

INTERDISCIPLINARIA

EL PROGRAMA DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Luis Miguel REYNA ALFARO*

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Su origen histórico. III. Justificación jurídico- política y justificación jurídico penal del principio de legalidad. IV. Consecuencias prácticas del principio de legalidad.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

El Derecho penal se enfrenta a obstáculos cada vez mayores en su tarea de enfrentar a las variadas tipologías delictivas imperantes en nuestros días: Criminalidad de empresa, criminalidad organizada, terrorismo, violencia intrafamiliar, y frente a las cuales la eficacia de la respuesta penal parece limitada.

El surgimiento de una sensación de *miedo al delito*¹ es así bien aprovechada por quienes ven en la legislación penal el mejor mecanismo para la obtención de réditos políticos. De esto, como puede anticiparse, solo pueden derivar *actitudes punitivistas*, caracterizadas por el recurso e implementación *irracional* de la ley. En este contexto, los principios limitadores del poder punitivo constituyen el único medio de contención capaz de enfrentarse al ejercicio irracional del poder del Estado. Queda así plenamente justificada la

decisión de abordar *el programa dogmático y político criminal del principio de legalidad*².

II. SU ORIGEN HISTÓRICO.

El principio de legalidad, no obstante ser expresado comúnmente en la fórmula latina "*nullum crimen sine lege*" no tiene su origen en el Derecho romano; dicho ropaje fue dado por Anselm von Feuerbach³ al postular su conocida *teoría de la coacción psicológica*.

Aunque no se tiene certeza respecto al origen histórico del principio de legalidad, un importante sector de la doctrina afirma que el nacimiento de dicho principio rector del Derecho penal se ubica en la llamada "*Carta Magna*" de Juan sin tierra, en el año 1215, en cuya virtud la aplicación de penas a los hombres libres solo era posible como consecuencia de un juicio previo, de conformidad a las leyes de su país y ante sus iguales⁴. No obstante, el principio consagrado en

* Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE). Profesor de Derecho penal económico y Criminología en la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Profesor del curso de Derecho penal económico y de la empresa en las Maestrías en Derecho penal de las Universidades Privada Antenor Orrego (Trujillo), Nacional San Agustín (Arequipa), Continental (Huancayo) y Privada de Huánuco (Huánuco).

1 Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 23 ss.

2 Término proveniente de Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004, p. 325.

3 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 146; Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I*, traducción de Manuel Cancio y Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 83; Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, Ara, Lima, 2004, p. 99; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 114/ 203; Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 110; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., pp. 319-320; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, *Derecho penal. Parte General*, traducción de Luis Fernando Niño, Temis, Bogotá, 2006, p. 75; Padovani, Tulio, *Diritto penale*, séptima edición, Giuffrè, Milán, 2004, p. 15; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, *Elementi di Diritto penale. Parte Generale*, Cedam, Milán, 2002, p. 59; Vinciguerra, Sergio, *Diritto penale italiano*, volumen I, Cedam, Milán, 1999, p. 87; Ramacci, Fabrizio, *Corso di Diritto penale*, tercera edición, Giappichelli Editore, Turín, 2005, p. 70; Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 98.

4 Así, por ejemplo, Ramacci, Fabrizio, Ob. cit., p. 69.

la “carta magna” inglesa tenía un sentido distinto, consistente en dar protección a determinadas clases sociales contra la arbitrariedad, por lo que constituía principalmente una garantía de orden jurisdiccional⁵.

Su universalidad y real imperio es recién observada en la Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 8 precisaba: “La ley no puede establecer más que penas estrictas y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. Y es que dicho principio, en su actual dimensión, aparece conjuntamente con la noción de Estado de Derecho, derivada de la teoría ilustrada del contrato social⁶.

III. JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA Y JUSTIFICACIÓN JURÍDICO PENAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La legitimación del principio de legalidad se encuentra sustentada tanto en fundamentos de orden político (o externos al sistema jurídico penal) como en fundamentos de índole jurídico penal (o internos al sistema jurídico) que deben ser reconocidos conjuntamente para comprender la dimensión real del aludido principio⁷. No debe incurrirse en el error, puesto de relieve por Fiandaca & Musco, de privilegiar la justificación técnico penal del principio de legalidad, olvidando o subestimando los aspectos ideológico- políticos del principio de legalidad⁸.

1. Justificación jurídico- política: El principio de legalidad como garantía de libertad del ciudadano (seguridad jurídica).

El principio de legalidad es un mecanismo de aseguramiento de la libertad individual. Ya en su “Espíritu de las Leyes” Montesquieu señalaba: “La libertad del ciudadano depende, pues, principalmente de la bