*, New York, Henry Holt and Co., 1906, cap. V; Salmond, J., *Jurisprudence* (4th ed.), London, Stevens & Haynes, 1913, cap., XV.

¹⁶ Como señala Dayan: “Este poder transformador otorga a la ley una realidad que se opone a la lógica, y las ficciones más fantásticas son puestas en marcha como si fueran la cosa más

grupo de individuos no puede lograrse únicamente a través de instrumentos exclusivamente jurídicos. Ya sea el convertir a un individuo negro en un “esclavo”, o a un convicto en un individuo “civilmente muerto”, o a una mujer en una “esposa legalmente incapaz” son transformaciones profundas e integrales que dependen de circunstancias sociopolíticas específicas, que proveen la legitimidad requerida a estas operaciones destinadas a transformar la realidad social.

En esta parte del artículo (3.1.) primero exploro los mecanismos de exclusión jurídica, centrándome en la aplicación arbitraria de la ley por parte de los funcionarios de la primera línea, en sus interacciones con los inmigrantes indocumentados¹⁷. Sobre esa base, sigo a Barsky en cuanto a prestar especial atención al papel del lenguaje (3.2.) y, en particular, de los discursos sociales sobre los inmigrantes indocumentados, como un mecanismo de exclusión sociopolítica en las sociedades occidentales contemporáneas¹⁸.

natural o más razonable del mundo”. (Dayan, C., *The Law is a White Dog. How Legal Rituals Make and Unmake Persons*, New Jersey, Princeton University Press, 2011, pp. 150-151).

¹⁷ La razón para concentrarme en este contexto específico es que estos encuentros, como hemos visto, tienen particularmente el poder de predeterminar todas las futuras interacciones jurídicas de los inmigrantes. Esto, sin embargo, no significa que la impredecibilidad y la arbitrariedad cesen en las primeras líneas. Es cierto, como observa Barsky, que una vez que un individuo “entra al sistema”, por ejemplo, al ser arrestado, las “restricciones y la lógica del proceso entero cambian” ya que “el sistema [se convierte] en uno más codificado” (Barsky, R., *op. cit.*, p. 9). Aquí, “las reglas, regulaciones y leyes son aplicadas con mayor sistematización, y como consecuencia, el rango de posibles resultados es usualmente reducido” (*Ibidem*, p. 99). El punto central de la monografía de Barsky son los mecanismos que producen precariedad jurídica y que son utilizados en las diferentes etapas de interacción entre los inmigrantes indocumentados y el sistema jurídico del país anfitrión. Barsky los analiza en orden cronológico: primero los encuentros en la primera línea con los funcionarios del país anfitrión (Capítulo 3); luego la fase subsiguiente de arresto y juicio en los tribunales (Capítulo 4); después el período de encarcelamiento (Capítulo 5) y por último la eventual deportación (Capítulo 6).

¹⁸ Así como la ilegalidad de los inmigrantes está condicionada por consideraciones jurídico-políticas concretas en un lugar y tiempo determinados, también los mecanismos específicos de su exclusión son resultado de circunstancias contingentes (históricas, geográficas, políticas, económicas, jurídicas, etc.). Aquí solo me ocupo de un conjunto específico de mecanismos jurídicos y sociopolíticos de exclusión, empleados en el contexto de las migraciones masivas contemporáneas, predominantemente de personas de África y Asia a países europeos y otros países occidentales, como los Estados Unidos y Australia.

3.1. Personas “ilegales” y la arbitrariedad de los funcionarios de la primera línea

El punto central que Barsky plantea en su libro es que la arbitrariedad es la característica principal del modo en que aplican el derecho los funcionarios en casos que involucran inmigrantes indocumentados, particularmente en las interacciones que se producen en la primera línea. Esta arbitrariedad —continúa el argumento— es posible en buena medida gracias al carácter ilegal de los inmigrantes indocumentados, lo que trae como resultado “hacer todavía más vulnerable a una población de personas predominantemente pobres y marginalizadas, así como exponerla a niveles extremos de abuso”¹⁹.

Los efectos de tal arbitrariedad al aplicar la ley pueden verse, por ejemplo, en la alta probabilidad estadística de que un inmigrante sea detenido por un funcionario a causa de su color de piel²⁰; o de que sea acosado por algún funcionario debido a la incapacidad de hablar el idioma local; o de algún otro trato discriminatorio similar²¹. Sin embargo, más que tal ejercicio totalmente arbitrario del poder oficial, lo que enfáticamente caracteriza la precaria posición jurídica de los inmigrantes en sus interacciones con funcionarios de la primera línea es la completa impredecibilidad de cómo se llevarán a cabo tales interacciones y de cuáles consecuencias tendrán para los inmigrantes. Así, lo que se ve aquí como el problema central no es tanto la arbitrariedad en el uso del poder oficial *per se* (aunque sí es una gran parte del problema), sino el gran espacio que hay para la arbitrariedad

¹⁹ Barsky, R., *op. cit.*, p. x.

²⁰ Véase, por ejemplo: Vito, A., Grossi, E., Higgins, G., “The Issue of Racial Profiling in Traffic Stop Citations”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 33, 3, 2017, pp. 431–450; Baumgartner, F., Epp, D., Shoub, K., *op. cit.* Varios estudios también muestran que el número de extranjeros encarcelados ha aumentado en los últimos años en todos los países occidentales. Ugelvik, T., “The incarceration of foreigners in European prisons”, en Pickering, S. and Ham, J. (eds), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*. London & New York, Routledge, 2014, pp. 107–120; Plesničar, M.M. and Kukavica, J., “Punishing the Alien: The Sentencing of Foreign Offenders in Slovenia”, *Dve domovini - Two homelands*, 49, 2019, pp. 27-50.

²¹ Véase De Schutter, O., *Links between migration and discrimination* (report for the European Commission), Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2009.

entendida en un sentido amplio que incluye la posibilidad de elegir si el derecho será aplicado o no y, en caso de ser aplicado, cuáles normas deben aplicarse y, finalmente, de qué manera deben aplicarse.

Comenzaré por examinar el concepto de arbitrariedad y cómo lo entiende Barsky (llamémosle arbitrariedad en sentido estricto). Luego, indagaré cómo la arbitrariedad se manifiesta en circunstancias particulares (arbitrariedad en sentido amplio).

Barsky invoca primero la concepción de arbitrariedad que ofrece Endicott²². Endicott distingue *gobierno arbitrario* —una forma de gobierno contrario al Estado de derecho (*Rule of Law*), que sustituye a este último por “la mera voluntad de los gobernantes”²³— de una *decisión arbitraria*— que se define como “un acto injustificado, un capricho o un acto despótico que demanda (y carece) de otra justificación que no sea el hecho que el agente así lo deseó y así lo llevó a cabo (y potencialmente exige el control de otra autoridad que no sea el mismo agente)”²⁴. Una decisión arbitraria es, por lo tanto, esencialmente una decisión injustificada; a su vez, una decisión es injustificada cuando no es razonable. En lo que respecta a esto último, la Corte Suprema estadounidense ha fijado un estándar de razonabilidad para las decisiones gubernamentales en el caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Auto Mutual Insurance Co*²⁵. Allí, la Corte sostuvo que una decisión arbitraria por parte de una agencia del ejecutivo es aquella que “se ha basado en factores que el Congreso no ha tenido la intención de considerar; que no consideró en absoluto un aspecto importante del problema; que ofreció una explicación de su decisión que es contraria a la

²² Véase Barsky, R., *op. cit.*, pp. 16-17.

²³ Endicott, T., “Arbitrariness”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XXXVII, 1, 2014, pág. 49. Aquí, me refiero únicamente al ideal formal de Estado de Derecho. Sobre los requisitos del ideal formal de Estado de Derecho, véase Fuller, L., *The Morality of Law*. Revised ed., New Haven-London, Yale University Press, 1969, cap. 2; Sobre las diferencias entre las teorías formales y las teorías sustantivas de Estado de derecho, véase Craig, pág., “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467-487.

²⁴ Endicott, T., “The Reasons of the Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, p. 90.

²⁵ 463 U.S. 29 (1983).

evidencia ante la agencia o que es tan inverosímil que no podría atribuirse a una diferencia de perspectiva o al resultado de la pericia de la agencia”²⁶.

Aunque esta concepción parece perfectamente adecuada para evaluar las acciones de los funcionarios de la primera línea, Barsky la encuentra insuficiente. En cambio, retoma la idea de R. George Wright según la cual la arbitrariedad es un fenómeno relativo y dependiente del contexto. Wright sostiene que el significado de arbitrariedad es, de hecho, “una variedad de significados dependientes de varios contextos, que reflejan diferencias en propósitos e intereses y la consecuente gravedad -los riesgos- según los diversos actores involucrados directa o indirectamente”²⁷. La perspectiva de Barsky adopta dos argumentos que son relevantes para la discusión. Primero, asume que la arbitrariedad no es cualitativamente diferente de discreción, ya que la arbitrariedad en el derecho existe “sobre una especie de continuum que empieza con la discreción, se extiende hacia la arbitrariedad y en algunos casos puede terminar convirtiéndose en ficción”²⁸. Segundo, desde esta perspectiva, que una decisión pueda o no considerarse arbitraria depende principalmente de la gravedad de la situación. Así, por ejemplo, “denegar la licencia de pesca recreativa a un vacacionista y la imposición de la pena de muerte podrían, en casos particulares, ser arbitrarias, pero podemos ver que la gravedad o la seriedad de los intereses en juego en los dos casos pueden variar sustancialmente”²⁹.

Sobre la base de estas consideraciones, Barsky sostiene que “puede haber arbitrariedad positiva y negativa, dependiendo de las propias pers-

²⁶ Por otro lado, un acto es razonable si, sencillamente, es “guiado por razones que deberían guiar [las propias] acciones”. Véase Endicott, T., *Administrative Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 46. Un estándar sustancialmente similar se encuentra en el caso británico *Wednesbury* (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA)). De acuerdo con este estándar, que también se aplica en otras jurisdicciones, el ejercicio de un poder discrecional es irrazonable cuando: (i) “ninguna persona sensata podría incluso soñar que estaba dentro de los poderes de la autoridad”; (ii) “puede describirse como una acción realizada de mala fe”; y (iii) “ninguna autoridad razonable podría haber llegado a ello”. *Ibidem*, p. 45.

²⁷ Wright, G., “Arbitrariness: Why the Most Important Idea in Administrative Law Can’t Be Defined, and What This means for the Law in General”, *University of Richmond Law Review*, 44, 2, 2010, pp. 851-852.

²⁸ Barsky, R., *op. cit.*, p. 16.

²⁹ Wright, G., *op. cit.*, p. 846.

pectivas y posturas políticas, así como puede haber discrecionalidad positiva y negativa³⁰. Así, dependiendo del contexto, “la arbitrariedad y la discrecionalidad *pueden* ser extremadamente valiosas”³¹ —ya que permiten la negociación en las interacciones que se dan entre funcionarios e inmigrantes indocumentados— o, “pueden ser dañinas si los funcionarios empoderados del país anfitrión ejercen su derecho, o su responsabilidad, para actuar como funcionarios draconianos en todas las interacciones posibles con inmigrantes”³². Finalmente, argumenta Barsky, “ni la arbitrariedad, ni la discrecionalidad son *en sí mismas* problemáticas desde esta perspectiva, lo que importa es cómo son usadas”³³.

El razonamiento de Barsky parece claro: ninguna institución de gobierno o regulación jurídica es malévola en sí misma; al final, son los funcionarios encargados de implementar la ley —los oficiales de policía, los agentes de aduanas, etc.—, quienes tienen la responsabilidad de cómo será ejercido el poder institucional. Por consiguiente, la amplia discrecionalidad *de facto* y la más limitada discrecionalidad *de iure* con las que cuentan los funcionarios, especialmente en el ámbito de la inmigración, pueden ser usadas en igual medida para hacer el bien o para hacer el mal.

Si lo que sostiene Barsky se entiende de manera normativa, como una apelación a que los funcionarios deben usar sus poderes con autocontrol e implementar la ley de manera empática con la situación de los inmigrantes, entonces no encuentro ningún problema con ello. No obstante, como descripción de aquello en lo que consiste (o al menos de lo que es comúnmente entendido por) la arbitrariedad en el derecho, creo que su posición es insostenible por al menos dos razones. La primera es que al ubicar la discrecionalidad y la arbitrariedad en el mismo plano cualitativo y argumentar que la discrecionalidad es meramente una subcategoría de la arbitrariedad³⁴, traiciona la sustancia de ambos conceptos y se desvía del significado arraigado que ambos tienen en el campo jurídico. En cambio, junto con Endicott, propongo que la discrecionalidad sea entendida como

³⁰ Barsky, R., *op. cit.*, p. 19.

³¹ *Ibidem*, p. 21.

³² *Idem*.

³³ *Idem*. Énfasis propio.

³⁴ Véase Barsky, R., *op. cit.*, p.19.

“libertad de elección (entre opciones que pueden ser limitadas) que debe ser ejercida de manera responsable”³⁵. Esto significa que “la elección no se hará para el beneficio personal de quien toma la elección, sino a favor de los propósitos que las personas encargadas de tomar esas elecciones son responsables de perseguir, en nombre de la comunidad”³⁶. En resumen: la diferencia principal entre arbitrariedad y discrecionalidad es que una decisión discrecional es de todos modos responsable. A su vez, una decisión responsable es razonable, y como ya sabemos, una decisión razonable es exactamente lo opuesto a una decisión irrazonable, caprichosa o despótica.

En segundo lugar, independientemente de sus resultados en casos particulares, la decisión arbitraria nunca debe percibirse como una forma deseable (valiosa) de implementar el derecho, ya que representa una violación del ideal de Estado de derecho, en particular de la exigencia de congruencia. Esta última puede entenderse ya sea como un valor instrumental para el sistema jurídico o como una característica moralmente deseable del mismo³⁷. En la primera lectura (el Estado de derecho como instrumento), la congruencia exige que para que un orden jurídico sea funcional, es decir, eficaz para guiar el comportamiento de sus destinatarios, tiene que haber un grado considerable de coincidencia entre la ley adoptada (*el derecho en los libros*) y la ley tal como es realmente implementada por los funcionarios (*el derecho en acción*)³⁸. El problema con la incongruencia es que si las normas resultantes de las decisiones tomadas por los funcionarios no son en buena medida las normas contenidas en los libros³⁹, entonces “el derecho

³⁵ Endicott, T., *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 239.

³⁶ *Ibidem*, p. 234.

³⁷ Esto es un reflejo del hecho de que el propio Estado de derecho puede entenderse como una condición necesaria para la existencia de un orden legal eficiente o como un ideal moral. Sobre esta distinción, véase Kramer, M., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, cap. 2.

³⁸ Si bien me enfoco solo en las acciones de los funcionarios que aplican la ley, no estoy olvidando el hecho de que si los documentos normativos sobre inmigración violan otras condiciones del Estado de derecho, aumentan la probabilidad de que se apliquen arbitrariamente. Sobre el requisito de congruencia, véase Fuller, L., *op. cit.*, pp. 81 y ss. Véase Kramer, M., *op. cit.*, p. 134 y ss., Marmor, A., “The Rule of Law and Its Limits”, *Law and Philosophy*, 23, 2004, p. 34 y ss.

³⁹ En este caso, no considero la distinción entre disposiciones normativas y normas: las primeras son declaraciones contenidas en fuentes legales formales (por ejemplo, estatutos) y

en la práctica” carece de referencia en el derecho promulgado. En consecuencia, “su estatus como derecho en la práctica se deshace”, lo que significa que “no puede desempeñar adecuadamente el papel de guía y coordinación característico de cualquier orden jurídico real”⁴⁰. Si bien cierta cantidad de incongruencia puede ser aceptable e incluso deseable, una vez que la discrepancia es demasiado grande, entonces, dice Kramer, podemos encontrarnos en una situación en la que “un sistema de gobierno extrañamente bifurcado ha suplantado al sistema jurídico genuino que existía”⁴¹. Por lo tanto, si, como afirma Barsky, las leyes de inmigración en EEUU (o en cualquier otro lugar) se aplican de manera desigual e inconsistente, a pesar del hecho de que algunas de estas decisiones arbitrarias pueden ser beneficiosas para los inmigrantes, tal estado de cosas indiscutiblemente viola la exigencia de congruencia del ideal de Estado de derecho y justifica la pregunta de Barsky acerca de en qué “consiste un sistema jurídico que se aplica a personas consideradas *ilegales*, indocumentadas o *sans papiers*”⁴².

La coincidencia apropiada entre el derecho en los libros y derecho en acción se puede lograr de varias maneras. Kramer, por ejemplo, enfatiza la objetividad de los funcionarios entendida como imparcialidad⁴³. Según Kramer, la imparcialidad debe entenderse como “desinterés y apertura mental” y representa lo contrario al prejuicio, el partidismo, la impetuosi-

las últimas el contenido en el sentido de estas declaraciones. Si bien esta distinción se refiere precisamente a la cuestión de la interpretación por parte de los funcionarios, presupongo que la cuestión de la arbitrariedad queda claramente fuera del marco de cualquier interpretación sensata de una disposición normativa determinada. Véase Guastini, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, parte I, cap. IV.

⁴⁰ Kramer, M., *op. cit.*, p. 137.

⁴¹ *Ibidem*, p. 136. Los extremos a los que puede conducirse esta bifurcación se analizan maravillosamente en el notable trabajo de Ernst Fraenkel sobre los primeros años del sistema jurídico nazi. Véase Fraenkel, E., *The Dual State*, Clark (N.J.), The Lawbook Exchange, 2010 (1941).

⁴² Barsky, R., *op. cit.*, p. 107. Este problema se discute de nuevo más adelante.

⁴³ Kramer agrega a esto la condición de “dominio en la interpretación legal”. Véase Kramer, M., *op. cit.*, pp. 135 y 139 y ss.. Kramer distingue entre diferentes concepciones de objetividad, que concibe en tres grandes grupos, a saber: (i) las orientadas ontológicamente, (ii) las orientadas epistemológicamente y (iii) las concepciones de objetividad orientadas semánticamente. La objetividad entendida como imparcialidad encaja en el grupo de concepciones epistemológicas, que están principalmente interesadas en cómo los agentes racionales forman sus opiniones sobre ciertos asuntos. Véase *Ibidem*, p. 2 y ss.

dad y el capricho⁴⁴. Si bien el desinterés significa “la ausencia de cualquier predilección en las propias decisiones”⁴⁵, tener una mente abierta significa “la ausencia de prejuicios y favoritismo”, así como también “la ausencia de caprichos e impetuosidad”⁴⁶. La contribución clave que la imparcialidad aporta a los procesos de toma de decisiones de los funcionarios reside en su confiabilidad epistémica. Bajo el ideal del Estado de derecho, los funcionarios están obligados a adoptar sus decisiones exclusivamente sobre la base de condiciones predeterminadas por las normas legales aplicables (el derecho en los libros)⁴⁷. La “imparcialidad”, argumenta Kramer, “aumenta notablemente la probabilidad de que estos resultados sean correctos”, es decir, basados solo en los criterios prescritos⁴⁸.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 53. La imparcialidad, por supuesto, no es la única condición para garantizar la superposición adecuada entre el derecho en los libros y el derecho en acción, pero es una condición necesaria para ello.

⁴⁵ Según Kramer, también puede significar “la capacidad de dejar que la decisión no se vea afectada por la conciencia de que uno tiene un interés en ello” (*Ibidem*, p. 54). Sin embargo, Kramer enfatiza que la imparcialidad en este caso no es tan fuerte como cuando “no hay un interés personal por parte de cualquiera que emita un juicio sobre el asunto”. (*Ibidem*, p. 55).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 54. Endicott, entre otros, ofrece una definición muy similar de imparcialidad. Véase Endicott, *Administrative Law, op. cit.*, p. 154. La imparcialidad en este sentido debe entenderse como un estado mental (apropiado). Tanto Endicott como Kramer entienden la imparcialidad, más o menos explícitamente, de las siguientes tres formas: (i) como un estado mental, es decir, como ausencia de ciertas consideraciones injustificadas, discriminatorias, (in)conscientes con respecto al procedimiento, las partes allí presentes, o el propio papel (como juez) en relación con ambos; (ii) como condición institucional, es decir, como requisito para la existencia de un conjunto de restricciones con respecto a las acciones del adjudicador (lo que debería reducir los efectos del sesgo); y (iii) como un valor moral (más sobre el punto (ii) y (iii) a continuación). Véase Papayannis, D., “Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication”, *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 28, 2016, p. 34 y ss.

⁴⁷ Rothstein y Teorell enfatizan este aspecto de la imparcialidad. Véase Rothstein, B., Teorell, J., “What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 21, 2, 2008, p. 170.

⁴⁸ Kramer, *op. cit.*, p. 65. Un factor clave para lograr la imparcialidad en este sentido es el establecimiento dentro del sistema jurídico (y para uso de los funcionarios) de un sistema de instrumentos “a través de los cuales ellos [los funcionarios] pueden conocer todos los hechos razonablemente verificables que se relacionan con las cuestiones legales a las que tienen que dar respuesta”. Kramer enfatiza que este requisito puede satisfacerse con más de

Por otro lado, los factores que alejan a los funcionarios de la imparcialidad incluyen el interés propio, el prejuicio, la ignorancia, etc.⁴⁹. Sin entrar en detalles, parece bastante plausible concluir que el estado de ánimo diario del funcionario (su acuerdo con las opiniones xenófobas de Donald Trump o la simple aceptación inconsciente del “conocimiento común”⁵⁰ que presenta a los mexicanos como parásitos) encaja en la categoría de factores que, podemos razonablemente suponer, el legislador no consideró como aquellos en los que deberían basarse las decisiones concretas. Por lo tanto, la toma de decisiones basadas en estos factores ha de ser considerada, como ya se ha dicho, irrazonable e ilegítima⁵¹.

Finalmente, la aplicación imparcial de la ley también tiene un valor moral específico: instrumentalmente tiene un valor moral porque mejora la capacidad de los funcionarios para comprender y aplicar las leyes correctamente, es decir, los ayuda a alcanzar los objetivos moralmente valiosos que persiguen dichas leyes⁵². En el mismo sentido, la imparcialidad es una cualidad valiosa porque “ayuda a las personas a cumplir sus expectativas de manera legítima”, es decir, “promueve el objetivo moralmente digno de defender las creen-

un conjunto de técnicas de recopilación de información. Sin embargo, en cualquier caso, tales técnicas casi siempre deberán incluir la participación de todos los involucrados en el conflicto en el proceso de recopilación de información, así como de los testigos y otras personas que poseen información relevante. Véase *Ibidem*, p. 60 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 134 y ss.

⁵⁰ De tal conocimiento común, Dal Lago sostiene que, aunque empíricamente carece de fundamento, la sociedad le atribuye el estatus de las verdades tautológicas debido al solo hecho de que todos piensan que ello (es decir, el contenido del conocimiento común) es el caso. Véase Dal Lago, A., *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999 (5^a ed. 2012), p. 50 y ss.

⁵¹ Esto, sin embargo, no significa que alguien guiado en sus acciones por factores que afectan la imparcialidad nunca pueda llegar a una decisión correcta. Esto puede ciertamente ocurrir. Sin embargo, como señala Kramer, “ese resultado feliz se produciría a pesar de la ausencia de imparcialidad y no por esa ausencia” (*Ibidem*, p. 134).

⁵² La presuposición aquí es que estamos en un régimen jurídico razonablemente justo, liberal-democrático. Sin embargo, no hay una conexión necesaria entre el respeto de las condiciones del Estado de Derecho y la justicia del sistema jurídico. Raz, por ejemplo, sostiene que la conformidad con las exigencias del Estado de Derecho es totalmente compatible incluso con las violaciones más atroces de los derechos humanos. (Véase Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, en *Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, pp. 211, 220 y ss.).

cias razonables de los ciudadanos con respecto a las consecuencias jurídicas de sus acciones”⁵³. En última instancia, la imparcialidad también tiene un valor moral ya que “no solo ayuda a asegurar que los funcionarios tomen decisiones moralmente correctas, sino que además los ayuda a tomar tales decisiones motivados por las razones moralmente correctas”⁵⁴.

Al pasar ahora al segundo tema (cómo se manifiesta la aplicación arbitraria de la ley en los casos relacionados con inmigrantes indocumentados) debemos advertir ante todo que no estamos tratando con un problema homogéneo, sino con tres problemas distintos, a saber: (i) en primer lugar, si el derecho (cualquiera que sea) se aplicará; (ii) qué norma se aplicará en un caso particular; y (iii) cómo se aplicará esa norma. Examinemos cada uno brevemente.

El primer caso (i) depende principalmente de la opinión pública y de consideraciones políticas más amplias con respecto a la inmigración y, en menor medida, de consideraciones morales individuales de los funcionarios encargados de aplicar la ley. Un ejemplo de la no aplicación de leyes de inmigración motivada políticamente es el caso de los *Dreamers*: personas indocumentadas que llegaron ilegalmente a Estados Unidos⁵⁵ siendo niños y han sido a lo largo de sus vidas, a causa de su estatus de residente “ilegal”, susceptibles de deportación. Sin embargo, dadas las condiciones bajo las cuales fueron traídas al país, en conjunción con el hecho de que desde entonces han vivido en Estados Unidos llevando en la mayoría de los casos vidas ejemplares, la decisión de deportarlas ha sido altamente impopular. Por lo tanto, como una cuestión de política oficial (implementada a través de órdenes ejecutivas), las administraciones anteriores impidieron su

⁵³ Kramer, M., *op. cit.*, p. 175.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 175-176.

⁵⁵ El término DREAMER se deriva del proyecto de ley Development, Relief, and Education for Alien Minors Act, en breve DREAM, que permitiría a estas personas obtener la residencia permanente en los Estados Unidos. El proyecto de ley se propuso por primera vez en 2001 y desde entonces se ha vuelto a introducir varias veces, pero nunca obtuvo el apoyo suficiente en el Congreso de los Estados Unidos. Para más información sobre el caso y la historia legislativa, véase <<https://www.americanimmigrationcouncil.org/research/dream-act-daca-and-other-policies-designed-protect-dreamers>> y <<https://www.law.uh.edu/ihelg/documents/Statute-TableThree.html>>.

deportación⁵⁶. El actual presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, se opuso a esta política de no deportación y, desde que asumió el cargo, ha trabajado para desmantelarla. Viendo el estado actual de la cuestión, es imposible estimar si este cambio de política tendrá lugar o no y, de ser el caso, cuándo entrará en vigor. Entre tanto, se coloca a los *Dreamers* en una posición extremadamente precaria, ya que no pueden determinar razonablemente si serán deportados o no en un futuro cercano y, por lo tanto, son incapaces de organizar sus acciones y actividades futuras⁵⁷.

En este sentido, Kramer reconoce que, a veces, “la evaluación imparcial de una situación es contraria a la conclusión de que las leyes aplicables deben ser efectivamente aplicadas”⁵⁸. Si bien la mayoría de las normas de un ordenamiento jurídico liberal, democrático y eficiente deben aplicarse, pueden surgir circunstancias en las cuales un funcionario estará moralmente obligado a abstenerse de aplicar ciertas normas, por ejemplo, si ello viola el principio básico de igualdad, las expectativas legítimas de los interesados o debido a alguna otra razón de peso⁵⁹. Si bien esta conclusión puede aceptarse, no cambia el hecho de que “la no-aplicación, en todos los niveles, es la raíz de la confusión que tienen los inmigrantes indocumentados con respecto a si (o cómo) las diversas leyes relacionadas con las personas indocumentadas serán aplicadas en sus casos particulares”⁶⁰. Por lo tanto, la no aplicación de leyes de inmigración válidas, independientemente de si funciona a favor o en contra de los intereses de los inmigrantes, representa un elemento importante de la arbitrariedad en sentido amplio

⁵⁶ Los cambios legislativos que evitarían su deportación y les permitirían obtener la residencia permanente se propusieron bajo la administración del presidente Bush y del presidente Obama. Si bien apoyaron la mayoría de estas propuestas, nunca obtuvieron una mayoría suficiente en el Congreso.

⁵⁷ Con respecto a la agónica impredecibilidad debida a encontrarse constantemente los inmigrantes indocumentados en condición de deportación, el análisis de D.M. Carter sobre la “revocabilidad de la promesa del futuro” es particularmente revelador. Véase Carter, D.M., *State of Grace. Senegalese in Italy and the New European Immigration*, London-Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997, p. 196.

⁵⁸ Kramer, M., *op. cit.*, p. 180.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Barsky, R., *op. cit.*, p. 22.

que experimentan los inmigrantes y contribuye a la precariedad de su posición jurídica.

En cuanto al segundo (ii) problema (*cuál* norma será aplicada), es conveniente señalar que pueden surgir complicaciones cuando en un caso determinado se pueden aplicar normas provenientes de dos o más actos normativos diferentes, y que producen resultados conflictivos (el problema de las antinomias)⁶¹. En un estado federal, como Estados Unidos, las normas estatales pueden a veces entrar en conflicto con la ley federal. Un ejemplo de ello es la tensión entre las leyes federales de inmigración de Estados Unidos y las normas de inmigración promulgadas por el Estado de Arizona en 2010. El Proyecto de Ley 1070 del Senado del Estado de Arizona fue una de las leyes de inmigración más estrictas de Estados Unidos. Exigía, entre otras cosas, que los funcionarios encargados de aplicar la ley comprobaran necesariamente el estatus migratorio de cualquier persona de la que razonablemente sospecharan que se encontraba ilegalmente en Estados Unidos⁶². La principal objeción planteada contra esta exigencia fue que reforzaba los prejuicios raciales⁶³. Debido a su naturaleza controvertida, la ley sufrió numerosos cuestionamientos ante los tribunales federales, que finalmente tuvieron éxito. Como resultado, la ley se modificó varias veces, y esto hizo que conocer el contenido exacto de la ley válida en un momento determinado fuera extremadamente difícil, aumentando aún más la imprevisibilidad jurídica para las personas afectadas⁶⁴.

Finalmente, en referencia al tercer (iii) problema, es decir, a *cómo* se aplicará la ley, vimos en nuestro ejemplo inicial el grado de libertad que tiene un oficial de tránsito para decidir qué acción tomar contra un individuo del cual sospecha que es un extranjero indocumentado. En cualquier variación sobre tal encuentro, algunas de las acciones que están disponi-

⁶¹ Sobre antinomias en general, véase Guastini, R., *op. cit.*, parte II, cap. 1.

⁶² En una orden ejecutiva separada, el Gobernador del Estado de Arizona exigió que se establecieran criterios de orientación claros sobre lo que constituye sospecha razonable.

⁶³ Para más sobre el asunto, véase: <https://www.aclu.org/other/frequently-asked-questions-about-arizona-racial-profiling-law>. En general sobre perfiles raciales, véase *supra*, nota 1.

⁶⁴ En términos del ideal del Estado de derecho, podríamos decir que esto representó una violación del requisito de constancia. Véase, por ejemplo, Fuller, L., *op. cit.*, pp. 79–81.

bles *de facto* para él ya estarán delimitadas por la ley⁶⁵. Otras acciones, sin embargo, no están igualmente limitadas. Por ejemplo, que el oficial consulte o no con las agencias federales sobre el estado migratorio de la persona detenida depende completamente de su propia elección. Lo que nos preocupa aquí no es el alcance de la discreción que la ley otorga al oficial. Más bien, lo que importa aquí es que las decisiones del oficial en tales casos pueden estar completamente desvinculadas de los criterios jurídicos predeterminados o de las políticas de aplicación de la ley y ser, en cambio, el producto de factores conocidos únicamente por el oficial y desconocidos para el resto. Esos factores incluyen, entre los más problemáticos, el racismo, la xenofobia y otros estereotipos y prejuicios contra los inmigrantes indocumentados⁶⁶. Como ya hemos establecido, si alguno de estos factores subyace efectivamente a las decisiones del funcionario, su decisión debe considerarse arbitraria y, por lo tanto, violatoria del ideal del Estado de derecho.

Al analizar el concepto de arbitrariedad y sus manifestaciones en las interacciones en la primera línea entre los inmigrantes indocumentados y los funcionarios del país anfitrión, establecimos que el núcleo de la arbitrariedad está representado por la toma de decisiones basada en factores irrazonables, como el estado de ánimo de los oficiales, sus opiniones políticas personales o similares. Las decisiones basadas en tales factores son epistemológicamente poco confiables y, por lo tanto, conducen a discrepancias entre el derecho en los libros y el derecho en acción. De esta manera, esas decisiones impiden a los destinatarios de las directivas jurídicas (en este caso, los inmigrantes indocumentados) pronosticar razonablemente las consecuencias de sus acciones futuras. En consecuencia, su precariedad jurídica y su vulnerabilidad social no hacen más que profundizarse. También vimos que las decisiones arbitrarias se ven influidas por la opi-

⁶⁵ Inspeccionar un vehículo detenido en la vía pública, por ejemplo, exige que la policía demuestre una causa probable: “una cantidad razonable de sospecha, respaldada por circunstancias lo suficientemente fuertes como para justificar la creencia que puede tener una persona prudente de que ciertos hechos probablemente son ciertos”. Debido al lenguaje altamente vago usado en tales estándares, incluso tales acciones son extremadamente difíciles de revisar *ex post*, e incluso tales revisiones a menudo son criticadas por ser arbitrarias.

⁶⁶ Véase Barsky, R., *op. cit.*, p. 18.

nión que el público en general, los políticos en el poder y los funcionarios individuales tienen sobre los inmigrantes indocumentados. Por ello, me alejo ahora del derecho para concentrarme en el entorno social que rodea a los inmigrantes indocumentados en los países de acogida. Examinó las características de los debates públicos que tienen lugar en los países anfitriones con respecto a los inmigrantes indocumentados y trato de establecer cómo estas narrativas excluyentes contribuyen a la exclusión jurídica de esos inmigrantes.

3.2. “Otras” personas y discursos sociales excluyentes respecto a los inmigrantes indocumentados

Cuando Ann Coulter, una influyente comentarista conservadora, acusa a los inmigrantes “ilegales” que ingresan a Estados Unidos de ser criminales peligrosos, parásitos que explotan el sistema de bienestar social y de quitarles el empleo a los ciudadanos legítimos, está construyendo una imagen obviamente paradójica y altamente generalizada de quiénes son estas personas y qué efecto tienen en su sociedad de acogida⁶⁷. Sin embargo, su narrativa no es accidental y tiene un propósito claro: si bien carece de fundamento empírico, sus palabras están emotivamente cargadas y, por lo tanto, tienen la intención de llegar al núcleo de los temores y preconcepciones de aquellos estadounidenses que ya de por sí batallan contra el desempleo y los efectos de un sistema de seguridad social cada vez más empobrecido. Al abogar por una firme posición antiinmigrante, Coulter busca persuadir a millones de estadounidenses de los peligros que representan los inmigrantes indocumentados y, al hacerlo, busca directamente producir cambios en las políticas públicas y la legislación⁶⁸.

⁶⁷ El término inmigrantes de Schrödinger se ha introducido en la cultura popular para denominar este tipo de representaciones paradójicas de los inmigrantes. Para conocer la posición de Coulter sobre estos asuntos, consulte su último libro sobre el tema: Coulter, A., *¡Adiós, América! The Left's Plan to Turn Our Country into a Third World Hellhole*, Washington DC, Regnery Publishing, 2015.

⁶⁸ Se ha argumentado que el libro de Coulter *¡Adiós, América!* influyó en los comentarios del presidente Trump sobre los mexicanos durante su campaña presidencial. Véase C. Lozada,

La extendida presencia de tales narrativas demuestra que la precariedad jurídica es solo parte de un problema mayor que enfrentan los inmigrantes indocumentados en sus sociedades de acogida. Igualmente arduos son los desafíos relacionados con encontrarse en un espacio social impregnado de estereotipos negativos y de temores generales contra los extranjeros. En esta sección, examino cómo esas ideas hostiles sobre los extranjeros, y en particular sobre los inmigrantes indocumentados, entran en el debate público y cómo se convierten en mecanismos de exclusión sociopolítica de estas personas. Este análisis de orientación sociológica se basa en el argumento de Barsky sobre la relación entre los mecanismos sociopolíticos y jurídicos de exclusión. Barsky hace dos afirmaciones al respecto. Primero, argumenta que el contenido de las políticas de inmigración y de la legislación están co-determinados por los debates sociales prevalecientes sobre los inmigrantes y *viceversa*⁶⁹. En segundo lugar, con respecto a la aplicación de la ley en la primera línea, afirma que una retórica negativa tan generalizada y profundamente arraigada sobre los inmigrantes contribuye a “establecer el continuum de posibilidades discrecionales, y puede desempeñar algún papel en la legitimación de las decisiones particulares tomadas por los funcionarios de la primera línea”⁷⁰. En otros términos, Barsky sostiene que un círculo vicioso se establece entre la naturaleza de las políticas relacionadas con la inmigración y las características de los discursos sociales relacionados con ella: mientras que la hostilidad contra los inmigrantes (establecida y mantenida por las narrativas públicas) se extiende a la esfera jurídica —al afectar tanto la legislación como la

Did Ann Coulter's new book help inspire Trump's Mexican 'rapist' comments?, en *Washington Post* (3 August 2015). Disponible en: goo.gl/BFMGNS. Sobre el uso político y estratégico de tales estereotipos, véase Sindic, D. et al, “Schrodinger's immigrant: The political and strategic use of (contradictory) stereotypical traits about immigrants”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 79, 2018, pp. 227–238.

⁶⁹ Argumenta que, por un lado, “los discursos sociales prevalecientes y las doxas que se arremolinan dentro de ellos, desempeñan un papel en la determinación de los tipos de leyes o medidas que se aplican”; sin embargo, por otro lado, la influencia es recíproca ya que “las decisiones de los funcionarios de la primera línea para actuar sobre la base de estas medidas en casos particulares pueden a su vez afectar los discursos sociales” (Barsky, R., *op. cit.*, p. 65).

⁷⁰ *Idem*.

aplicación de la ley—, el contenido de esta última también se refleja en la naturaleza de esas narrativas.

Nuestro análisis de las causas y las características de estas dinámicas se basa en el argumento de que los procesos de globalización, especialmente sus consecuencias, son el factor clave que impulsa las migraciones hoy en día⁷¹. Los conflictos armados prolongados, el cambio climático intenso, la persecución política y, sobre todo, la pobreza a gran escala son algunas de las principales razones del movimiento masivo de personas de países empobrecidos del *Tercer Mundo* hacia Estados occidentales más ricos⁷². La desigualdad cada vez mayor en la distribución de la riqueza entre el Norte Global y el Sur Global, que determina en gran parte de las corrientes migratorias, es principalmente el resultado de la expansión mundial de los mercados abiertos y los profundos cambios en la estructura de la economía global⁷³. Por un lado, como señala Papastergiadis “la mayor parte del comercio mundial se centra ahora en opciones especulativas, acciones futuras, seguros, finanzas y bienes raíces, más que en el mercado de bienes primarios”⁷⁴; por otro lado, con modos de producción más eficientes y la desregularización de los mercados laborales, los fabricantes ahora pueden

⁷¹ Véase Franko Aas, K., *Globalization & crime*, London, SAGE, 2007; Papastergiadis, N., *The Turbulence of Migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Cambridge, Polity Press, 2000, cap. 4; Bauman, Z., *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Cambridge, Polity Press, 2004.; Jones, R., *Violent Borders. Refugees and the Right to Move*, London-New York, Verso, 2017. Lo que sigue a continuación es inevitablemente un análisis muy abstracto y superficial de fenómenos globales complejos y sus desarrollos en las últimas décadas.

⁷² En la actualidad, dos tercios de la población mundial de inmigrantes se concentran en América del Norte, Europa occidental y oriental, y países de altos ingresos de Oriente Medio y África del Norte. Véase *World Bank Group, Moving for Prosperity. Global Migration and Labor Markets*, Policy Research Report, Washington, DC, 2018 (particularmente el capítulo 2).

⁷³ Si bien todos los fenómenos relacionados con los inmigrantes indocumentados son muy difíciles de medir, todavía se estima que la mayoría de los inmigrantes indocumentados son migrantes laborales y trabajan en sus países de acogida ilegalmente. Véase, por ejemplo: Boswell, C., Straubaar, T., “The Illegal Employment of Foreign Workers: an Overview”, *Intereconomics*, 39, 1, 2004, pp. 4-7 (para el context europeo.); Borjas, G., “The Labor Supply of Undocumented Immigrants”, Working Paper 22102, National Bureau of Economic Research, Cambridge (MA) (para el context estadounidense); De Genova, N., *op. cit.*, pág. 422, y la literatura de referencia que allí se encuentra.

⁷⁴ Papastergiadis, N., *op. cit.*, p. 78.

producir sus productos en cualquier parte del mundo a costos cada vez más bajos⁷⁵. Estas transformaciones han demostrado ser particularmente rentables para las empresas transnacionales, mientras que la población en ambos extremos de las rutas de migración (económica) ha soportado la mayor parte de los costos relacionados. Sin límites fijados por fronteras nacionales ni por los intereses de nadie más que de sus accionistas, las empresas transnacionales pueden transferir rápidamente sus operaciones a dondequiera que los costos sean menores. En vista de esto, los gobiernos de los países en desarrollo compiten por su atención, relajando continuamente las regulaciones ambientales y de seguridad laboral, reduciendo los salarios mínimos y ofreciendo a estas empresas grandes subsidios y rebajas de impuestos. A pesar de los beneficios relativos de estos procesos (es decir, la modernización y el crecimiento del empleo), el costo para su gente ha sido alto: los trabajadores en los talleres de explotación laboral de las corporaciones no reciben un salario suficiente, trabajan horas extras en condiciones peligrosas e insalubres, a menudo son hostigados y maltratados físicamente⁷⁶. Por otro lado, millones de personas en estos países permanecen desempleadas u ocupando puestos de trabajo de baja categoría, lo que difícilmente les permite una vida digna. Totalmente excluidos de las relaciones económicas globales, estos individuos son un efecto secundario negativo de la globalización. Este “ejército laboral de reserva” representa el núcleo de los inmigrantes globales de hoy⁷⁷.

Las consecuencias negativas de estos cambios económicos también se han hecho sentir en el mundo *desarrollado*. A raíz de la Segunda Guerra

⁷⁵ Un punto importante señalado por Jones, entre otros, es que si bien la globalización ha permitido que el capital y los bienes se muevan libremente a través de las fronteras, no ha ocurrido lo mismo con el trabajo, que sigue capturado dentro de las fronteras de los Estados-nación. Véase Jones, R., *op. cit.*, cap. 6.

⁷⁶ Véase, por ejemplo: Robertson, R., Di, H., Brown, D. and Dehejia, R., “Working Conditions, Work Outcomes, and Policy in Asian Developing Countries”, *ADB Economics Working Paper Series* (No. 497), Asian Development Bank, 2016.

⁷⁷ Esta subclase global de refugiados, solicitantes de asilo y migrantes económicos es lo que Bauman llama “el desperdicio [humano] de la globalización”. Cínicamente agrega que “tal vez la única industria próspera en las tierras de los recién llegados (llamados de manera tortuosa y engañosa países en vías de desarrollo) es la producción en masa de refugiados”. (Bauman, Z., *op. cit.*, p. 73).

Mundial, el intervencionismo estatal en las relaciones de mercado marcó el comienzo de un período sin precedentes de crecimiento económico, empleo y amplios servicios de seguridad social⁷⁸. La estabilidad y la prosperidad de esta *edad de oro del capitalismo* permitieron el surgimiento de una clase media robusta en los países del capitalismo avanzado⁷⁹. Sin embargo, en la década de 1970, cuando la recesión a gran escala afectó a gran parte del mundo occidental y el comercio se internacionalizó cada vez más, las corporaciones comenzaron a subcontratar a muchos de sus empleados en los países en desarrollo. Incapaces de competir con sus contrapartes en el tercer mundo, los trabajadores de la clase media en el Oeste experimentaron un empeoramiento sustancial de las condiciones de trabajo, la reducción de salarios y despidos masivos⁸⁰. Al mismo tiempo, la victoria del modelo neoliberal a nivel nacional trajo una reducción sustancial del papel del Estado en la provisión de protecciones contra los pesares de la vejez, la enfermedad, la discapacidad y el desempleo. Los servicios de seguridad social estatales, considerados los pilares de la legitimidad del Estado después de la Segunda Guerra Mundial, continúan siendo privatizados, ya que la gestión de estas cuestiones se ha convertido en un asunto privado⁸¹. Todos estos factores contribuyeron de manera importante a la creciente insatisfacción de la debilitada clase media occidental⁸².

⁷⁸ Véase Brett, E.A., *The World Economy since the War. The Politics of Uneven Development*, London, MacMillan, 1985; Marglin, S.A., Schor, J.B. (eds.), *The Golden Age of Capitalism. Reinterpreting the Postwar Experience*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

⁷⁹ Véase Jones, R., *op. cit.*, pp. 124 y ss.

⁸⁰ “A medida que los empleos en manufactura se mudaron al extranjero (la industria manufacturera se redujo de casi el 30 por ciento de los empleos en EEUU en 1970 al 8 por ciento en 2012), muchas de las victorias que ganaron los sindicatos (salarios altos, pensiones sustanciales, beneficios de salud) se perdieron. A los trabajadores que permanecen en los Estados Unidos hoy se les paga mucho menos que a los trabajadores sindicalizados hace una generación”. (Jones, R., *op. cit.*, p. 129).

⁸¹ Véase *Ibidem*, p. 128 ff.; cfr. Papastergiadis, N., *op. cit.*, p. 80.

⁸² Refiriéndose a Australia, Papastergiadis describe vívidamente estas consecuencias: “En los suburbios en expansión, las familias y los lazos sociales son destrozados por las nuevas presiones económicas. Las mujeres abandonan a sus esposos fracasados. Marginados, aislados, frustrados y cada vez más enojados, los hombres caen en un círculo vicioso de abusos... La inseguridad individual, la soledad, la dislocación social, el desempleo a largo plazo, parecen ser el gran inconveniente de la globalización para la clase trabajadora”. (Papastergiadis, N., *op. cit.*, p. 80).

Estas son, a grandes rasgos, las principales características del entorno sociopolítico actual en el que los refugiados y otros inmigrantes (no documentados) entran. Con el ocaso de la clase media, que busca descargar las frustraciones producto del declive de su poder económico, y con el Estado buscando bases alternativas, no económicas, para renovar su legitimación, el tema de las migraciones ha emergido en los últimos años como un denominador común alrededor del cual estas tendencias se han congregado. Como observa Bauman, dada su precaria posición, los inmigrantes, particularmente los indocumentados, ofrecen “un blanco fácil para descargar las ansiedades provocadas por los temores generalizados de la redundancia social; en el proceso, se los recluta para ayudar a los gobiernos estatales en sus esfuerzos por reafirmar su dañada y debilitada autoridad”⁸³.

¿Cómo exactamente se convierten los inmigrantes en la efigie del “espectro de fuerzas globales”⁸⁴? Las estrategias y mecanismos de exclusión sociopolítica varían en relación con las contingencias del contexto histórico-político. Si, por ejemplo, el nazismo hizo aceptable calificar a los judíos como subhumanos manipuladores, parasitarios y que propagan enfermedades, la sensibilidad pública de hoy hace casi imposible tal antisemitismo manifiesto. En consecuencia, el antisemitismo de hoy se presenta bajo el disfraz de discursos mucho más refinados que incluyen hablar del *asunto judío* en Estados Unidos o en el revisionismo del holocausto. Dentro del contexto temporal y espacial que se examina aquí, la característica general de los procesos de exclusión relacionados con los inmigrantes ha sido de naturaleza compleja y multifacética. El reciente giro nacionalista en varios países occidentales es un buen ejemplo. A pesar de la creciente aceptación popular de la retórica agresivamente antiinmigrante de los principales políticos, los valores fundamentales bien establecidos que subyacen a las democracias occidentales (liberalismo, derechos humanos universales, multiculturalismo, etc.) parecen ser, al menos por ahora, un obstáculo importante para algunas de las ideas más extremas sobre cómo tratar a los inmigrantes indocumentados en estos países. Así, se proponen estrategias de exclusión más sofisticadas. A los fines de este artículo, me

⁸³ Bauman, Z., *op. cit.*, p. 63.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 66.

enfoco en un tipo de estrategia de exclusión, a las que llamo *Otredades*⁸⁵. Discuto dos estrategias de *otredad* que en los últimos años se han convertido en la respuesta dominante al *problema de la inmigración*. Me refiero a la primera como *la estrategia de securitización* y a la segunda como *la estrategia de contaminación*.

En esencia, la *estrategia de securitización* consiste en presentar un problema como un problema de seguridad, es decir, como un problema que excede la gravedad de los problemas políticos ordinarios y, como tal, requiere una solución por medios extraordinarios⁸⁶. Esta estrategia consiste fundamentalmente en un proceso retórico⁸⁷, en el que quien propone la securitización (generalmente un agente del estado⁸⁸), busca persuadir a un público específico (usualmente el público en general de un país o algún

⁸⁵ Utilizo este término ampliamente, para incluir diferentes procesos de exclusión. Cohen, por ejemplo, identifica siete tipos de exclusión social. Véase Cohen, R., *Migration and its Enemies. Global Capital, Migrant Labour and the Nation-State*, Aldershot, Ashgate, 2006, cap. 4.

⁸⁶ En este sentido, se trata de una intensificación específica en el tratamiento político de los asuntos públicos. Según Buzan y otros, los temas pueden ser (i) no politizados, lo que significa que el tema no está de ninguna manera sujeto al debate público ni a la toma de decisiones gubernamentales; (ii) politizado, lo que significa que el tema se discute públicamente y requiere una respuesta de política pública; finalmente, (iii) presentado como un asunto de seguridad, “lo que significa que el problema se presenta como una amenaza existente, que requiere medidas de emergencia y que justifica acciones fuera de los límites normales del procedimiento político”. (Buzan, B., Waever, O. and de Wilde, J., *Security. A New Framework for Analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, 1998, pp. 23-24). Más adelante, propongo que la criminalización de un asunto específico es un paso más en este espectro.

⁸⁷ Una corriente prominente en el campo de los estudios de seguridad, liderada por la Escuela de Copenhague, percibe la seguridad en términos de actos de habla. Véase, por ejemplo: Waever, O., “Securitization and desecuritization”, en R. Lipschutz (ed), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995.

⁸⁸ Tales agentes pueden incluir a líderes políticos, agencias ejecutivas o al gobierno como tal. Su estatus privilegiado como agentes de securitización se debe usualmente al vasto conocimiento sobre asuntos de importancia pública que, como funcionarios del gobierno, tienen en comparación con otro tipo de actores, además de su posición de poder *a priori*. (Cfr. Balzacq, T., “The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context”, *European Journal of International Relations*, 11, 2, 2005, p. 191). Sin embargo, como Buzan y otros sostienen “nada garantiza a estos agentes su capacidad para hacer que las personas acepten una postura que demande una acción necesaria en materia de seguridad..., y nadie queda excluido de intentar articular distintas alternativas de seguridad”. (Buzan, B. et al., *op. cit.*, p. 32).

otro colectivo) de la naturaleza particularmente securitaria del problema en cuestión. Una característica importante de este proceso es que los problemas de seguridad no están predeterminados, sino que dependen del contexto⁸⁹, en particular de las entidades que supuestamente están en peligro por la amenaza de seguridad percibida⁹⁰. Del mismo modo, ninguna entidad o fenómeno es, a causa de alguna característica esencial, una amenaza existencial (de seguridad) *a priori*. Más bien, un asunto se convierte en un problema de seguridad “no necesariamente porque existe una amenaza real, sino porque el problema se presenta [con éxito] como tal amenaza”⁹¹.

En décadas recientes, la inmigración se ha convertido en un tema central en los asuntos de seguridad⁹². Si bien los mecanismos concretos empleados en estos procesos varían, la securitización de la inmigración está, como sostiene Huysmans, típicamente insertada en una lucha política más amplia “sobre los criterios culturales, raciales y socioeconómicos para

⁸⁹ Balzacq vincula fuertemente el éxito de la movida de securitización con una audiencia particular en el contexto concreto. Por lo tanto, argumenta que “el resultado positivo de presentar un problema como una amenaza a la seguridad, ya sea fuerte o débil, reside en la decisión del actor de determinar los tiempos apropiados dentro de los cuales, el reconocimiento del objeto particular presentado como amenaza, es facilitado a las masas”. (Balzacq, T., *op. cit.*, p. 182).

⁹⁰ Estas entidades supuestamente en peligro se mencionan como objetos referentes en la teoría de la securitización y pueden incluir diferentes entidades militares, económicas, ambientales, sociales o políticas. Sobre esto, véase Buzan, B. et al., *op. cit.*, p.21 y ss.

⁹¹ *Ibidem*, p. 24.

⁹² Esto es evidente en la extensa literatura sobre el tema, particularmente en estudios de seguridad. Véase, por ejemplo: Huysmans, J., “The European Union and the Securitization of Migration”, *Journal of Common Market Studies*, 38, 5, 2000; Bigo, D., “Security and Immigration: Towards a Critique of the Governmentality of Unease”, *Alternatives*, 27, 2002, pp. 63–92; Green, P. and Grewcock, M., “The War against Illegal Immigration: State Crime and the Construction of a European Identity”, *Current Issues in Criminal Justice*, 14, 1, 2002, pp. 87–101; Buonfino, A., “Between Unity and Plurality: The Politicization and Securitization of the Discourse on Immigration in Europe”, *New Political Science*, 26, 1, 2004, pp. 23–49; Huysmans, J., *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in the EU*, Abingdon, Routledge, 2006; Huysmans, J., Dobson, A., Prokhovnik, R. (eds.), *The Politics of Protection. Sites of insecurity and political agency*, London-New York, Routledge, 2006; Messina, A., “Securitizing Immigration in the Age of Terror”, *World Politics*, 66, 3, 2014, pp. 530–559, y otros.

la distribución de derechos y deberes y sobre los instrumentos de control aceptables para integrar a las personas dentro de una comunidad”⁹³.

Al analizar la inmigración como un asunto de seguridad en el contexto de la Unión Europea, Huysmans señala que este no ha sido un proceso simple, sino que la transformación de los inmigrantes en *fuentes de temor social* ha sido un “proceso multidimensional en el que la inmigración y el asilo están vinculados y circulan a través de una variedad de importantes debates políticos que abarcan al menos tres temas: seguridad interna, identidad cultural y bienestar”⁹⁴. Estos tres temas, y su relación con la inmigración, han estado en el centro de la agenda política de los Estados miembros de la Unión Europea (y también de los que no son miembros de la UE) desde la década de 1980⁹⁵. Una de las dinámicas claves en este respecto ha sido el establecimiento de un vínculo causal entre, por un lado, un espacio creciente de libertad e igualdad (es decir, el mercado común, la libertad de movimiento, la igualdad en el acceso a los derechos sociales, etc.) y, por otro lado, la necesidad de delimitar claramente este espacio y protegerlo de intrusos externos, aquellos que se consideran innecesarios en el proyecto económico, culturalmente indeseables o incluso peligrosos para *nuestra* seguridad. De esta manera, surgió la necesidad de determinar mejor los criterios para tener derecho a acceder a esta área, una necesidad que se basó en el supuesto de que “abolir los controles fronterizos internos y facilitar los flujos transnacionales de bienes, capital, servicios y personas cambiará el orden público y el Estado de derecho”⁹⁶. Esta necesidad fue apoyada por una asunción ulterior, a saber, que “el control de los movimientos ilegales de bienes, servicios y personas ocurre principalmente en la frontera”⁹⁷.

⁹³ En esencia, lo que Huysmans está argumentando es que presentar al fenómeno migratorio como un asunto de seguridad se ha convertido en parte de la política de pertenencia. Huysmans, J., *The Politics of Insecurity*, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 64.

⁹⁵ El hecho de que la securitización de la migración comenzara en ese período no es sorprendente, considerando que, como ya vimos, es un momento en el cual Occidente había sufrido una grave recesión económica y un aumento del desempleo. He discutido estas cuestiones brevemente más arriba. Véase, además Huysmans, J., *The Politics of Insecurity*, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 69

⁹⁷ *Ibidem*, p. 70.

Junto con la maniobra adicional de vincular la inmigración con el asilo, “presentando al asilo como una vía alternativa para la inmigración económica en la UE”⁹⁸ y, finalmente, relacionando al asilo con el problema del terrorismo, tenemos como consecuencia obvia el avance de la idea de que es necesario fortalecer los controles de la frontera exterior⁹⁹. De esta manera, argumenta Huysmans, se había creado un continuum de seguridad, “conectando el control de fronteras, el terrorismo, el crimen internacional y la migración”. “El continuum de seguridad”, prosigue Huysmans, “es un modo institucionalizado para la creación de políticas que permitan transferir las connotaciones en materia de seguridad características del terrorismo, el tráfico de drogas y el lavado de dinero hacia el área de la migración”¹⁰⁰.

Otra pieza clave en el proyecto de securitización fue un desarrollo paralelo en la esfera de la distribución de bienes socioeconómicos. A raíz de varias recesiones y el aumento del desempleo que afectó a Occidente en la década de 1970, “la lucha por la distribución de bienes sociales como vivienda, atención médica, prestaciones por desempleo, empleos y otros servicios sociales [se volvió] más competitiva”¹⁰¹. La intensificación de esta lucha llevó a “una afirmación cada vez más explícita del chovinismo de bienestar, o del privilegio de los ciudadanos nacionales en la distribución de bienes sociales”¹⁰². Se ha dicho que el surgimiento de este fenómeno es “un desarrollo central a través del cual la migración y el asilo se han vinculados a dominios de inseguridad vía la cuestión del bienestar”¹⁰³.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 71.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰² Ídem. Huysmans también argumenta que “para los chovinistas del bienestar social, los inmigrantes y los solicitantes de asilo no son simplemente rivales, sino beneficiarios ilegítimos de derechos socioeconómicos” (*Idem*). El argumento puede manifestarse en una versión más radical o más moderada. Para ambos, véase *Ibidem*, p.78 y ss. Nótese también cómo este discurso es sustancialmente el mismo que el empleado por Ann Coulter, de quien hemos hablado anteriormente.

¹⁰³ Debemos tener en cuenta que el chovinismo del bienestar también ha sido “una estrategia para introducir criterios de identidad cultural en un área en la que la pertenencia se determina sobre la base de criterios de política social, como salud, edad, discapacidad y empleo” (*Ibidem*, p. 78).

Como conclusión de esta sección, no debemos pasar por alto el hecho de que en los últimos años el tema de la inmigración ha sido objeto de una mayor intensificación por parte de la retórica y las respuestas políticas a la misma. Cada vez más, los problemas derivados de la continua afluencia de un gran número de inmigrantes indocumentados, solicitantes de asilo y refugiados se están abordando en términos de un asunto de justicia penal. Por lo tanto, los cruces de fronteras no autorizados, que en el pasado rara vez fueron sancionados, se han convertido en un delito penal en muchos países; de manera similar, el número de delitos cometidos por extranjeros y castigados con la deportación ha aumentado considerablemente; finalmente, con la *guerra global contra el terror*, los no-ciudadanos de diferentes países occidentales han sido detenidos y deportados por sus presuntos vínculos con el terrorismo¹⁰⁴. Esta continua fusión entre el derecho de la inmigración y el derecho penal ha dado lugar al fenómeno de la *crimigración*. Si bien el fenómeno representa un desarrollo clave en los procesos de exclusión de inmigrantes indocumentados, debemos no obstante observar que la *crimigración* es un fenómeno que se encuentra en el límite de las estrategias sociopolíticas de exclusión ya que, de hecho, significa un paso decisivo en la esfera de la exclusión jurídica (que ha sido objeto de análisis en la sección anterior del artículo)¹⁰⁵.

Ahora paso brevemente a la “estrategia de contaminación”. La esencia de este enfoque, al menos en esta versión, es el empleo de la analogía entre la población de un Estado-nación y el cuerpo humano; para comparar

¹⁰⁴ Véase Stumpf, J., “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review*, 56, 2, 2006, pp.379 y ss.

¹⁰⁵ Véase más arriba, 3.1. La llamada *crimigración* (criminalización de la migración) se ha convertido en los últimos años en uno de los temas más discutidos en estudios socio-jurídicos, criminología, estudios de migración, etc. Véase, por ejemplo: Stumpf, J., *op. cit.*; Franko Aas, K., “‘Crimmigrant’ bodies and bona fide travellers: Surveillance, citizenship and global governance”, *Theoretical Criminology*, 15, 3, 2011, pp. 331-346; Franko Aas, K. and Bosworth, M. (eds.), *The Borders of Punishment: Migration, citizenship and social exclusion* (1st ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013; Gerard, A. y Pickering, S., “Crimmigration. Criminal justice, refugee protection and the securitisation of migration”, en Arrigo, B.A. y Bersot, H.Y. (eds.), *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*, Abingdon, Routledge, pp. 587–611; García Hernández, C.C., *Crimmigration Law*, Chicago, American Bar Association, 2015.

el impacto de los inmigrantes en la nación con el de una enfermedad (o un veneno o suciedad) que afecta la salud del cuerpo humano¹⁰⁶. En su libro, Barsky plantea un paralelo entre los acontecimientos de la historia literaria y la retórica antiinmigrante de hoy. Barsky demuestra cómo en los juicios del siglo XIX contra Flaubert, Baudelaire y Zola, estos famosos autores fueron procesados porque en ese momento las autoridades consideraban que sus obras eran obscenas y, como tales, representaban un peligro inminente para la *salud* de la nación. Barsky señala que *Les Fleurs du mal* de Baudelaire fue “denunciada como repugnante hasta el punto de causar una especie de infección”¹⁰⁷. El hecho de que se hicieran las mismas acusaciones contra Henry Vizetelly, el traductor de las obras de Zola al inglés, es particularmente significativo para nuestro caso, ya que, desde un punto de vista simbólico, estas traducciones fueron vistas como un intento de introducir en el cuerpo político nacional algo sucio o infeccioso¹⁰⁸. A diferencia del caso anterior, aquí la amenaza es externa, es decir, extranjera tanto lingüística como moral y existencialmente¹⁰⁹. Considerada como una amenaza para la integridad del cuerpo, su introducción debía evitarse a toda costa. En este punto, la analogía con la forma en que actualmente los inmigrantes son a menudo representados en el discurso público parece clara: llamándolos *insectos*, *violadores*, *fundamentalistas musulmanes*, etc., el objetivo es que parezcan una amenaza existencial para *nuestra forma de vida* (nuestros valores morales, idioma, religión, etc.) y, por lo tanto, que deba prohibírseles el acceso o, si ya están infiltrados, aislarlos y luego retirarlos del cuerpo político, antes de que la infección que representan se extienda a través del cuerpo que los recibió.

¹⁰⁶ La analogía entre la nación y el cuerpo humano es común, especialmente en referencia a la filosofía política medieval, y encuentra su expresión más famosa en la metáfora del *cuerpo político*. Véase, por ejemplo: Thomas Hobbes' *Leviathan* (1651) y el estudio clásico de Kantorowicz sobre la teología política medieval: *King's Two Bodies* (1957).

¹⁰⁷ Barsky, R., *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁹ *Idem*.

4. El derecho y el lenguaje como, de nuevo, instrumentos de exclusión. El caso de los Borrados en Eslovenia

En esta parte, presento y analizo el caso que comúnmente se conoce como *El Borrador* (*The Erasure*). El propósito de esto es probar la validez de las tesis y la utilidad de la metodología propuesta en la parte anterior de este artículo. Si bien los dos casos difieren en varias maneras¹¹⁰, propongo que también comparten muchas características relevantes, en particular las relacionadas con las características de los mecanismos de exclusión empleados, lo que hace que el caso *El Borrador* sea adecuado como test. Así, en la primera sección (4.1.), presento brevemente los antecedentes y hechos relevantes del caso. A continuación, reproduzco la estructura de la parte precedente y, luego, en la siguiente sección (4.2.), analizo los mecanismos de exclusión jurídica empleados en este caso, mientras que en la sección final (4.3.), señalo los mecanismos correspondientes a la exclusión social.

4.1. Construir una nación sobre la espalda de otros (Brevemente sobre los antecedentes y hechos del caso)

El Borrador fue un acto administrativo realizado por las autoridades estatales eslovenas a principios de 1992, por medio del cual más de 25.000 personas, residentes en Eslovenia, pero provenientes de otras antiguas repúblicas de la República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY), fueron privadas de su condición de residentes permanentes en Eslovenia. Su eliminación de los registros de residentes permanentes (*El Borrador* en sentido estricto) fue parte de un proyecto de exclusión más amplio dirigido contra aquellos ciudadanos de la RFSY que no estaban dispuestos a o no

¹¹⁰ La diferencia clave es que antes de *El Borrador*, los individuos en cuestión eran residentes legales de Eslovenia. Además, en el período crucial ya estaban en territorio esloveno. Por otro lado, la mayoría de los inmigrantes indocumentados intentan ingresar a un país en particular, por lo que son calificados de ilegales en el momento en que intentan cruzar la frontera.

podían obtener la ciudadanía de la nueva Eslovenia independiente, después de su separación de la RFSY en 1991. (*El Borrador* en sentido amplio)¹¹¹.

En el proceso *El Borrador* en sentido amplio, quienes eventualmente fueron borrados del registro de residentes permanentes perdieron, ante todo, la ciudadanía eslovena. Sin embargo, aunque la mayoría de estas personas renunciaron voluntariamente a la posibilidad de obtenerla (ya que no la solicitaron cuando se les presentó la posibilidad), el hecho es que muchos de ellos también se quedaron sin ninguna otra ciudadanía, y por lo tanto se convirtieron en apátridas *de iure*, o fueron, por diversas razones, incapaces de demostrar que eran ciudadanos de otro país y, por lo tanto, se convirtieron en apátridas *de facto*¹¹². Al ser privados también de su estatus de residencia, quedaron sin ninguna base jurídica válida para residir en territorio esloveno. Después de años, incluso décadas, de ser residentes legales en Eslovenia, su presencia en el territorio se volvió de repente ilegal. En consecuencia, fueron expuestos a diferentes sanciones administrativas, encarcelamiento e incluso expulsión¹¹³. Además, viendo cómo la mayoría de los derechos socioeconómicos estaban condicionados al estatus de residente, los *borrados* también perdieron derechos y servicios tales como los derechos de seguro de salud básico, el derecho al trabajo, las prestaciones por desempleo, etc.¹¹⁴. En términos prácticos, el hecho de haber sido borrado significaba que no podían entrar ni salir del país; ni

¹¹¹ Para un análisis de la secesión de Eslovenia a la luz de los cambios geopolíticos globales de la época, véase Villa, C.G., *Un Nuevo Estado para un Nuevo Orden Mundial: Una (re) Lectura del Proceso Soberanista Esloveno*, Tesis de doctorado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014 (defendida el 27 de noviembre del 2014).

¹¹² Las circunstancias complejas y confusas de las leyes de ciudadanía en la ex RFSY y de su implementación práctica, así como las circunstancias del período de separación RFSY deben tomarse en consideración aquí. Sobre esto, véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased. Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, Peter Lang, 2016, Parte I, Cap. 1. Véase además Mindus, P., *op. cit.*, pág. 154 y ss.

¹¹³ Cfr. Kogovšek Šalamon, N., *op. cit.*, p. 124 y ss.

¹¹⁴ Para un análisis exhaustivo de las violaciones de los derechos humanos fundamentales involucrados en *El Borrador*, véase Kogovšek Šalamon, N., “The erasure as a violation of legally protected human rights”, en Kogovšek Šalamon, N. et al. (eds.), *The Scars of Erasure. A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Ljubljana, Peace Institute, 2010, pp. 83–144.

probar su identidad en cualquier tipo de procedimiento administrativo; ni obtener o renovar una licencia de conducir o abrir una cuenta bancaria; también implicaba dificultades para mantener un trabajo y un apartamento; obtener tratamiento médico, etc. *El Borrador* también provocó que las familias se separaran debido a la guerra que se libró en otros estados de la ex RFSY, ya que miembros de una misma familia estaban atrapados en diferentes Estados¹¹⁵.

El Tribunal Constitucional de Eslovenia declaró dos veces que *El Borrador* era inconstitucional: primero en 1999¹¹⁶, y luego nuevamente en 2003¹¹⁷, cuando también ordenó al Gobierno que comenzara a hacerse cargo de los *borrados*, estableciendo su estatus de residencia permanente desde el día en que fueron borrados (*ex tunc*). Esta última decisión no se implementó sino hasta principios de 2008. Mientras tanto, se presentó una queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resultó en la decisión de la Gran Cámara de 2012 de condenar a Eslovenia por violación del derecho de los solicitantes a la vida privada y familiar, del derecho a un recurso efectivo y de la prohibición de discriminación, entre otros¹¹⁸. Después, la mayoría de los *borrados* pudieron obtener algún tipo de alivio, aunque para muchos de ellos los efectos de *El Borrador* fueron irreversibles, e incluso quedan todavía algunos casos sin una adecuada resolución hasta el día de hoy¹¹⁹.

¹¹⁵ Varios relatos sobre las historias de personas borradas de los registros de ciudadanía se ensamblan en Kogovšek Šalamon, N. et al., *op. cit.*

¹¹⁶ Véase la decisión U-I-284/94 del Tribunal Constitucional, del 4 de febrero de 1999. Nótese que la solicitud de revisión de la constitucionalidad de la ley atacada se presentó en 1994, pero solo se resolvió en 1999.

¹¹⁷ Véase la decisión U-I-245/02 del Tribunal Constitucional, de 3 de abril de 2003.

¹¹⁸ Véase el caso Kurić y otros v. Eslovenia, solicitud no. 26828/06 (sentencia de Gran Sala de 26 de junio de 2012).

¹¹⁹ Para un análisis extenso de todas las decisiones judiciales relevantes en este caso, véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased, op. cit.*, Parte V. Para un análisis de los problemas pendientes, véase Kogovšek Šalamon, N., “Constitutional Democracy and the Problem of Erasure from the Registry of Permanent Residents: Challenges and Perspectives” en Žgur, M., Kogovšek Šalamon, N. y Koritnik, B. (eds.), *Constitutional Law Challenges in the 21st Century*. Liber amicorum Ciril Ribičič, Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2017, pp. 155–168.

4.2. Creación de personas *ilegales*: *El Borrador* en sentido estricto

Antes de la disolución de la RFSY en 1991, sus ciudadanos tenían doble ciudadanía: la de la federación y la de una de sus repúblicas. Dado que la primera ciudadanía garantizaba la igualdad de derechos con la población *indígena* en cualquiera de las repúblicas, muchos ciudadanos yugoslavos establecieron su residencia (permanente) en una república diferente de la de origen¹²⁰. Después de la secesión de Yugoslavia en junio de 1991, Eslovenia se propuso establecer inmediatamente una nueva política de ciudadanía. Si bien a los ciudadanos eslovenos se les otorgó automáticamente la ciudadanía del nuevo Estado independiente, una ley constitucional¹²¹ estipulaba que los ciudadanos de otras repúblicas de la RFSY, que tenían residencia permanente en Eslovenia (y que al día del referéndum de independencia realmente vivían allí¹²²), tenían los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos eslovenos, al menos hasta que obtuvieron la ciudadanía eslovena¹²³ o hasta que el plazo para su adquisición expirara.

¹²⁰ En el momento de la independencia de Eslovenia, aproximadamente 200.000 ciudadanos de otras repúblicas de la RFSY residían permanentemente en Eslovenia, lo que representa aproximadamente el 10% de la población total. Sobre la regulación de la ciudadanía en la ex RFSY, véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased, op. cit.*, parte I, cap. 1.

¹²¹ The Constitutional Act Implementing the Basic Constitutional Charter on the Independence and Sovereignty of the Republic of Slovenia, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 1/1991-I.

¹²² El referéndum sobre la independencia de Eslovenia (el plebiscito) se celebró el 23 de diciembre de 1990. La Ley sobre su aplicación (el *Referendum on the Sovereignty and Independence of the Republic of Slovenia Act*, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 44/90) determinó que todos los adultos con residencia permanente en Eslovenia el día del referéndum eran electores, incluidos los nacionales de otras repúblicas de la RFSY con residencia permanente en Eslovenia. Al permitir que los ciudadanos de estas repúblicas voten en el referéndum constitutivo del Estado, el Estado esloveno demostró, tanto jurídica como simbólicamente, que los percibía como miembros constituyentes de su (nuevo) cuerpo político. Sobre la inclusión y exclusión de los no nacionales de la participación política plena, véase Mindus, P., “Citizenship and Arbitrary Law-Making: On the Quaintness of Non-national Disenfranchisement”, *Società Mutamento Politica*, 7, 13, 2016, pp. 103–118.

¹²³ Las condiciones para la adquisición de la ciudadanía se determinaron en el art. 40 de la Ley de ciudadanía (Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 1/1991-I). Esta legislación determinaba que los ciudadanos de las antiguas repúblicas de la RFSY que no eran ciuda-

Las bases jurídicas de *El Borrador* se establecieron en el párrafo 2, art. 81 de la Ley de Extranjería. Allí se estableció que trascurridos dos meses de la expiración de la fecha límite para la adquisición de la ciudadanía (o dos meses después de haber recibido una decisión final negativa al respecto), las disposiciones de esta ley comenzarían a aplicarse para aquellas personas que no hubiesen solicitado la ciudadanía a tiempo o para aquellos cuyas sus solicitudes fuesen denegadas. Se reconoce ampliamente que esta disposición era tan ambigua que dejó a los afectados en una posición jurídica incierta¹²⁴. Una interpretación *a priori* razonable de esta disposición era que, a partir del plazo establecido, estas personas serían tratadas de la misma manera que otros extranjeros no yugoslavos que obtuvieron el estatus de extranjero bajo las leyes yugoslavas, aunque residiesen permanentemente en Eslovenia. Sin embargo, lo que establecía el párrafo 3, art. 82 de la misma ley de extranjería era algo distinto: en él se establecía claramente que los permisos de residencia permanente otorgados a estas personas según la ley yugoslava seguían siendo válidos incluso con la aplicación de la nueva ley de extranjería¹²⁵. Frente a esta variedad de posibles interpretaciones de la disposición en disputa, el Ministerio de Asuntos Interiores, que tenía la autoridad para supervisar la implementación de la legislación de ciudadanía, estableció su propia interpretación, particularmente restrictiva, de dicha disposición. Para asegurar una aplicación uniforme de esta ambigua disposición (y de otros actos legales relevantes) en todo el país, el Ministerio emitió una serie de instrucciones, no publicadas, a los

danos de Eslovenia podían adquirir la ciudadanía eslovena si cumplían con tres requisitos: i) habían adquirido la residencia permanente en Eslovenia antes del 23 de diciembre de 1990 (fecha del referendun); ii) residían realmente en Eslovenia, y iii) habían solicitado la ciudadanía dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigor de la Ley de ciudadanía.

¹²⁴ Como argumenta Kogovšek Šalamon: “No estaba claro qué se esperaba, si es que se esperaba algo, de los ciudadanos de otras repúblicas de la RFSY que no obtuvieron la ciudadanía eslovena. No estaba claro si tenían que hacer algo para conservar su estatus jurídico, o si no tenían que hacer nada porque su estatus se regularía automáticamente” (Kogovšek Šalamon, N., *Erased, op. cit.*, p. 95).

¹²⁵ Este tratamiento diferenciado no tenía una base racional y representaba una discriminación del grupo de extranjeros afectados (es decir, nacionales de otras repúblicas de la RFSY) de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase la decisión *Kurić*, párrafos 391 y 392.

órganos administrativos locales encargados de ejecutar estas normas. Allí, el Ministerio explicó el carácter vinculante de su interpretación sobre la disposición en cuestión y detalló qué medidas debían tomarse para implementar adecuadamente esta política.

En su instrucción del 27 de febrero de 1992 (un día después de la expiración del plazo legal para la adquisición de la ciudadanía), el Ministerio determinó que después de la entrada en vigor de la Ley de Extranjería con respecto a este grupo de personas, había que regular su *nuevo estatus*. Simultáneamente, la instrucción estableció que se llevara a cabo la *limpieza* de los registros (de residentes permanentes). Con este fraseo, el Ministerio dispuso efectivamente *El Borrador*¹²⁶. En su segundo párrafo, la instrucción además explicó que cualquier documento, incluso si había sido emitido por las autoridades competentes eslovenas y poseía todavía con validez formal, dejaría de ser válido dado el cambio en su estatus de estas personas¹²⁷.

Un examen crítico de los actos jurídicos relevantes y las acciones oficiales muestra que se ejerció una arbitrariedad maliciosa en diferentes etapas del proceso. En primer lugar, se ha demostrado de manera convincente que la adopción de disposiciones vagas y ambiguas en la ley de extranjería fue un acto deliberado del legislador, quien anticipó y deseó las consecuencias de ese proceso¹²⁸. Incapaz de adoptar una norma explícitamente excluyente, el legislador recurrió en cambio a una solución mediante la cual delegó implícitamente los poderes legislativos a la rama ejecutiva¹²⁹. Al permitir que agentes ejecutivos tuvieran poderes legislativos amplios y no controlados, el legislador aumentó enormemente la posibilidad de que estos poderes se ejercieran de manera arbitraria y, por lo tanto, que violaran

¹²⁶ Para un análisis más detallado de esta Instrucción, véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased*, *op. cit.*, p. 105 y ss.

¹²⁷ En una Instrucción posterior, a partir de junio de 1992, el Ministerio determinó explícitamente que si tales individuos todavía estaban en posesión de una tarjeta de identificación emitida por la República de Eslovenia, la tarjeta debía ser destruida.

¹²⁸ Véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased*, *op. cit.*, pp. 98–101.

¹²⁹ Véase Richardson, quien argumenta que tal delegación se produce cuando se sanciona una legislación “vaga e inconclusa”, que “deja como única opción a las [agencias gubernativas] la de decidir sobre cuestiones políticas de gran alcance” Richardson, H., “Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy?”, en Dyzenhaus, D. (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford & Portland (Or.), Hart Publishing, 1999, pág. 311.

las exigencias del Estado de derecho¹³⁰. En segundo lugar, *El Borrador* se realizó en secreto, a través de actos ejecutivos no publicados, únicamente con ciertos funcionarios gubernamentales conscientes de lo que se estaba haciendo. Tampoco se dio aviso a los individuos afectados sobre lo que podría ocurrir, ni se les notificó del *cambio* en su estado jurídico *ex post facto*. No es necesario enfatizar cómo las acciones oficiales que infringen los derechos de los individuos y no se basan en leyes de acceso público constituyen una clara violación del principio de legalidad (y especialmente del ideal del Estado de derecho)¹³¹. En *El Borrador*, esta violación fue exacerbada por la magnitud y la intensidad del caso. Como señala Rangelov, “el hecho de que la medida haya sido implementada por medio de una decisión ejecutiva mantenida en secreto ... exacerbó la vulnerabilidad de los *borrados*, exponiéndolos a la arbitrariedad y al abuso de poder por parte de los agentes del Estado”¹³². Esto nos conduce al punto final. Fue precisamente en virtud del carácter secreto de *El Borrador* y, como consecuencia, de la falta de familiaridad con sus consecuencias, que los Borrados vivieron expuestos constantemente a consecuencias impredecibles en sus interacciones con los funcionarios públicos. Especialmente en las comunidades más pequeñas, donde los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley conocían personalmente a estas personas y podían, en un momento dado y sin ninguna sospecha particular, detenerlos en medio de la carretera o indagar sobre su condición de residencia. A partir de ese momento, se pueden producir numerosas consecuencias: desde una simple palmada en la espalda hasta un acoso desagradable en mayor o en menor medida; desde la emisión de una sanción administrativa por no poseer documentos válidos, hasta el encarcelamiento y la deportación¹³³.

¹³⁰ Endicott, T., “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, pp. 1–18. Sobre este argumento, véase *supra*, 3.1.

¹³¹ Sobre este argumento, véase Kutz, C., “Secret Law and the Value of Publicity”, *Ratio Juris*, 22, 2, 2009, pp. 197–217.

¹³² Rangelov, I., *Nationalism and the rule of law. Lessons from the Balkans and beyond*, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 106.

¹³³ Un ejemplo paradigmático de dicha aplicación arbitraria de la ley es la historia de Rifet, que vivía en una pequeña ciudad eslovena y fue detenido repetidamente por agentes de la policía local, ya que sabían que no poseía ningún documento válido. Rifet fue en múltiples ocasiones acosado y golpeado por los oficiales de policía. En una de esas ocasiones fue tan

4.3. “Los sureños” como el Otro significativo

La eliminación de los registros administrativos fue solo una parte (aunque fundamental) del proceso de *El Borrador* en sentido amplio, que incluyó una serie de acciones por parte de las autoridades eslovenas previas e inmediatamente después de la separación eslovena de la RFSY, y que dio lugar a la exclusión más o menos exhaustiva de un conjunto particular de individuos del nuevo cuerpo político esloveno.

Siguiendo el enfoque metodológico propuesto anteriormente (véase el apartado 3.2.), *El Borrador* en sentido amplio puede analizarse como un proceso de *Otredad* dentro de una población en al menos una de dos maneras (o en ambas): (i) presentando a una población específica como una amenaza de seguridad (la estrategia de securitización) o (ii) presentando a una población específica como un peligroso contaminante (la estrategia de contaminación). En este caso, sostengo que la estrategia de *Otredad* empleada de manera predominante fue la segunda, aunque es posible identificar elementos de la estrategia de securitización en algunos actos de las autoridades eslovenas¹³⁴. Este hecho pudo contribuir a la naturaleza del proceso de autoidentificación nacional, que en este caso se basó en la identidad *cultural* eslovena. A la luz de esto, *El Borrador* en sentido amplio debe entenderse como “parte integral de la construcción de la identidad nacional eslovena en el marco del establecimiento de la soberanía nacional de Eslo-

golpeado que incluso la policía tuvo que reconocer que fue sometido a torturas y tratos inhumanos, ya que iniciaron procedimientos judiciales contra el oficial en cuestión. Ver Kogovšek Šalamon, *The erasure as a violation*, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹³⁴ Esto es particularmente evidente con respecto a las personas que fueron incluidas en la llamada lista negra, es decir, una lista de personas a las que se prohibiría la entrada a Eslovenia después de que se independizara y a las que no se les debería otorgar la ciudadanía. La lista incluía en su mayoría a empleados del ejército yugoslavo y ciertas personas sospechosas de oponerse a la independencia de Eslovenia. Para evitar que estas personas obtuvieran la ciudadanía eslovena, el legislador adoptó posteriormente las enmiendas al art. 40 de la Ley de ciudadanía (sobre esto, ver más arriba, 4.2.), que contenía (en el párrafo 3, Art. 40) una cláusula de exclusión que permitía rechazar la ciudadanía a personas que representaban una amenaza para el orden público, la seguridad y la defensa del Estado. Para más información sobre esta cláusula de exclusión, que más tarde fue parcialmente declarada inconstitucional, véase Kogovšek Šalamon, N., *Erased*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

venia”¹³⁵, que surgió principalmente a través de un proceso de depuración (simbólica y jurídico-política) del cuerpo nacional esloveno, eliminando la presencia contaminante de *Otros* en la forma de los “sureños”¹³⁶.

La construcción de una identidad nacional, tan fundamental en el proceso de establecer un nuevo Estado-nación, es en su núcleo un proceso relacional. Esto se debe a que la *identidad nacional* no tiene un significado objetivo por sí mismo, sino que “su existencia presupone la presencia de *Otros*, otras naciones u otros individuos, que no pertenecen al grupo interno y de los cuales el grupo externo debe ser distinguido”¹³⁷. Por lo tanto, si bien la autoidentificación emerge a través de ciertos elementos autónomos que definen a la nación, por ejemplo, la creencia en una ascendencia o cultura en común, el apego a un territorio específico, etc., ninguno de estos elementos es una condición necesaria *a priori* para establecer una identidad nacional. Cuál de estos elementos finalmente se vuelve relevante para constituir la identidad nacional, “depende de las características o los reclamos de otros grupos de los cuales la nación busca diferenciarse”¹³⁸. Triandafyllidou denomina a tales grupos como *Otros significativos* y son presentados típicamente como una amenaza para la nación y su identidad¹³⁹.

En nuestro ejemplo, se puede decir que los *Otros significativos* estaban compuestos por ciudadanos de otras naciones yugoslavas que residían permanentemente en Eslovenia durante el período crucial de secesión. El punto central de la distinción entre *nosotros* y *ellos*, es decir, el elemento clave que define a la nación y que, al mismo tiempo, es presentado como

¹³⁵ Bajt, V., “More than administratively created ‘foreigners’: the erased people and a reflection of the nationalist construction of the Other in the symbolic idea about ‘us’”, en Kogovšek Šalamon, N. et al. (eds.), *The Scars of Erasure. A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Ljubljana, Peace Institute, 2010, pág. 196.

¹³⁶ Esta expresión ha sido ampliamente utilizada en Eslovenia con un significado peyorativo para hacer referencia a los ciudadanos de otras repúblicas de la RFSY, resonando la idea de que los que vienen del sur son, de alguna manera, peores, menos trabajadores, vividores, etc.

¹³⁷ Triandafyllidou, A., “National identity and the ‘other’”, *Ethnic and Racial Studies*, 21, 4, 1998, p. 599.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ “La noción de un otro significativo se refiere a otra nación o grupo étnico que está territorialmente cerca de la comunidad nacional, o incluso dentro de ella, y amenaza, o más bien se percibe que amenaza, su pureza étnica y/o cultural y/o su independencia”. (*Ibidem*, p. 600).

el valor fundamental que los *otros* ponen en peligro, lo constituyeron la cultura y el idioma autóctonos de Eslovenia. Aunque la consolidación del nacionalismo esloveno comenzó a principios del siglo XIX, se hizo particularmente poderoso con el surgimiento del movimiento cultural-literario de 1980, que puso especial énfasis en el problema de la lengua eslovena como el elemento clave de la identidad eslovena y que estaba siendo reprimido en el contexto de la RFSY¹⁴⁰. De este modo, este movimiento dio origen a las primeras “demandas de autonomía cultural-lingüística, bien articuladas, que se creían imposibles de alcanzar sin la soberanía política”¹⁴¹.

Desde esta perspectiva, *El Borrador* se puede entender como una especie de sanción contra aquellos que no se sometieron voluntariamente a la asimilación cultural eslovena obteniendo dicha ciudadanía. Con la nueva política de ciudadanía eslovena, definida étnicamente y nacionalista en su núcleo¹⁴², la *generosa* oferta extendida a las personas no eslovenas para obtener esta ciudadanía puede verse como un intento del Estado por asimilar a los *Otros* potenciales “a través de una homogenización (más o menos) forzada de la comunidad nacional dentro de los límites de un estado-nación”¹⁴³. Mientras que aquellos que obtuvieron la ciudadanía fueron bienvenidos en el nuevo cuerpo político, aquellos que no quisieron renunciar a otras lealtades (políticas y culturales) y, al menos simbólicamente, adoptar la identidad eslovena como su identidad principal, fueron inmediatamente calificados como traidores y enemigos del Estado¹⁴⁴. En el siguiente paso, dado el vínculo *inherente* construido entre el Estado esloveno y la nación

¹⁴⁰ En este contexto, el tipo de nacionalismo esloveno está señalado como etnonacionalismo. Véase Bajt, V., *op. cit.*, pág. 205 y ss.; Zorn, J., “We, the Ethno-citizens of Ethno-democracy – The Formation of Slovene Citizenship”, *Journal for the Critique of Science*, 35, 228, 2007, pág. 55 y ss.; Rangelov, *op. cit.*, pág. 122 y ss.

¹⁴¹ Zorn, J., *op. cit.*, p. 55.

¹⁴² En general sobre ciudadanía étnica, véase Rangelov, I., *op. cit.*, I, cap. 1; para el caso específico de la ciudadanía étnica eslovena, véase *Ibidem*, parte II, cap. 4. Sobre la noción de democracia étnica, véase Smootha, S., “The Model of Ethnic Democracy”, *ECMI Working Paper* n. 13, Flensburg, 2001.

¹⁴³ Bajt, V., *op. cit.*, p. 199.

¹⁴⁴ Véase Bajt, V., *op. cit.*, p. 197; Jalušič, V., “Organized Innocence”, en Dedić, J., Jalušič, V., y Zorn, J. (Eds.), *The Erased. Organized Innocence and the Politics of Exclusion*, Ljubljana, Peace Institute, 2003, p. 8.

constitutiva únicamente de eslovenos, aquellos que no eran identificables como *verdaderos eslovenos* a través del factor de identificación clave (es decir, de la ciudadanía eslovena), “tenían que ser excluidos de la pertenencia nacional y del Estado, ya que, de acuerdo con la doctrina nacionalista que subordina todas las pertenencias e identidades a la nación eslovena, fueron definidos como *otros*, como cuerpos extraños en el organismo nacional, que debían eliminarse. Literalmente tenían que ser borrados”¹⁴⁵.

5. Conclusión

En la novela *El barco de la muerte*, B. Traven cuenta la historia de un marinero estadounidense que deambula por el mundo después de haber perdido su pasaporte. El relato realista de Traven sobre los sufrimientos cotidianos del protagonista emanados de ser indocumentado (apátrida), confirma la caracterización que hace Bauman de tales individuos como *desechos humanos*. Sin ningún medio para demostrar su estatus como ciudadano estadounidense, Gerard ingresa al mundo de la marginación social y la imprevisibilidad jurídica. Obligado a trabajar ilegalmente en un barco deteriorado y a confiar en la amabilidad de los extraños para obtener comida y alojamiento, Gerard es la personificación de los oprimidos socialmente. Como extranjero ilegal, una vez detenido por las fuerzas policiales de cualquier país en el que se encuentre, está totalmente expuesto a los caprichos de los funcionarios, que lo someten a hostigamientos, interrogatorios prolongados, encarcelamientos repetidos y deportación. Todo esto no por haber cometido un delito particular, sino por ser *la encarnación de la ilegalidad*.

En este artículo, busqué probar las tesis de Robert Barsky sobre la difícil situación de los inmigrantes indocumentados en sus sociedades de acogida.

¹⁴⁵ Bajt, V., *op. cit.*, p. 213. Bajt también señala acertadamente la “naturaleza esquizofrénica del nacionalismo esloveno” en que “aunque todos los elementos esenciales de la identidad nacional eslovena pueden ser ‘adquiridos’ (el lenguaje es el mejor ejemplo), lo que significa que en su esencia son potencialmente de naturaleza cívica; sin embargo, los extranjeros nunca son verdaderamente reconocidos como verdaderos eslovenos, porque la idea de eslovenidad todavía es arcaicamente étnica”. (*Ibidem*, p. 206).

Así, analicé la naturaleza y el papel de la aplicación arbitraria de la ley por parte de los funcionarios de la primera línea. Esa arbitrariedad posiblemente sea la característica clave de las interacciones entre los primeros y los inmigrantes indocumentados. Tomé las afirmaciones de Barsky con respecto al papel que los discursos sociales excluyentes sobre los inmigrantes indocumentados desempeñan en la producción de su vulnerabilidad jurídica y social, y analicé dos estrategias de exclusión social. Para probar la tesis según la cual los mecanismos jurídicos y sociales de exclusión no son paralelos entre sí, sino que en los casos que involucran a inmigrantes indocumentados se refuerzan y se legitiman mutuamente, presenté el caso de los *Borrados*, personas que fueron despojadas de su estatus de residentes después de la secesión eslovena de Yugoslavia. El análisis de los mecanismos jurídicos y sociopolíticos que *borraron* a ese conjunto de personas confirmó las tesis de Barsky tanto sobre la naturaleza de los mecanismos de exclusión en cuanto tales como sobre sus interacciones mutuas. El análisis jurídico y sociopolítico en dos niveles, centrado en las prácticas discursivas en los países de acogida, propuesto por Barsky y probado en el caso de *El Borrador*, resultó no solo útil para comprender las complejidades de estos procesos sociales, sino que resultó esencial para ello. Ese análisis demostró de manera bastante convincente que las medidas jurídicas y sociopolíticas de exclusión no solo se complementan entre sí, sino que también se legitiman socialmente entre sí y, por lo tanto, refuerzan los efectos excluyentes de cada uno.

(Traducción de Milton Jair Rocha Mendoza,
revisada por Revista Discusiones)

Bibliografía

- Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Oxford University Press, 2009 [1989].
- Allen, Carleton K., “Status and Capacity”, *Law Quarterly Review*, CLXXXIII, 1930, pp. 277–310.
- Atak, I., Nakache, D., Guild, E. y Crépeau, F., *Migrants in vulnerable situations and the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*. Juridico Studies Research Paper No. 273/2018, Queen Mary University of London, School of Law, 2018.
- Austin, J., *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law* (4th ed.), London, John Murray, 2002 [1879].
- Bajt, V., “More than administratively created ‘foreigners’: the *erased* people and a reflection of the nationalist construction of the Other in the symbolic idea about ‘us’”, en Kogovšek Šalamon, N. et al. (eds.), *The Scars of Erasure. A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Ljubljana, Peace Institute, 2010, pp. 195–218.
- Balzacq, T., “The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context”, *European Journal of International Relations*, 11, 2, 2005, pp. 171–201.
- Barsky, R.F., *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed “Illegal”*, Oxon-London, Routledge, 2016.
- Bauman, Z., *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Cambridge, Polity Press, 2017 [2004].
- Baumgartner, F., Epp, D. y Shoub, K., *Suspect Citizens. What 20 Million Traffic Stops Tell Us about Policing and Race*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- Bigo, D., “Security and Immigration: Towards a Critique of the Governmentality of Unease”, *Alternatives*, 27, 2002, pp. 63–92.
- Borjas, G., *The Labor Supply of Undocumented Immigrants*, Working Paper 22102, Cambridge (MA), National Bureau of Economic Research, 2016.

- Boswell, C. y Straubaar, T., “The Illegal Employment of Foreign Workers: an Overview”, *Intereconomics*, 39, 1, 2004, pp. 4–7.
- Brett, E.A., *The World Economy since the War. The Politics of Uneven Development*, London, MacMillan, 1985.
- Buonfino, A., “Between Unity and Plurality: The Politicization and Securitization of the Discourse on Immigration in Europe”, *New Political Science*, 26, 1, 2004, pp. 23–49.
- Buzan, B., Waever, O. y de Wilde, J., *Security. A New Framework for Analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, 1998.
- Carter, D.M., *State of Grace. Senegalese in Italy and the New European Immigration*, London-Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997.
- Cohen, R., *Migration and its Enemies. Global Capital, Migrant Labour and the Nation-State*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- Coulter, A., *¡Adiós, America! The Left’s Plan to Turn Our Country into a Third World Hellhole*, Washintgon DC, Regnery Publishing, 2015.
- Craig, P., “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467–487.
- Dal Lago, A., *Non-persone. L’esclusione dei migranti in una società globale* (5th ed.), Milano, Feltrinelli, 2012 [1999].
- Dayan, C., *The Law is a White Dog. How Legal Rituals Make and Unmake Persons*, New Jersey, Princeton University Press, 2011.
- De Genova, N., “Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life”, *Annual Review of Anthropology*, 31, 2002, pp. 419–447.
- De Schutter, O., *Links between migration and discrimination* (report for the European Commission), Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2009.
- Donne, J., “Meditation XVII”, *Poems*, London 1633 [1623].
- Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2006.
- Endicott, T., “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, pp. 1–18.
- Endicott, T., “The Reasons of the Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 83–106.
- Endicott, T., *Administrative Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press, 2011.

- Endicott, T., "Arbitrariness", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XXXVII, 1, 2014, pp. 49-71.
- Fraenkel, E., *The Dual State*, Clark (N.J.), The Lawbook Exchange, 2010 [1941].
- Franko Aas, K., *Globalization & crime*, London, SAGE, 2007.
- Franko Aas, K., "Crimmigrant' bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance", *Theoretical Criminology*, 15, 3, 2011, pp. 331-346.
- Franko Aas, K. y Bosworth, M. (eds), *The Borders of Punishment: Migration, citizenship and social exclusion* (1st ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Fuller, L., *The Morality of Law* (Revised ed.), New Haven-London, Yale University Press, 1969.
- García Hernández, C.C., *Crimmigration Law*, Chicago, American Bar Association, 2015.
- Gerard, A. y Pickering, S., "Crimmigration. Criminal justice, refugee protection and the securitisation of migration", en Arrigo, B.A., Bersot, H.Y. (eds.), *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies*, Abingdon, Routledge, pp. 587-611.
- Goris, I., Jobard, F. y Lévy R., *Profiling Minorities: A Study of Stop-and-Search Practices in Paris*, New York, Open Society Institute, 2010.
- Graveson, R.H., *Status in the Common Law*, London, University of London (Athlone Press), 1953.
- Green, P. y Grewcock, M., "The War against Illegal Immigration: State Crime and the Construction of a European Identity", *Current Issues in Criminal Justice*, 14, 1, 2002, pp. 87-101.
- Guastrini, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- Hobbes, T., *Leviathan*, Oxford, Oxford University Press, 2008 [1651].
- Huysmans, J., "The European Union and the Securitization of Migration", *Journal of Common Market Studies*, 38, 5, 2000, pp. 751-777.
- Huysmans, J., *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in the EU*, Abingdon, Routledge, 2006.
- Huysmans, J., Dobson, A. y Prokhovnik, R. (eds.), *The Politics of Protection. Sites of insecurity and political agency*, London-New York, Routledge, 2006.

- Jalušič, V., “Organized Innocence”, en Dedić, J., Jalušič, V., Zorn, J. (eds.), *The Erased. Organized Innocence and the Politics of Exclusion*, Ljubljana, Peace Institute, 2003, pp. 7-24.
- Jones, R., *Violent Borders. Refugees and the Right to Move*, London-New York, Verso, 2017.
- Johnson, K.R., “The Case Against Race Profiling in Immigration Enforcement”, *Washington University Law Quarterly*, 78, 3, 2000, pp. 675–736.
- Kantorowicz, E., *The King’s Two Bodies. A Study of Medieval Political Theology*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1957.
- Knowles, J., Persico, N. y Todd, P., “Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence”, *Journal of Political Economy*, 109, 1, 2001, pp. 203–229.
- Kogovšek Šalamon, N., “The erasure as a violation of legally protected human rights”, en Kogovšek Šalamon, N. et al. (eds.), *The Scars of Erasure. A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Ljubljana, Peace Institute, 2010, pp. 83–144.
- Kogovšek Šalamon, N., *Erased. Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2016.
- Kogovšek Šalamon, N., “Constitutional Democracy and the Problem of Erasure from the Registry of Permanent Residents: Challenges and Perspectives”, en Žgur, M., Kogovšek Šalamon, N., Koritnik, B. (eds.), *Constitutional Law Challenges in the 21st Century. Liber amicorum Ciril Ribičič*, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, Maribor, 2017.155–168.
- Kogovšek Šalamon, N. et al. (eds.), *The Scars of Erasure. A Contribution to the Critical Understanding of the Erasure of People from the Register of Permanent Residents of the Republic of Slovenia*, Ljubljana, Peace Institute, 2010.
- Kramer, M., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Kutz, C., “Secret Law and the Value of Publicity”, *Ratio Juris*, 22, 2, 2009, pp. 197–217.

- Labman, S., *At Law's Border: Unsettling Refugee Resettlement*, PhD Thesis, University of British Columbia, defended on 15 November 2012.
- Lipsky, M., *Street-level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York, Russell Sage Foundation, 2010 [1970].
- MacCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Mackenzie, C., Rogers, W. y Dodds, S., "Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?", en Rogers, W., Mackenzie, C., Dodds, S. (eds), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1–29.
- Marglin, S.A. y Schor, J.B. (eds.), *The Golden Age of Capitalism. Rinterpreting the Postwar Experience*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- Marmor, A., "The Rule of Law and Its Limits", *Law and Philosophy*, 23, 2004, pp. 1–43.
- Messina, A., "Securitizing Immigration in the Age of Terror", *World Politics*, 66, 3, 2014, pp. 530–559.
- Miller, J. et al., "Racism and Police Stops. Adapting US and British Debates to Continental Europe", *European Journal of Criminology*, 5, 2, 2008, pp. 161–191.
- Mindus, P., *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014. Hay traducción al español: *Hacia una teoría funcionalista de la ciudadanía*, Madrid, Marcial Pons, 2019
- Mindus, P., "Citizenship and Arbitrary Law-Making: On the Quaintness of Non-national Disenfranchisement", *Società Mutamento Politica*, 7,13, 2016, pp. 103–118.
- Mucchetti, A.E., "Driving while Brown: A Proposal for Ending Racial Profiling in Emerging Latino Communities", *Harvard Latino Law Review*, 8, 2005, pp. 1–32.
- Papastergiadis, N., *The Turbulence of Migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Cambridge, Polity Press, 2000.
- Papayannis, D.M., "Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication", *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 28, 2016, pp. 33–52.

- Plesničar, M.M. and Kukavica, J., “Punishing the Alien: The Sentencing of Foreign Offenders in Slovenia”, *Dve domovini - Two homelands*, 49, 2019, pp. 27-50.
- Rangelov, I., *Nationalism and the rule of law. Lessons from the Balkans and beyond*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- Raz, J., “The Rule of Law and Its Virtue”, *Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Richardson, H. “Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy?”, en D. Dyzenhaus, D. (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford -Portland (Or.), Hart Publishing, 1999.
- Robertson, R. et al., *Working Conditions, Work Outcomes, and Policy in Asian Developing Countries*, ADB Economics Working Paper Series (No. 497), Mandaluyong, Asian Development Bank, 2016.
- Romero, M., “Racial Profiling and Immigration Law Enforcement: Rounding Up of Usual Suspects in the Latino Community”, *Critical Sociology*, 32, 2-3, 2006, 447-473.
- Rothstein, B., Teorell, J., “What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 21, 2, 2008, pp. 165-190.
- Salmond, J., *Jurisprudence* (4th ed.), London, Stevens & Haynes, 1913.
- Schauer, F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.
- Sindic, D., Morais, R., Costa-Lopes, R., Klein, O., Barreto, M., “Schrodinger’s immigrant: The political and strategic use of (contradictory) stereotypical traits about immigrants”, *Journal of Experimental Social Psychology*, 79, 2018, pp. 227-238.
- Smootha, S. *The Model of Ethnic Democracy*, ECMI Working Paper n. 13, Flensburg, 2001.
- Sumner Maine, H., *Ancient Law*, New York, Henry Holt and Co., 1906.
- Stumpf, J., “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power”, *American University Law Review*, 56, 2, 2006, pp. 367-419.
- Traven, B., *The death ship: the story of an American sailor*, New York, Lawrence Hill Books, 1934.
- Triandafyllidou, A., “National identity and the ‘other’”, *Ethnic and Racial Studies*, 21, 4, 1998, pp. 593-612.

- Tuzet, G., “A Short Note on Digestive Realism”, *Revus — Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 25, 2015, pp. 11–14.
- Ugelvik, T., “The incarceration of foreigners in European prisons”, en Pickering, S. and Ham, J. (eds), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*. London & New York, Routledge, 2014, pp. 107–120.
- Villa, C.G., *Un nuevo Estado para un nuevo orden mundial: Una (re) lectura del proceso soberanista esloveno*, Tesis de doctorado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014 (defendida el 27 de noviembre de 2014).
- Vito, A., Grossi, E., Higgins, G., “The Issue of Racial Profiling in Traffic Stop Citations”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 33, 3, 2017, pp. 431–450.
- Wæver, O., “Securitization and desecuritization”, en Lipschutz, R. (eds), *On Security*, New York, Columbia University Press, 1995, pp. 46–86.
- World Bank Group, *Moving for Prosperity. Global Migration and Labor Markets*, Policy Research Report, Washington, DC, The World Bank, 2018.
- Wright, G., “Arbitrariness: Why the Most Important Idea in Administrative Law Can’t Be Defined, and What This means for the Law in General”, *University of Richmond Law Review*, 44, 2, 2010, pp. 839–865.
- Zacka, B., *When the State Meets the Street. Public Service and Moral Agency*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.
- Zorn, J., “We, the Ethno-citizens of Ethno-democracy — The Formation of Slovene Citizenship”, *Journal for the Critique of Science*, 35, 228, 2007, pp. 52–69.

Sección IV

Balance de una Discusión

Sobre cheques y normas penales en conflicto. Balance de *Discusiones 9* (2009)

*On Checks and Conflicting Criminal Norms.
Taking Stock of Discusiones 9 (2009)*

Santiago Roldán*

Recepción: 16/04/2018

Evaluación: 07/06/2018

Aceptación final: 14/07/2018

Resumen: El texto retoma el debate dado en *Discusiones 9* alrededor del artículo de Juan Pablo Alonso “Normas penales y conflicto de deberes”. Tras presentar brevemente los argumentos del autor, analizo algunas ramificaciones de los temas tratados en aquella polémica y las distribuyo según se refieran a la parte especial del derecho penal, a su parte general o la Teoría general del derecho.

Palabras claves: delitos, derecho penal, conflicto de deberes, contradicciones normativas

Abstract: This essay tackles the debate generated in *Discusiones 9* around Juan Pablo Alonso’s “Normas penales y conflicto de deberes”. After briefly introducing the author’s arguments, I analyze some ramifications of the subjects that were addressed in that controversy. I distribute them depending on their relation to the special part of criminal law theory, the general part of criminal law theory, or the legal theory.

Key-words: crimes, criminal law, conflict of duties, contradictory norms

* Abogado y doctorando (Universidad Nacional de Buenos Aires). Correo electrónico: santirol@hotmai.com. Agradezco los comentarios de la árbitra o el árbitro anónimo y los siempre atinados consejos de Gustavo Beade.

1. Introducción

El artículo “Normas penales y conflicto de deberes” de Juan Pablo Alonso¹ (en adelante NP), sobre el cual giró el número 9 de la revista *Discusiones* (2009), tiene un atractivo particular. El autor utiliza un acercamiento analítico, generado en el ámbito de la Teoría general del derecho, con el fin de iluminar un problema concreto del derecho penal, más precisamente, la interacción de dos figuras delictivas del código penal argentino. Y esta confluencia explícita de saberes no es algo que se vea todos los días.

No es mi intención reproducir el debate del que participaron Iñigo Ortíz de Urbina Gimeno, Luis Duarte d’Almeida, Alejandra Verde y José Milton Peralta, y las respuestas dadas por el propio Alonso; para introducirse en él nada mejor que la insuperable presentación de Hernán Bouvier al número 9 de la revista y los textos que la componen. Tampoco intentaré dirimir aquella discusión, sino más bien presentar una serie de ramificaciones nacidas de aquel debate que cruzan diversas áreas del derecho y merecen seguir siendo pensadas.

Luego de resumir el texto de Alonso, tomaré un camino distinto del usual y partiré de lo más puntual para finalizar en lo más general, es decir, desde la parte especial del derecho penal pasaré a su parte general, para terminar en la Teoría general del derecho.

2. “Normas penales y conflictos de deberes”

El texto de Alonso se centra en un conflicto que *podría* darse entre dos delitos contenidos en el Código Penal Argentino: el llamado libramiento de cheques sin fondos (art. 302, inciso 1º) y la quiebra fraudulenta (art. 176, inc. 3). El caso que concentra la atención de Alonso es el siguiente: una persona libra un cheque común que es rechazado por carecer de fondos en la cuenta, ante lo cual resulta intimado al pago, pero esto último ocurre luego de que el librador se presentó en concurso preventivo o fue declarado

¹ Alonso, J. P., “Normas penales y conflicto de deberes”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 21-60.

en quiebra. Ante dicha situación ¿el librador debe o no pagar el cheque? En su caso, ¿qué debe fallar un juez penal que analiza tal comportamiento?

Las formulaciones normativas con las que Alonso comienza su análisis son el art. 302, inciso 1º, y el art. 176, inciso 3. En lo que aquí importa, en el primero se establece una sanción de prisión e inhabilitación para el que “dé en pago... un cheque sin tener provisión de fondos... y no lo abonare... dentro de las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante... forma documentada de interpelación”.

Según el 176, inciso 3º, “[s]erá reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión... e inhabilitación..., el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere... [concedido] ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

Para Alonso, si la persona paga el cheque otorgará una ventaja indebida a un acreedor al no respetar el procedimiento, los plazos y las condiciones del proceso de concurso o quiebra (en otras palabras, no respetará la *pars conditio creditorum*); sin embargo, si elige no hacerlo, habrá librado un cheque sin fondos sin haberlo pagado al ser intimado.

Alonso utiliza este caso para analizar una situación patológica entre lo que identifica como el “sistema del juez o sistema primario” y el “sistema del ciudadano o sistema secundario” a la luz de las normas que extrae de los artículos 176, inciso 3, y art. 302, inciso 1, del código penal². A partir de las nociones de norma primaria y secundaria de Kelsen, llamará “sistema del juez o primario” al conjunto de normas que regulan la actividad sancionatoria de aquél y, “sistema del ciudadano o secundario”, al conjunto de normas que regulan la conducta de las personas. Para Alonso, el sistema primario conformado por tales normas es completo y consistente y el juez deberá sancionar cualquiera sea la decisión del ciudadano; solo cambiará la figura delictiva aplicable: utilizará el art. 302 si el sujeto no paga el cheque y si lo hace, el art. 176, inciso, 3. No obstante, remarca el autor, si se mira la situación desde la óptica del ciudadano, se verá que de ambos artículos

² Es importante tener en cuenta que su análisis se limita a esas dos normas, pues el caso podría ser encuadrado en el inciso 2º del art. 302 CP (véase Peralta, J.M., “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la *actio illicita in causa*”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 156-158).

se derivan normas (secundarias) contradictorias: la persona no debe pagar el cheque porque incurriría en el delito quiebra fraudulenta y debe pagarlo porque de lo contrario cometería el delito previsto en el 302, inciso 1. Por tal motivo, el sistema secundario presenta una contradicción normativa: un conflicto entre deberes jurídico-penales que no pueden satisfacerse simultáneamente³.

Según Alonso, podría sostenerse que, no obstante la no conflictividad del sistema primario, "...el juez no puede ignorar la conflictividad del sistema secundario; dicho de otra forma, al momento de dictar sentencia, el juez debe atenerse a todas las circunstancias normativas (primarias y secundarias) que se relacionan con la conducta que está juzgando"⁴. Ello abriría el siguiente espectro de alternativas normativas: (1) la condena bajo cualquier supuesto, (2) la condena bajo un supuesto y la absolución bajo el otro, dependiendo de que prevalezca el delito del art. 176 frente al del art. 302 (condena en caso de pagar el cheque y absolución en caso de no pagarlo), o al revés (condena por no pagar el cheque y absolución por pagarlo), y (3) la absolución bajo cualquier supuesto.

Alonso descarta la primera opción. En su opinión, condenar tanto si se paga como si no implicaría aceptar la derivación de una nueva norma según la cual "[s]i es un deudor sujeto a las reglas concursales que libró un cheque que fuera rechazado sin fondos e intimado de pago, es obligatorio imponer una sanción penal" (desde el punto del sistema primario del juez) o "[e]stá prohibido estar intimado al pago de un cheque rechazado sin fondos estando sujeto a las reglas concursales" (visto como norma secundaria dirigida al ciudadano), y tal solución le resulta improcedente por varias razones. La primera es que el nuevo delito torna "indominable para el agente una acción que en los tipos de origen es dominable": el pago del cheque. Alonso recuerda que la doctrina penal es relativamente unánime

³ Como dice Alonso siguiendo la caracterización de Alf Ross, se trata de una inconsistencia fáctica "parcial —parcial", pues cada una de las normas en juego tiene un campo de aplicación en el que no se produce conflicto, de modo que la intersección es sólo parcial. Ante un determinado caso, ambas normas regulan la acción "pagar el cheque rechazado" de manera deónticamente incompatible: una (el art. 302) obliga a pagar el cheque y la otra (el art. 176) prohíbe hacerlo (NP, p. 35).

⁴ NP, pp. 42-43.

en sostener que un elemento indominable no puede ser imputado (en la tipicidad objetiva) y si bien reconoce que aquello suele decirse respecto de casos en los que la indominabilidad se debe a razones fácticas, nada obsta, en su opinión, a que tal falta de dominabilidad se presente por razones normativas. A su vez, considera la propuesta de sancionar en todos los casos atentaría contra el principio de legalidad por no encontrarse descripta la conducta prohibida en una norma penal explícitamente formulada. Por último, rechaza la afirmación de que el sistema secundario es irrelevante para el juez y que éste debe guiarse, exclusivamente, por los lineamientos normativos del sistema primario, pues:

El derecho penal evalúa conductas humanas con el objeto de determinar la procedencia de una sanción penal; frente a una acción típica el juez debe evaluar las razones, circunstancias y condicionantes que llevaron al agente a obrar del modo en que lo hizo⁵.

Descartada por improcedente la primera opción, debe determinarse cuál es del deber jerárquicamente superior y corresponderá sancionar únicamente cuando la persona lo haya infringido. Esto lo introduce a la segunda posible alternativa normativa: la condena bajo un supuesto y la absolución bajo el otro.

Un primer modo de intentar establecer una diferente jerarquía entre los deberes, dice Alonso, es analizar las penas atribuidas a cada delito y, a partir de allí, establecer cuál es el instituto tutelado más fuertemente⁶. Sin embargo, descarta este método. Aun en el caso de afirmarse que el delito del art. 176 tiene prevista una sanción mayor que la del art. 302, y que por lo tanto debe cumplirse con el deber jurídico de respetar la *pars conditio creditorum*,

no puede afirmarse que “no matar” es más importante que “no dañar el patrimonio” porque el primero está penado más severamente que el segundo, sino lo contrario: porque la vida es más

⁵ NP, pp. 47-48.

⁶ NP, p. 50.

importante que el patrimonio es que “matar” tiene mayor pena que “dañar el patrimonio”...⁷.

Además, agrega Alonso, las diferentes escalas atribuidas a los delitos pueden tener otras justificaciones, por ejemplo, que ellas reflejen un distinto modo de comisión que hagan más grave el comportamiento o que la menor sanción puede deberse a que existen protecciones no penales de importancia⁸.

A lo anterior Alonso suma el dato de que las diferencias entre los marcos penales de los delitos analizados no son significativas en su opinión (art. 176: prisión de 2 a 6 años e inhabilitación especial de 3 a 10, y art. 302: prisión de 6 meses a 4 años e inhabilitación especial de 1 a 5). Considera que se tratan de escalas de “relativa equivalencia”⁹ por lo que parecería que lo determinante tendrían que ser razones independientes a ellas. Sin embargo, Alonso no encuentra argumentos que diriman el conflicto pues, sostiene, intuitivamente podría afirmarse que el régimen de quiebra prevalece al del cheque porque el primero es un proceso universal, donde todos los acreedores concurren en pie de igualdad, y que la ley de Concursos y Quiebras no establece privilegios para tenedores de cheques, al punto tal que hasta los acreedores más privilegiados (como los que tienen garantías hipotecarias) deben sujetarse a tal régimen. Como contrapartida, el delito de cheque tutela la fe pública, puntualmente, la previsibilidad y fiabilidad del mercado financiero de títulos circulatorios y sucedáneos de la moneda de curso legal, y por tal motivo es improcedente comparar ambos delitos pues “[so]n bienes jurídicos distintos que apuntan hacia principios distintos (la propiedad, por un lado; el libre mercado, por el otro) y es difícil, [si no]... imposible, determinar cuál de ellos debe prevalecer en desmedro de otro”¹⁰.

⁷ NP, p. 51. Véase la crítica que Peralta le formula a esta afirmación, en Peralta, J.M., *op. cit.*, pp. 133-140, crítica que Alonso estima acertada (Alonso, J.P., “Respuesta a las críticas”, *Discusiones*, 9, 2009, p. 174).

⁸ NP, p. 51.

⁹ NP, p. 52.

¹⁰ NP, p. 54.

Ante la imposibilidad de determinar qué deber jurídico prevalece y cuál cede, Alonso analiza y defiende la tercera alternativa de solución: absolver en todos los casos, es decir, no condenar tanto si se cancela el cheque luego de la intimación, como si no se lo hace. Esta alternativa le parece la adecuada porque el agente que se encuentre ante esta situación de conflicto entre el deber de pagar el cheque y el deber de no pagarlo, nunca obraría antijurídicamente por haber actuado en cumplimiento de un deber. En definitiva, cualquiera sea el camino que el sujeto siga, su elección no podrá ser objeto de sanción penal. Hasta aquí el texto de Alonso.

3. Parte especial del derecho penal y el artículo 302, inc. 1°, del CP

En la llamada parte especial del derecho penal se estudian los elementos que caracterizan a las distintas clases de delitos o figuras delictivas; ese análisis puede ser hecho en un plano prescriptivo (normativo) o en uno descriptivo. En el primero de lo que se trata es de establecer y fundamentar qué tipo de comportamientos deberían ser considerados delitos (y qué penas merecen o es necesario que reciban), mientras que en el segundo lo estudiado son las figuras penales que contiene un determinado ordenamiento jurídico, por ejemplo, los delitos previstos en el Código Penal Argentino. No sería extraño encontrar desacoples entre ambos planos tales como que un concreto sistema jurídico no contemple como delito un comportamiento que desde el punto de vista normativo debiera serlo o, viceversa, que una legislación trate como delictivo una conducta que no debería serlo desde el punto de vista normativo.

El trabajo de Alonso se ubica en este segundo plano, es decir, en el descriptivo, y no deja de ser notable que la figura central sobre la que reposa su atención sea el delito conocido como “libramiento de cheques sin fondos” (art. 302, inciso 1°, CP). Pocos delitos son tan subestimados por lucir como una infracción menor de la que apenas podría justificarse su inclusión en un código penal y, además, bajo una sanción de prisión de un máximo de 4 años, como sucede en el Código Penal Argentino. Ello se trasluce, por ejemplo, en la siguiente cita de un conocido manual de derecho penal:

Si prescindimos del código y de las leyes penales y lanzamos una pregunta indiscreta a la realidad social, no necesitamos mucha penetración para percatarnos de que entre la conducta de quien libra un cheque sin provisión de fondos y la de quien golpea una mujer y la viola, no hay nada en común, es decir, que se trata de dos acciones con significado social completamente distinto. Lo único común entre esas conductas es que ambas están previstas en la ley penal...¹¹.

Del mismo modo, no resulta aventurado decir que se trata de una figura delictiva que despierta desgano entre los integrantes del sistema judicial: en un ámbito donde los recursos para investigar y juzgar delitos son escasos, pareciera que los esfuerzos tendrían que ser puestos en otro lado. Sin embargo, pocas figuras han generado tanta cantidad de controversias a nivel jurisprudencial como el delito de “cheques sin fondos”. Muestra de ello son la cantidad de plenarios que lo han tenido por objeto. La Cámara en lo Criminal y Correccional dictó los plenarios “Alhadeff” (1957), “Seni” (31/5/1960) y Ganapol (13/8/1964), y la Cámara Nacional en lo Penal Económico los plenarios “Gerlero” (6/5/1966), “Crivelli” (20/10/1967), “Silenzi” (09/8/1968), “Walas” (27/11/1968) e “Hidalgo del Castillo” (20/12/1968)¹². Hasta la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación lidió varias veces con él, como se puede apreciar en el recuento que hace el Procurador General en el dictamen del fallo “Quiroga de Maiolo” (Fallos 293:115). Pero quizá lo más representativo sea la jurisprudencia plenaria dictada por la Cámara Federal de Casación Penal. Este tribunal ha dictado, hasta el momento, catorce plenarios y solo tres de ellos se refieren a la parte especial del derecho penal. ¿Cuál o cuáles fueron los delitos

¹¹ Zaffaroni, E.R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 21. También, Laporta, M.H., “El Dolo y su determinación en Casación. Normatización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto”, *Lexis Nexis*, 2007, p. 77, nota 1: El delito de pago con cheque sin provisión de fondos es “...un delito de cuestionable legitimidad penal, puesto que genera muchas dudas su confronte con..., por un lado, la regla que impide el establecimiento de prisión por deudas...; y por otro, el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal...” (también, pp. 81-82).

¹² Incluso en una oportunidad la cámara fue convocada para fijar doctrina sobre el caso planteado en NP en la variante de la convocatoria de acreedores, sin embargo el tribunal no dictó doctrina plenaria porque para la mayoría de los jueces no estaban reunidos los presupuestos procesales necesarios (Cámara Nacional en lo Penal Económico, “Perotti”, 9/02/1973).

estudiados? Los tres se refieren al art. 302 del Código Penal. Hablo de los plenarios “Jalile” (13/12/1996), “Iriart” (30/9/2003) y “Pereyra” (25/7/2005).

Otro aspecto llamativo es que si bien la figura de libramiento de cheques sin fondos está prevista en la versión original de nuestro código penal (1921), contando incluso con antecedentes más antiguos, ha generado discusiones que sólo de manera reciente han sido atendidas por los juristas dedicados a la parte general del derecho penal. Doy dos ejemplos.

Al igual que los debates actuales en torno a los delitos medio ambientales y la legitimidad de los “delitos de daño acumulativo”¹³, la problemática que encierra esa clase de figuras ya se encontraba presente en el delito de libramiento de cheques sin fondos. Se afirma que lo protegido es la fe pública respecto al funcionamiento del cheque como instrumento en la vida económica y patrimonial, sin embargo, es claro que el libramiento de un cheque sin fondos no pone en jaque el funcionamiento de la institución “cheque” como papel de comercio en la vida social, sino que es la repetición de tal actuar lo que provocaría la desconfianza en las personas y, como consecuencia, su falta de funcionamiento en los hechos (que la economía necesite de un instrumento como el cheque y que su utilización deba estar respaldada con el derecho penal es otra discusión). El otro ejemplo se refiere al dolo y los supuestos de ceguera ante los hechos o desconocimiento deliberado¹⁴. El tema ya se planteaba en aquellos casos en los cuales quien libraba un cheque sin fondos se las ingeniaba para “no recibir o no tomar conocimiento” de la comunicación que le pudiera ser dirigida como intimación para su pago¹⁵.

¹³ Con ello se hace alusión a que una única realización del delito (por ejemplo, verter residuos tóxicos al cauce de un río) o bien no produce una afectación al medio ambiente, o bien no lo hace de una manera notoria, sino que es su comisión repetida por diversas personas lo que realmente lo perjudica y se busca en definitiva evitar. Ello genera la pregunta de si esta clase de figuras respeta el principio de daño, el principio de proporcionalidad (entre la gravedad del concreto hecho y la sanción) y el de culpabilidad (responsabilidad por el hecho propio —proscripción de la responsabilidad por el hecho de un tercero—. Véase Alcácer Guirao, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, RECP, 04-08, 2002, p. 20.

¹⁴ Sobre todo esto puede verse el número 12 de *Discusiones*, “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”.

¹⁵ Véase CN Penal Económico, Sala III, “Arribas de Santos” Reg. 191/1986, rta. el 26/6/1986. Véase también el plenario “Iriart” de la CN Casación Penal. Un análisis más detallado en Laporta, *op. cit.*

Por toda esta serie de controversias no debería sorprender que un número de la revista *Discusiones* se haya centrado en el delito de libramiento de cheques sin fondos. El art. 302 del Código Penal ha generado muchos debates y estos, tal como acontece con el caso tratado en el artículo de Alonso, exigen que se los siga estudiando aún. Valga como muestra la siguiente cuestión, que recién aparecerá aludida por Alonso en las últimas páginas del debate.

a) Ventajas indebidas y pagos autorizados

En su respuesta a la crítica de Ortíz de Urbina Gimeno (y también de Peralta) respecto a que era claro que el deber de no pagar el cheque era mayor al de hacerlo, pues la pena prevista en el art. 176, inc. 3, es más grave que la del 302, inciso 1, Alonso afirma que el delito de quiebra fraudulenta requiere, en su tipo penal, que se concedan ventajas “indebidas” a cualquier acreedor por lo que, de manera previa a analizar las escalas penales, debería elucidarse si pagar un cheque ante la intimación por su rechazo no era en rigor un “pago debido”¹⁶.

Alonso señala algo importante: el texto del artículo 176, inc. 3, alude a las “ventajas indebidas”, por lo que se sobreentiende que el sistema jurídico admitiría ciertos pagos (los que son “debidos” o al menos autorizados) a pesar de la situación patrimonial en que se encuentra el deudor¹⁷. Uno podría pensar que expresiones que contienen algunas formulaciones legales de delitos, como “indebida” en el 176, o el “ilegalmente” del art. 141 del CP (privación de la libertad) o similares, son o funcionan como una alusión redundante a las causales de justificación que podrían tener por autorizado un comportamiento que de otro modo estaría prohibido (por ejemplo, un estado de necesidad o una legítima defensa), pero lo más usual es que tales alusiones hagan referencia a las leyes que reglamentan los instrumentos o institutos del derecho que están involucrados en el caso o a

¹⁶ NB, pp. 170 y 176.

¹⁷ De hecho, Duarte d’Almeida había sugerido que el caso trabajado por Alonso podía resolto por medio de una interpretación adecuada del adjetivo “indebida” contenido en art. 176, inc. 3 (Duarte d’Almeida, L., “Deberes Jurídicos, Teoría del Derecho y Dogmática Penal”, *Discusiones*, 9, 2009, p. 109).

autorizaciones estatales para llevar a cabo determinadas actividades sujetas a fiscalización¹⁸. En el caso que nos ocupa, el giro utilizado en art. 176, inc. c, nos remite al régimen legal de los concursos y quiebras y a la legislación que regula la utilización de los cheques. Acaso el conflicto que existe entre los intereses del receptor del cheque (que se lo paguen) y el del resto de los acreedores del librador (que el monto del cheque forme parte del activo del concurso o la quiebra), ya se encuentre regulado por fuera de las leyes penales estrictamente hablando.

Por ejemplo, eso era lo que sucedía con cuando regía el decreto-ley 4776/63 (modificado por las leyes 16.613 y 23.549). En su artículo 34 establecía: “El banco girado debe pagar el cheque inmediatamente a su presentación; pero se negará a pagarlo... [c]uando el banco tuviese conocimiento de que el librador fue declarado en quiebra o en concurso civil con anterioridad a la fecha de su emisión...”.

A partir de ese artículo no era difícil concluir, mediante un *argumento a contrario*, que el cheque presentado al cobro debía ser pagado por el banco girado siempre que haya sido librado con *anterioridad* al concurso o la declaración de quiebra¹⁹. Si eso era así, lo mismo podía concluirse, argumento *a simile* mediante, para el caso de que la cuenta careciera de fondos y, ante el rechazo, el tomador del cheque intimara su pago documentalmente: si el librador tenía el dinero en efectivo debía cancelar el cheque sin que pudiera ampararse en el inicio de un procedimiento concursal o la declaración de quiebra²⁰. Todo ello generaba la consecuencia de que, en rigor, el monto por el cual se libraba el cheque ya no podía ser contabilizado como parte del patrimonio del deudor que constituía la garantía o prenda común del resto de los acreedores.

El régimen del decreto ley 4776/63 fue derogado por la ley 24.452, que estableció una nueva reglamentación (Ley de cheques). En el artículo 34 ya no se lee la aclaración sobre los concursos y quiebras y únicamente se consigna que el banco se negará a pagar un cheque “en los casos estable-

¹⁸ Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997, §§ 10 y 30-33, pp. 291-292.

¹⁹ Fontanarrosa, R.O., *Régimen Jurídico del Cheque*, Buenos Aires, Zavalía, 1986, pp. 77 y 146.

²⁰ Bergel, S.D., “Convocatoria de acreedores y delito de cheques sin provisión de fondos”, ED, 33, 1970, pp. 807-808.

cidos en esta ley o en su reglamentación”. Bajo esa redacción ya no queda tan claro si el banco debe pagar o no el cheque librado *con anterioridad* del concurso o la declaración en quiebra. Pero en la dirección contraria, ahora tampoco lo es si el banco no debiera pagar los cheques librados incluso *después* de abierto el concurso o decretada la quiebra. En esa dirección, por ejemplo, corre el artículo 54 de la ley cuando establece que los cheques de pago diferido son oponibles a concursos y quiebras. Paralelamente, lo que funciona como régimen general es lo establecido por la ley de Concursos y Quiebras (24.522). En lo que respecta a la quiebra, con su declaración “[e]l fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración... y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración” (art. 107) y los pagos que hiciera el fallido serían pasible de ser declarados ineficaces (arts. 109 y 119). No ocurre lo mismo con el concursado, pues la persona conserva la administración de su patrimonio y podría llegar a pagar un cheque ante su intimación. Sin embargo, esa administración se encuentra bajo vigilancia del síndico e incluye la prohibición de realizar ciertos actos (arts. 15 y 16). Al margen de ello, lo anterior debe ser analizado a la luz del régimen de privilegios contenidos en esa ley (Título IV, capítulo I) y las disposiciones pertinentes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Capítulos 1 y 2 del título II del libro sexto).

Todas estas cuestiones podrían seguir debatiéndose por especialistas en derecho comercial a los fines de establecer si el pago de un cheque librado previo al concurso o a la quiebra constituiría o no un pago “debido” en los términos del art. 176, inc. 3, del CP²¹. En todo caso, lo que queda de enseñanza para los penalistas es aquello que una vez le escuché decir a Norberto Spolansky en su seminario: “no vayan a pensar que en el derecho penal se termina el derecho”.

²¹ Puede verse, por ejemplo, y con referencias doctrinales y jurisprudenciales, CN Comercial, Sala F, “Havalon SRL”, Expte. 030080/2013, rta. 19/12/2013.

b) La estructura del delito de libramiento de cheques sin fondos

En paralelo a lo anterior, existe otra cuestión no analizada en el debate de *Discusiones 9* que tiene relevancia para la solución del caso analizado en NP. Me refiero al requisito de “no pago del cheque luego de la intimidación” y su controvertida función (los penalistas suelen hablar de su “naturaleza jurídica”). Esta discusión, que ha ocupado a juristas y jueces por igual, se vincula con la pregunta acerca de cuál es, en definitiva, el delito previsto en el art. 302, inc. 1, del CP. Es indudable que el “no pago” es una condición para que pueda aplicarse la pena, pero es objeto de controversia si tal elemento forma parte del comportamiento prohibido o no. Esto es importante porque de acuerdo con la función que se le atribuya distintas serán las consecuencias que se deriven.

Para los penalistas la clave está en determinar si el “no pago del cheque luego de ser intimidado” es un “elemento del tipo objetivo” o una “excusa absolutoria”. De manera directamente relacionada con ello se ha entendido que la figura del art. 302, inc. 1, se trata: *a)* de un “delito plurisubsistente”, compuesto de una acción (libramiento del cheque sin fondos) y una omisión (no pago luego de la intimidación) [Soler, Fontan Balestra], *b)* un delito de predominante actividad (el delito consiste en librar un cheque sin fondos) [Borinsky] o *c)* un delito propio de omisión (el delito consiste en no pagar el cheque rechazado luego de ser intimidado) [Bacigalupo]²². Lo relevante para el caso analizado en NP es que si se sostiene tesis del delito de pura actividad, lo delictivo únicamente sería el librar el cheque sin fondos y el requisito de “no pago” tan solo constituiría una excusa absolutoria. Por fines distintos a los que hace al comportamiento algo delictivo, el poder legislativo condiciona la punición del hecho a la no concurrencia de un factor (el pago) que, como “puente de plata” o “salvavidas”, se le otorga a quien ya cometió un delito.

Ahora, para quien sostenga esta postura, no existiría un conflicto entre deberes jurídico-penales en el caso presentado por Alonso, pues la posibi-

²² Véase, Borinsky, C., *Derecho penal del cheque*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 67-84, con referencias. También, Righi, E. y Juárez, A.L., *El régimen penal del cheque*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 99-104.

alidad de pagar el cheque ante su rechazo es otorgada como una facultad, semejante a una carga procesal, de la que se puede hacer uso o no a fin de evitar la aplicación de una sanción penal. Y una carga no es un comportamiento obligatorio. Dado que es un “beneficio” que otorga la ley, bien podría sostenerse que quien pierde esa posibilidad o no la puede utilizar, por ejemplo, por tener que usar el dinero para otros fines, no tiene derecho a quejarse, del mismo modo que tampoco lo tendría quien pierde la posibilidad de desistir al ser sorprendido durante la ejecución de un delito (al menos para aquellas posturas que consideran al desistimiento de la tentativa una excusa absolutoria)²³.

Todo lo anterior nos muestra que, en rigor, el caso analizado por Alonso sólo se presenta ante determinada lectura del artículo 302, inciso 1º, CP (aquella que ve en él un delito plurisubsistente o de una omisión propia) y del art. 176, inc. 3 (la de quien ve como “indebido” a quien paga un cheque librado previo al concurso o la quiebra). En efecto, los conflictos normativos solo se presentan ante normas, y no entre las formulaciones normativas con las que se las transmiten o imparten²⁴. Claro que Alonso podría responder que aquellos no eran temas que le interesara analizar en NP, pero sin duda, sí serían relevantes para aquel que tenga que opinar ante un caso real (sea un juez, un fiscal, o un defensor).

²³ Se debe reconocer, no obstante, que esto exige apartarse de la definición de Kelsen de “acto ilícito”, pues —siguiendo a Nino— en ella no se distingue entre los distintos antecedentes de la sanción que prevé la norma primaria, con lo cual, mecánicamente pasan a formar parte de la norma secundaria. De ese modo, la definición de Kelsen no permite distinguir cuál es el acto ilícito cuando más de un comportamiento del sujeto castigado integra el antecedente de la sanción. Por ejemplo, según la vieja redacción del Código Penal, para sancionar una violación era necesario que el autor no se casara con la víctima. Sin embargo, nadie diría que el no casarse es un acto ilícito. Como señalaba Nino, la dificultad viene dada por la negativa de Kelsen a admitir normas jurídicas directamente prohibitivas diferentes a las que disponen sanciones (Nino, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 177 y 183-184; también, Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 329, nota 40). Duarte d’Almeida desafía esa interpretación de Kelsen (Duarte d’Almeida, L., *op. cit.*, p. 98, nota 34) y si bien no estoy en condiciones de saldar la disputa hermenéutica, puedo decir que si le asistiera la razón, no cabe duda que Kelsen no fue claro en este punto.

²⁴ Alchourron, C.E. y Bulygin, E., “La Norma Jurídica”, en Garzón Valdéz, E. y Laporta, F. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 134-135.

Sea como fuere, lo dicho hasta aquí lo único que lograría demostrar es que el ejemplo utilizado en NP quizás no era el más indicado para analizar “...las relaciones entre el ‘sistema del juez’ y el ‘sistema del ciudadano’ en el específico ámbito del derecho penal, explorando...las peculiares reacciones del sistema normativo del juez (*prima facie* completo y consistente) ante la existencia de conflictos de deberes jurídico-penales en el sistema del ciudadano”²⁵. Sin embargo, eso no quita que efectivamente se trata una problemática digna de atención; muy por el contrario, el conflicto de deberes es un tema sumamente arduo.

4. La Parte general del derecho penal y los conflictos de deberes jurídicos

Con solo saber que un comportamiento encuadra en una figura de la parte especial del derecho penal no se puede afirmar que se trate de un delito, pues el hecho pudo haberse cometido bajo un contexto que lo justifique o bien lo exculpe (e incluso cabe la posibilidad que la aplicación de la pena esté condicionado por una condición objetiva de punibilidad o un excusa absolutoria). El texto de Alonso invita a reflexionar muchas cuestiones vinculadas a las causales atipicidad, justificación y exculpación dado que el “conflicto de deberes”, tema sobre el que centra su análisis, puede tener consecuencias en esos diversos puntos de análisis dependiendo de las opiniones que se mantengan. En adelante trataré brevemente dos tópicos referidos a tal instituto: el primero, vinculado al principio “deber implica poder” (punto a); el segundo, referido a algunos modos legislativos de dirimir conflictos de deberes (punto b).

a) Conflicto de deberes, “deber implica poder” y condena

Se presenta un conflicto de deberes cuando ante una situación determinada una persona se enfrenta a dos o más deberes de contenido incompatible. Las normas en los que se fundan esos deberes pueden tener diferente

²⁵ NP, p. 26.

origen (normas morales, por ejemplo). El caso analizado por Alonso se refiere a un conflicto de *deberes jurídicos* fundado en normas extraídas de los artículos 176 y 302 del Código Penal Argentino —por los que lo llama *deberes jurídico-penales*— y respecto del cual concluye que cualquiera sea el comportamiento que la persona siga estará justificada bajo la causal “cumplimiento de un deber” (art. 34, inc. 4, del CP).

Todo comportamiento típico pero amparado por “el cumplimiento de un deber” tiene en su base un conflicto de deberes: concurre en el caso tanto la prohibición genérica de no incurrir en una conducta típica, como también el mandato opuesto de llevarla a cabo. Para que el conflicto pueda ser resuelto es imprescindible que junto a tales elementos se cuente con un criterio de ordenación, jerarquía o preferencia en virtud de cual preponderará el deber de realizar el comportamiento típico justificado. Es este último factor el que permite decir que el deber que prevalece introduce una excepción al deber que se le opondrá²⁶. Puede ocurrir, incluso, que la elección del criterio de preferencia se deje en manos de la persona que enfrenta el dilema, pues los deberes se estiman de igual peso, y no cometerá un delito siempre y cuando cumpla con alguno ellos.

Los penalistas debaten sobre qué repercusiones deberían tener los supuestos de conflictos de deberes. Existe consenso en que corresponde cumplir con el deber de mayor peso, pero a partir de allí se discute en cómo establecer esa prioridad y qué consecuencias traería aparejada ¿se trata de supuestos de atipicidad o de falta de antijuricidad? Y cuando los deberes tienen igual jerarquía, se agrega la posibilidad de que únicamente se trate de una exclusión de la culpabilidad²⁷.

²⁶ Rodríguez, J.L., “La derrotabilidad de las normas jurídicas” [1997], ahora en Bayón, J. C. y Rodríguez, J. L. (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado, 2003, pp. 86 y 94.

²⁷ Para un amplio panorama sobre la problemática, con gran cantidad de referencias y propuestas novedosas, véase Coca Vila, I., *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Atelier, 2016. No puedo aquí siquiera reseñar el texto —que sustancialmente coincide con su tesis doctoral defendida en la Universidad Pompeu Fabra—, en el que somete a la colisión de deberes jurídicos penales a un riguroso análisis, revisando los conceptos involucrados, su estructura normativa, la concreta ubicación sistemática en la teoría del delito y los métodos de solución de conflictos. Se trata, sin duda, de

Puede haber diferentes tipos de configuraciones de conflictos de deberes dependiendo de las variables en juego, sin embargo, hay un factor que se mantiene constante en el trato que debe depararse a quien esté envuelto en uno de ellos, cualquiera sea el camino que haya elegido para sortearlo, que aquí quisiera resaltar. Y es el siguiente: si se va a reprochar/sancionar a esa persona, sólo se lo podrá hacer por un único delito, por más que sean dos, tres o más deberes garantizados con una pena los que entren en escena.

Esto último se puede apreciar fácilmente en los conflictos en los que el cumplimiento de un deber implica necesariamente incumplimiento de otro, y viceversa, ya que es *lógicamente imposible* cumplir con el contenido de ambos en la misma ocasión. Es el caso analizado en NP: si se paga el cheque se incumple el deber derivado del 176, inc. c; si no se lo hace, el del 302, inc. 1. La sanción, en todo caso, será aplicada a título de uno de esos dos delitos, pero no de ambos. Sin embargo, lo mismo ocurre bajo las configuraciones en las cuales, si bien el sujeto no puede cumplir con los dos deberes de modo acumulativo, sí podría hacerlo de manera alternativa. En tales casos está abierta una tercera opción: que el obligado desatienda los dos deberes. Esta posibilidad está presente en el clásico ejemplo del padre que en un naufragio tiene que optar entre salvar a un hijo o a otro porque le es *físicamente imposible* rescatarlos a ambos (Alonso alude al ejemplo en p. 56)²⁸. El padre está frente a un deber alternativo (“debes salvar a una o al

una obra imprescindible y actual para quien desee tener una completa y profunda mirada de un instituto que casi no ha recibido atención entre los penalistas de habla hispana.

²⁸ El padre debe salvar a sus hijos, pero bajo esa limitación fáctica (físicamente no puede salvar a los dos) cada una de las acciones necesarias para hacerlo pasan a estar mandada y prohibida a la vez: el padre está obligado a salvar a su hijo A, pero también está prohibido que lo haga (porque debe salvar a su hijo B) y está obligado a salvar a su hijo B, pero simultáneamente lo tiene prohibido (porque debe salvar a su hijo A). En casos de esta configuración la colisión de deberes no tiene origen en un conflicto normativo dado a nivel de las normas generales del sistema normativo con el que se está trabajando (la acción de “salvar a un hijo” no está mandada y prohibida al mismo tiempo), sino que son las circunstancias fácticas presentes en el caso las que hacen imposible cumplir con los dos mandatos que nacen de la norma general aplicable. Se trata de un conflicto de instanciación, según la terminología utilizada por Jorge L. Rodríguez (Rodríguez, J.L., *Razonamiento y Decisión Judicial, La justificación de las decisiones judiciales en las democracias constitucionales*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017, pp. 157-163) En esta clase de conflictos son las normas individuales derivadas de una o más normas

otro”) pues no está en condiciones de salvar a los dos hijos, pero también es cierto que podría optar por no salvar a ninguno.

Como se dijo, cualquiera sea la configuración del conflicto de deberes penales, únicamente se podrá condenar por el incumplimiento de uno de los mandatos. Y si el padre náufrago, en lugar de ponerse a nadar, se cruza de brazos y no hace nada por cualquiera de sus hijos, solo se lo podría condenar (reprochar y/o condenar) por un homicidio, pero no por dos. No cabe duda que son dos los muertos (y al ejemplo se le podrían agregar más hijos ahogándose), como así también que el padre no hizo nada por ninguno ellos, sin embargo, eso no quita que, de haber actuado, tan solo podría haber salvado a uno. Esto tiene que ver con que un prerrequisito de todo mandato es el llamado principio voluntarista de “deber implica poder”²⁹. El padre no está en condiciones de salvar a ambos (no puede hacerlo) y precisamente eso es lo que lo distingue de otro padre que deja ahogar a uno de sus hijos y a la semana siguiente, enfrentado a la misma situación, deja morir al otro. En el último caso sí podrían imputarse las dos muertes, pero si “deber implica poder”, en el clásico ejemplo del naufragio solo una de ellas podría atribuirse a la decisión del padre de no actuar. Y no podríamos imputárselas por el mismo motivo que no lo haríamos —siquiera por una de esas muertes— si directamente el padre no supiera nadar. Por lo tanto, manteniéndose en resto

generales las que colisionan al no resultar físicamente posible cumplir ambas, mientras que las normas generales de las que se derivan, en sí mismas, no entran en conflicto con otras normas generales del sistema. Para graficarlo Rodríguez utiliza el ejemplo de la norma que establece la obligación de pagar las deudas a su vencimiento y la situación de un sujeto que contrae dos deudas pero que el día de pago solo cuenta con dinero para cancelar una. Dicho sea de paso: a la luz de ese ejemplo puede apreciarse que, en rigor, todo el procedimiento de concursos y quiebras (ley 24.522) es una compleja regulación omnicomprensiva de casos de conflictos de instanciación (el acreedor no puede honrar todas sus deudas) bajo criterios que fueron elegidos legislador para dirimirlos y gestionarlos (cada acreedor sacrificará algo ya sea que se traduzca en una quita, espera o remisión, pero potencialmente todos podrán obtener algo de la masa de activos del deudor) aunque podrían haberse elegido otros (por ejemplo, que cada acreedor cobre lo que pueda, lo que implica aceptar como una posibilidad el que alguno logre cobrar el 100% pero otros nada). No existe un único método distributivo y la elección que se haga arrojará diferentes resultados (Véase, García G.F., “Cómo resolver un conflicto distributivo”, *Isegoría*, 54, 2016, pp. 276-288).

²⁹ El principio es generalmente atribuido a Kant. Véase Stern, R., “Does ‘Ought’ Imply ‘Can’? And Did Kant Think It Does?”, *Utilitas*, 16, 1, 2004, pp. 42-61. En ámbitos jurídicos se alude al principio con las formulas “ultra posse nemo obligatur” o “impossibilia nulla obligatio”.

de las condiciones iguales, los padres de los ejemplos nunca deberían recibir la misma condena (reproche y/o sanción)³⁰.

Al margen de ello, el principio voluntarista también impone la introducción de una aclaración terminológica. Usualmente hablamos de “conflicto de deberes” (y aquí se continuará con ese hábito), pero si sólo uno de ellos puede ser cumplido y a la vez aceptamos que “deber implica poder”, entonces únicamente constituirá un deber en sentido estricto aquel que prepondere, ya sea que esa decisión la haya tomado el legislador o se la hayan conferido a la persona envuelta en el conflicto, ante la equivalencia de peso de los mandatos en pugna.

b) Algunos modos legislativos de dirimir conflictos de deberes

Cuando se trata de un conflicto de deberes, es necesario un criterio que le permita al juez y al ciudadano definir cuál debe ser aplicado. A tales fines se acostumbra utilizar los criterios de *lex superior* (ley superior prevalece sobre la ley inferior), *lex specialis* (ley especial prevalece sobre la ley general) y *lex posterior* (ley posterior prevalece sobre la ley anterior)³¹. El caso estudiado en NP, como muchos otros analizados bajo la categoría de “conflicto de deberes”, se refiere a dos normas dictadas por la misma

³⁰ Puede que intuitivamente el padre del naufragio que no salva a ninguno de sus hijos nos genere más indignación que otro que no salva a un hijo pudiéndolo hacerlo (lo último lo consideramos malo, pero lo primero nos parece aún peor). Sin embargo, quizá eso se deba a que en nuestro reproche estemos incluyendo un juicio sobre la valoración moral de su persona, es decir, que lo estemos juzgado desde el punto de vista de una moral autorreferente (Véase Nino, C.S., Introducción a la filosofía de la acción humana, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 111-112, donde distingue una valoración moral intersubjetiva y una autorreferente). O bien porque no comprendemos cómo alguien puede ser indiferente ante tanto dolor o bien porque nos damos cuenta de que en verdad el padre no sentía nada por sus hijos. Pero no todo es tan contundente: ¿qué diríamos ante el padre, a quien la vida trágicamente lo ha enfrentado al “dilema de Sophie”, si nos dijera que lo hizo porque no podría vivir con semejante culpa?

³¹ Acerca de que los criterios de *lex superior*, *lex specialis* y *lex posterior*, utilizados resolver conflictos normativos, no son de aplicación mecánica ni tienen un carácter lógico, como así tampoco permiten resolver todos los conflictos posibles (ej. ¿la ley posterior general deroga la anterior especial?), véase Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 164-170., y Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., pp. 275-276.

autoridad y en el mismo momento, por lo que los criterios de *lex superior* y *lex posterior* no pueden operar. Resta analizar si el criterio de especialidad podría brindarnos la solución.

En general no nos resulta difícil establecer qué norma desplaza a otra. El ejemplo del allanamiento y el delito de violación de domicilio son claros en ese sentido. La regla que le brinda autoridad al juez para disponer allanamientos y la que lo obliga disponerlo con el fin de obtener cosas relacionadas con el delito, preponderan o exceptúan la que prohíbe introducirse en un domicilio ajeno³². A su vez, nadie tiene en principio un derecho a introducirse a un domicilio de otra persona, pero si se trata de un testigo de actuación que ha sido convocado por un agente de policía que recibió la orden de allanamiento dictada por el juez, entonces esas personas están obligadas a entrar al domicilio. Lo propio ocurre con el delito de hurto y el secuestro de alguna cosa total o parcialmente ajena en el marco del allanamiento, o con el delito de privación de libertad y la detención llevada a cabo por un funcionario ante la comisión de un delito flagrante.

En casos como esos la respuesta se tan clara que muchas veces siquiera reparamos en la existencia de un conflicto de normas ni en el criterio que se ha utilizado para privilegiar un deber sobre otro. Esto está emparentado con las alusiones que las formulaciones de los delitos suelen contener. En el Código Penal Argentino, por ejemplo, el delito de hurto está previsto para el que se “apoderare ilegítimamente” (art. 162), la privación de libertad será delictiva en tanto se lo haga “ilegalmente” (art. 141), y la violación de domicilio será delito para el funcionario que allane “sin las formalidades prescriptas por ley o fuera de los casos que ella determina” (art. 151). En esos supuestos, en lugar de conflictos de normas solucionados por la autoridad normativa, parece más natural hablar del proceso de identificación de la normas a partir de las formulaciones normativas, lo que se hace tomando en cuenta las convenciones semánticas y las prácticas interpretativas de los operadores jurídicos, que incluyen las reglas de preferencia o prioridad³³.

³² El juez está amparado por actuar “en ejercicio de un cargo”. Esta causal constituye una variante de actuar en “cumplimiento de un deber”. Lo que diferencia ambos casos es que en el de “ejercicio de un cargo” concurren normas de competencia además de las de obligación.

³³ Rodríguez, J. L., *op. cit.*, pp. 97-99 y “Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón” [2001], pp. 218-219; así como también, Bayón, J. C., “Derro-

A través de tales ejemplos puede contemplarse la manera en la que el poder legislativo ya ponderó todos los intereses en juego y no sólo habilitó a introducir excepciones a la prohibición de cometer ciertos hechos que de lo contrario serían antijurídicos (violación de domicilio, hurto, privación de la libertad), sino que incluso los tornó obligatorios para algunos funcionarios. En rigor, la pugna entre deberes no es más que una manifestación de un fenómeno más general que se vincula con la existencia de diversos intereses, objetivos, valores o mandatos que confluyen ante una misma situación y la imposibilidad de satisfacerlos a todos por igual. Y es algo bastante más extendido de lo que a primera vista parece, solo que suele pasar desapercibido detrás de una difusa distinción entre *excepciones* que forman parte del contenido de una misma norma y el *conflictos* entre normas diferentes cuyo contenido no resulta modificado, o incluso se cuelan inadvertidamente en discusiones sobre el contenido o alcance de derechos (por ej. que una legislación imponga el deber de guardar secreto profesional a los médicos de hospitales estatales a pesar de que se tratan de funcionarios públicos, cargo que importa la obligación de denunciar los delitos de los que toman conocimiento en el ejercicio de la profesión ¿es la regulación de un conflicto de deberes o la delimitación de los derechos de privacidad y la salud de los pacientes?³⁴).

El ejemplo analizado en NP no es uno de aquellos casos fáciles. Ya vimos lo complejo que resulta establecer el alcance de la “ventaja indebida” mencionada en el art. 176, inc. 3, del CP (punto 3). Pero al margen de eso, el supuesto tampoco podría ser solucionado apelando al criterio de especialidad (*lex specialis*). Ocurre que ambas normas pueden reclamar para sí el mismo grado de generalidad: la prohibición de pagar un cheque intimado luego de iniciado el concurso o decretada la quiebra es un caso especial que exceptúa la obligación genérica de pagarlos que es respalda

tabilidad, Indeterminación del derecho y positivismo jurídico [1997], pp. 184-185, todos en Bayón, J.C. y Rodríguez, J. L. (eds.), *op. cit.*

³⁴ En última instancia esto remite a la discusión sobre si es posible hablar de “conflicto de derechos” o si una vez que son correctamente delimitados ellos “viven en perfecta armonía”. Véase un análisis sobre la cuestión, con referencias, en Martínez Zorrilla, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 183-202.

por el art. 302, inc. 1, CP, pero del mismo modo podría decirse que la regla general del art. 176, inc. 3, del CP de no brindar ventajas a los acreedores es exceptuada cuando se trate de la intimación al pago de un cheque, que pasa a ser un caso especial³⁵.

Quizá por eso la mayoría de los intervinientes en *Discusiones* 9 optaron por intentar dirimir el conflicto por otro criterio y ese fue el de las escalas penales previstas para cada delito. Ello, en el entendimiento de que se trataría un indicador de peso (aunque no determinante) para desentrañar el valor que el legislador le otorga a los deberes en pugna. La idea es que la consecuencia seguida de la infracción de la norma es lo que nos brindará la pauta de su relevancia, de modo que a mayor pena (y dando por supuestos ciertos factores, por ej. que ambas figuras atrapan la misma modalidad e intensidad de ataque) más importante será el deber para la autoridad legislativa. Sin embargo, no siempre es sencillo hacer esas comparaciones y el debate generado por NP da cuenta de eso. Mientras que a Alonso le parece difícil sostener que la escala del art. 176 sea más grave que la del art. 302, Peralta y Ortiz Urbina opinan lo contrario, por lo que le otorgan mayor peso al deber de no pagar el cheque que al de hacerlo³⁶. En la intersección de ambas posturas se encuentran los casos cuya pena en concreto debería ser fijada en la sección de la escala que las figuras comparten (a saber, 2 a 4 años de prisión e inhabilitación especial de 3 a 5 años). El análisis de qué tratamiento debiera darse a esos supuestos es un tema interesante que merece ser profundizado, pues nos invita a preguntarnos si para comparar el peso de los deberes en conflicto, más que contrastar la escala prevista en abstracto para cada figura delictiva, no debiéramos prestar atención a la pena que en concreto habría que atribuir a cada hecho. Un interrogante generado gracias al intercambio entre Alonso y Peralta³⁷.

³⁵ Alejandra Verde no está de acuerdo con esto y considera que "...el deber específico del declarado en quiebra de no pagar un cheque prevalece sobre el deber general de no violar la fe pública" (Verde, A., "Fundamento y límites de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal", *Discusiones*, 9, 2009, p. 125).

³⁶ Ortiz de Urbina G.I., "Martillos y Clavos: una respuesta a 'Normas penales y conflicto de deberes', de Juan Pablo Alonso", *Discusiones*, 9, 2009, pp. 78-80. Peralta, J.M., *op. cit.*, pp. 133-140.

³⁷ Peralta, J.M., *op. cit.*, pp. 136-139 y Alonso, J.P., "Respuesta a las críticas", *op. cit.*, p. 176.

Al margen de todo ello, el recurso de las escalas penales es una opción a la que se echa mano ante falta de aclaraciones expresas por parte del legislador sobre cómo proceder frente a estas situaciones³⁸. Hasta donde alcanzo a ver, cuando la autoridad legislativa tiene en claro cómo dirimir un conflicto, la remisión a esa solución suele aparecer consignada en la formulación de la figura delictiva (como vimos que sucede en los arts. 141, 151 y 162 del CP).

Sin embargo, cuando ello no ocurre, la técnica legislativa más empleada consiste en utilizar fórmulas generales como las que conocemos sobre la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, etc.. Por cierto, ello no deja de ser prudente, pues es una característica de la condición humana no poder prever toda posible combinación de factores que puede traer un caso, ni su relevancia (la relativa ignorancia de los hechos e indeterminación de fines de la que hablaba Hart)³⁹.

5. Algunas cuestiones vinculadas a la Teoría general del derecho

Recordemos que Alonso se pregunta sobre un supuesto en el que los sistemas del juez y del ciudadano presentan una anomalía: mientras que para el juez el sistema es completo y consistente, para el ciudadano contiene una contradicción que lo sumerge en un conflicto. Al juez se le dice: si el ciudadano paga el cheque, corresponde condenarlo bajo el art. 176 del CP; si no lo paga, la condena será por el art. 302 del CP. Al ciudadano, en

³⁸ El poder legislativo podría dar directivas sobre el punto. Salvando las distancias, eso es lo que ocurre con códigos de procedimientos que fijan criterios acerca de cómo establecer la gravedad de los hechos investigados en diferentes expedientes, para establecer su acumulación y el tribunal que deberá intervenir. Por ejemplo, el art. 34 CPPN establece: “Para determinar la competencia se tendrá en cuenta la pena establecida por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de delitos de la misma competencia. Cuando la ley reprima el delito con varias clases de pena, se tendrá en cuenta la cualitativamente más grave.”

³⁹ Véase Moreso, J.J., “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 525-545, con referencias.

cambio, se le informa: está obligado a pagar el cheque (302 CP) y también a no pagarlo (176 CP)⁴⁰.

Si bien puede parecer que NP analizará el problema a un nivel general, con una temática de Teoría del derecho, sin aludir a un ordenamiento jurídico concreto (¿debe “reaccionar” el sistema del juez ante un sistema como el que enfrenta el ciudadano?), luego queda claro que Alonso se refiere al derecho penal argentino, de donde toma una específica regulación para tratar la cuestión y darle una respuesta: el art. 34, inc. 4, CP⁴¹. Sin embargo, no por eso deja de ser interesante pensar el problema teórico con abstracción de la legislación penal argentina ¿Cómo debería ser tratado un caso como el estudiado en NP frente a un sistema que careciera de una disposición *legal* expresa como la que finalmente utiliza Alonso? En lo que sigue trataré únicamente la alternativa en la cual el sistema del juez es indiferente al conflicto presente en el sistema del ciudadano —por lo cual éste deberá

⁴⁰ Alonso afirma que NP tratará una alternativa patología distinta a la analizada por Alchourrón y Bulygin en la obra que cita (p. 26 —alude a las lagunas normativas en el sistema del ciudadano—). Sin embargo eso puede ser relativizado, pues tampoco en el caso de conflictos de normas (no resueltos) el sistema del ciudadano contiene una solución para el caso (conf. Bulygin, E., “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, 18, 2003, p. 25). Al margen de ello, Alonso utiliza una noción de “sistema del juez” y “sistema del ciudadano” diferente a la de estos autores cuando afirma que respecto a los arts. 176, inc. 3, y 302, inc. 1, que el sistema del juez es completo y consistente mientras que en el del ciudadano se registra un conflicto de deberes jurídico-penales (pp. 31 y 41). En el análisis de Alchourrón y Bulygin “La obligación de fundar en derecho una sentencia normativa es la exigencia de usar —para la fundamentación de ella— el sistema del súbdito... En este sentido el sistema del juez es secundario con respecto al sistema del súbdito, ya que presupone la existencia. Precisamente en virtud de que los jueces están obligados a resolver los conflictos de intereses fundando sus decisiones en el sistema [del súbdito]..., las normas del sistema del juez se refieren —directa o indirectamente— a otras normas y son, por consiguiente, normas de segundo nivel” (p. 213). De ahí que “...si el sistema... [del súbdito] nada dice acerca del status deóntico de la conducta del demandado, el juez no puede cumplir con la obligación de fundar su decisión en ese sistema, cualquiera que sea la decisión que adopte...” (pp. 217-218. Las citas corresponden a Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4ª reimpression, Buenos Aires, Astrea, 2002, traducción del original en inglés Normative Systems, Wien, 1971 a cargo de los autores).

⁴¹ En la nota al pie 20 de NP (p. 48) y de modo terminante en Alonso, J. P., “Respuesta a las críticas”, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

ser condenado pague o no pague el cheque⁴² —y asumiré también que el sujeto no es responsable de encontrarse en la situación conflictiva⁴³. El análisis puede ser dividido según la búsqueda de la respuesta pueda ser obtenida desde el interior ordenamiento jurídico (punto a) o mirada con una perspectiva externa (punto b).

a) La opción por sancionar vista desde el interior del ordenamiento jurídico

Dado que por hipótesis el sistema carece de una norma legal expresa que trate el punto, el primer tipo de análisis podría ser hecho en función del resto de las normas de igual jerarquía del ordenamiento jurídico con el fin de determinar si por razones de coherencia y respeto a la igualdad o en virtud de algún principio implícito, el juez debiera reparar en el conflicto en que se lo sumerge al ciudadano. Alonso ha escrito valiosos trabajos en sobre todo ello⁴⁴. En ese punto seguramente tendrán un rol protagónico las disposiciones vinculadas al estado de necesidad justificante y exculpante. De hecho, son varios los penalistas que consideran que la mayoría de los supuestos de “conflictos de deberes” no debieran tener una regulación distinta a la del estado de necesidad⁴⁵.

Ahora, si lo anterior no se lo considerase viable, la cuestión tiene que ser mirada aún desde el interior del propio ordenamiento jurídico, pero a partir del prisma de una *lex superior*. Desde ese plano, existen argumentos

⁴² Respecto a los sistemas del juez no indiferentes al sistema del ciudadano, pero en los cuales el conflicto se presenta entre normas interdependientes respecto de las que no es posible establecer qué deber prepondera sobre cuál, puede verse el interesante análisis que hace Peralta respecto al principio de legalidad penal (Peralta, J.M., *op. cit.*, pp. 144-148). Acerca de cómo justificar la preferencia de un deber frente otro, en el marco de un ordenamiento que reconoce a cada ciudadano una esfera de libertad propia, puede verse Coca Vila, I., *op. cit.*

⁴³ Peralta explora esta variable en Peralta, J.M., *op. cit.*, pp. 148-159 (“sanción bajo las dos alternativas: la responsabilidad según las reglas de la *actio illicita in causa*”).

⁴⁴ Alonso, J.P., Interpretación de las normas y derecho penal, Buenos Aires, Del Puerto, 2006; también, Alonso, J.P., “Principios implícitos y fuentes sociales del derecho”, Doxa, 2018 (en prensa).

⁴⁵ Véase, Roxin, *op. cit.*, §§ 16 y 100-110, pp. 724-731. También, Coca Vila, I., *op. cit.*, pp. 60-82, con referencias.

constitucionales a considerar para contestar el interrogante de si el sistema del juez debe reparar en el conflicto en el que está situado el ciudadano en el caso analizado en NP; de hecho, Alonso da razones de esta clase cuando descarta como viable la opción de condenar bajo cualquier supuesto. No de otro tipo son sus argumentos sobre la falta de dominabilidad, la afectación del principio de legalidad o su afirmación de que el derecho penal evaluar conductas humanas y que por ello debe ponderar razones, circunstancias y condicionamientos que llevaron al agente a obrar como lo hizo.

Apelar a argumentos constitucionales no es ajeno a la historia del derecho penal argentino. Por ejemplo, frente a un código penal como el que actualmente rige en la Argentina, que no prevé expresamente la operatividad del error de prohibición o de derecho, fueron argumentos constitucionales los que terminaron por imponer esa postura en la jurisprudencia. Así, frente al brocardo *error juris nocet* y el art. 20 del Código Civil que establecía: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa...”, autores como Bacigalupo, Spolansky y Sancinetti argumentaban que la virtualidad de esa clase de error debía ser aceptada por imperio del principio constitucional de culpabilidad⁴⁶.

Al igual que aquella discusión, también aquí el principio de culpabilidad invalidaría la imposición de un castigo bajo cualquiera de los supuestos en un caso como el analizado en NP⁴⁷. Este principio requiere que la realización de la acción prohibida sea evitable, de modo que si se lleva a cabo, la comisión del hecho sea atribuible a una falta de motivación dominante de comportarse de acuerdo a lo que exige el derecho por parte de la

⁴⁶ Véase, por todos, Sancinetti, M. A., *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 33-34 y 248, con referencias.

⁴⁷ El argumento de Alonso sobre la dominabilidad o su postulación acerca de que el derecho penal evalúa comportamientos deben recalar en el principio de culpabilidad si no quieren quedar en el plano de una petición de principio. Por otro lado, el argumento de la afectación al principio de legalidad no tiene el mismo peso para dirimir la cuestión, pues en todo caso, ataca al modo en que actualmente estaría prevista la sanción (por combinación de dos figuras delictivas y la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas –pp. 46-47-), pero no a lo que se está sancionando y es precisamente esto último lo que atenta contra el principio de culpabilidad.

persona⁴⁸. En cambio, si el sujeto será castigado haga lo que haga, ya no le será posible comportarse conforme a derecho. Como decía Nino, penar tanto una acción como su omisión (matar o no matar, por ejemplo), no es substancialmente diferente de penar a alguien por algo que no pudo controlar (como el color de su piel) y:

...[s]i la voluntariedad de la acción se excluye cuando ésta es empíricamente necesaria, con más razón deberá excluirla cuando la acción sea lógicamente necesaria⁴⁹.

b) La opción por sancionar vista desde el exterior del ordenamiento jurídico

Resta ahora analizar el desacople entre el sistema de juez y el del ciudadano por fuera de un ordenamiento jurídico. Asumamos que ese desacople existe y que el sistema no contiene ni expresa ni implícitamente una previsión a nivel legal o constitucional a la que acudir para resolver la situación (no rige, por ejemplo, el principio de culpabilidad). Bajo esas condiciones el sistema del juez indica que se castigará de todos modos y lo único que podría variar sería el título de la condena, es decir, aplicará el art. 176 o el art. 302 del CP, dependiendo que se pague o no el cheque.

Es habitual escuchar que los sistemas normativos, los conjuntos de normas, tienen dos funciones prácticas principales: evaluar las acciones humanas y guiar las conductas de las personas. Un sistema como el que ahora estamos analizando (que prevé la condena bajo cualquiera de las alternativas en las que se encuentra el sujeto) permitirá evaluar conductas humanas (al menos si por “evaluación” se entiende la provisión de un patrón o medida para que el juez determine qué consecuencia normativa el ordenamiento jurídico imputa a un comportamiento: en el caso se aplicará el art. 176 o el 302 del CP). Pero lo que sin duda no alcanzará

⁴⁸ Jakobs, G., “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 366 y ss. Véase también, Córdoba, F.J., “De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad”, *Letra Penal*, Año II, 4, 2017, pp. 43 y ss.

⁴⁹ Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal...*, op. cit., pp. 243-244.

un ordenamiento con ese tipo de inconsistencias es el objetivo de guiar el comportamiento de los ciudadanos, pues de manera contradictoria se le estará diciendo a quien se encuentre en esa situación que debe pagar el cheque pero que también debe no hacerlo⁵⁰.

Para von Wright un legislador que dicta normas con contenido mutuamente contradictorios actúa irracionalmente dado que desea algo lógicamente imposible⁵¹. Se puede ordenar algo y también su contradictorio, pero no se puede esperar que ambos mandatos sean cumplidos, pues es imposible hacerlo. Sin embargo, ese análisis todavía puede hacerse desde otro plano. Por ejemplo, Fuller se preguntaba:

... [¿] hay alguna violación a la lógica en obligar a una persona a hacer algo y luego sancionarlo por ello? Seguramente diremos que esa forma de proceder no tiene sentido, pero al hacer este juicio estamos tácitamente asumiendo el objetivo de darle una dirección con sentido al esfuerzo humano. Dificilmente podrá esperarse de un hombre que habitualmente se lo sanciona por hacer lo que le fue ordenado, que responda de modo apropiado a las órdenes que se le brinden en el futuro. Si nuestra forma de tratarlo es parte de un intento de construir un sistema de reglas para gobernar su conducta, entonces fracasaremos en el intento. Por otro lado, si nuestro objetivo es causarle un colapso nervioso, seguramente lo lograremos. Pero en ninguno de los casos habremos infringido la lógica⁵².

Permítanme dejar de lado la última afirmación sobre la lógica. Las contradicciones normativas o antinomias disparan toda una serie de discusiones conceptuales acerca de si pueden existir en sentido estricto normas contradictorias o si pueden formar parte de un sistema normativo, y no

⁵⁰ Alchourrón, C.E., “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 291 y 301. También, Bulygin, E., “Comments on Larry Alexander ‘Legal Positivism and Originalist Interpretation’”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 16, Agosto, 2015, p. 4.

⁵¹ von Wright, G. H., “Ser y deber ser”, en Aarnio, A., Garzón Valdés, E., Uusitalo, J. (eds.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 98.

⁵² Fuller, L. L., *The Morality of Law*, 2ª edición, Yale University, 1969, p. 66 (traducción del autor).

viene al caso discutir todo ello aquí⁵³. Lo que quisiera resaltar es el diferente sentido con que se juzga irracional o racional el dictado de normas contradictorias. En rigor, todo depende de qué es lo que se está intentando lograr. Es cierto que si lo que pretende la autoridad es guiar el comportamiento, no lo logrará dictando normas contradictorias (von Wright), pero si lo que busca es imponer una pena al individuo a toda costa, entonces el método se presenta como adecuado al fin (Fuller)⁵⁴. En ese caso el sistema le proveerá al juez los criterios sobre qué sanción imponer y resultará por entero irrelevante analizar qué opciones tenía el sujeto al que se le aplica. Sin embargo, como contrapartida puede decirse que el individuo que esté sometido a funcionarios rígidos por un conjunto de normas de esa clase, se verá sujeto a la manipulación y al desquicio. Respecto a él no regirá el principio “deber implica poder” y difícilmente lo podríamos llamar “ciudadano”, desde que no se estará garantizada ni su autonomía, ni su dignidad.

En un sistema de normas como el imaginado, al juez se le ordena condenar por el delito del 302 si el sujeto no paga el cheque, y por art. 176, si lo hace. Ante esta situación algunos podrán decir que se trata un caso *jurídicamente fácil*, pues el ordenamiento jurídico permite identificar y aplicar el derecho sin recurrir a consideraciones valorativas de ninguna clase (sin que ello los obligue necesariamente a negar que se trata de un caso *moralmente difícil* y que según, la postura, incluso pudiera repercutir en la cuestión de si la norma jurídica deba ser aplicada). Otros, que normas que impongan sanciones penales que no pueden ser evitadas no podría ser llamadas “derecho” porque no lo son las leyes (o los ordenamientos, si la situación no es un ejemplo aislado) que prevén regulaciones injustas o que aquello será así si la injusticia alcanza un grado extremo. Como vemos,

⁵³ Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., “Von Wright y la filosofía del derecho”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *op. cit.*, pp. 79-84. Moreso, J. J., “Von Wright sobre ‘ad impossibilia nemo tenetur’”, *Doxa*, 39, 2016, pp. 85-95.

⁵⁴ Para quien, gracias a una barrera definicional, no considere que esa medida constituya una “pena” (dado que por definición exige, por ejemplo, que sea aplicada a quien pudo evitar ser sancionado), puede buscar el nombre que estime conveniente para llamar a la imposición de dolor y/o privación de derechos a las que se verá sujeto el individuo. Sobre la definición de pena y las barreras definicionales, Hart, H.L.A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 5.

la discusión da paso ahora a los debates sobre las teorías positivistas y no positivistas del derecho, con todas sus variantes.

6. Conclusión

A lo largo del texto he abordado un puñado de temas vinculados con el número 9 de la revista *Discusiones*. Por cierto, no son los únicos y bien podrían elegirse otros como objeto de reflexión. Sin embargo, sean cuales fueren, pienso que el texto de Juan Pablo Alonso y su análisis son una buena prueba de que, entre los argumentos que alimentan las discusiones jurídicas que se dirimen en los tribunales, se escurren silenciosamente temas de mayor abstracción que incluso llegan a la Teoría general del derecho. ¡Y ello ocurre aunque la controversia gire alrededor de algo tan técnico como un cheque! Mostrar la fecundidad de esa interrelación, pienso, es el mejor balance que se puede hacer de aquel número de la revista *Discusiones* y el debate que en él se generó.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *RECPC*, 04-08, 2002, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf.
- Alchourrón, C.E., “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 292-302.
- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., “Von Wright y la filosofía del derecho”, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 69-102.
- Alchourron, C.E. y Bulygin, E., “La Norma Jurídica”, en Garzón Valdéz, E. y Laporta, F. (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 133-148.
- Alchourron, C.E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002.

- Alonso, J.P., *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Alonso, J. P., “Normas penales y conflicto de deberes”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 21-60.
- Alonso, J.P., “Respuesta a las críticas”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 161-180.
- Alonso, J.P., “Principios implícitos y fuentes sociales del derecho”, *Doxa*, 2018 (en prensa).
- Bayón, J.C., “Derrotabilidad, Indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en Bayón, J.C. y Rodríguez, J. L. (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 157-208.
- Bergel, S.D., “Convocatoria de acreedores y delito de cheques sin provisión de fondos”, *ED*, 33, 1970, pp. 803-811.
- Borinsky, C., *Derecho penal del cheque*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- Bulygin, E., “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, 18, 2003, pp. 7-25.
- Bulygin, E., “Comments on Larry Alexander ‘Legal Positivism and Originalist Interpretation’”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 16, Agosto, 2015, disponible en https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=11169&id_item_menu=5858.
- Duarte d’ Almeida, L., “Deberes Jurídicos, Teoría del Derecho y Dogmática Penal”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 85-110.
- Coca Vila, I., *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Atelier, 2016.
- Córdoba, F.J., “De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad”, *Letra Penal*, Año II, 4, 2017, pp. 43-64.
- Fontanarrosa, R.O., *Régimen Jurídico del Cheque*, Buenos Aires, Zavalía, 1986.
- García G.F., “Cómo resolver un conflicto distributivo”, *Isegoría*, 54, 2016, pp. 275-288.
- Hart, H.L.A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1-27.
- Jakobs, G., “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Cívitas, 1997, pp. 365-393.
- Laporta, M.H., “El Dolo y su determinación en Casación. Normatización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto”, *Lexis Nexis*, 2007.

- Nino, C.S., *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- Nino, C.S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- Nino, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- Martínez Zorrilla, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Moreso, J.J., “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 525-545.
- Moreso, J. J., “Von Wright sobre ‘ad impossibilia nemo tenetur’”, *Doxa*, 39, 2016, pp. 85-95.
- Ortiz de Urbina G.I., “Martillos y Clavos: una respuesta a ‘Normas penales y conflicto de deberes’ de Juan Pablo Alonso”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 61-84.
- Peralta, J.M., “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la *actio illicita in causa*”, *Discusiones*, 9, 2009, pp. 131-160.
- Righi, E. y Juárez, A.L., *El régimen penal del cheque*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- Rodríguez, J.L., “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en Bayón, J. C. y Rodríguez, J. L. (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado, 2003, pp. 67-101.
- Rodríguez, J. L., “Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón”, en Bayón, J. C. y Rodríguez, J. L. (eds.), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado, 2003, pp. 209-262.
- Rodríguez, J. L., *Razonamiento y Decisión Judicial, La justificación de las decisiones judiciales en las democracias constitucionales*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017.
- Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- Sancinetti, M. A., *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

- Stern, R., "Does 'Ought' Imply 'Can'? And Did Kant Think It Does?", *Utilitas*, 16, 1, 2004, pp. 42-61.
- Verde, A., "Fundamento y límites de la impunidad por colisión de deberes en derecho penal", *Discusiones*, 9, 2009, pp. 111-130.
- von Wright, G. H., "Ser y deber ser", en Aarnio, A., Garzón Valdés, E., Uusitalo, J. (eds.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 87-122.
- Zaffaroni, E.R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

Instrucciones
para los/las autores/as

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* destinada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del/la autor/a y el otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, las/os autoras/es pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
 - Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
 - Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
 - Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
 - Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del/la mismo/a autor/a y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión *Ibidem* o *Ibidem* seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor/a, se indicará sólo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión *op. cit.*. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor/a, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión *op. cit.*.
- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor o autora y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.

- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras claves.

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2019
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

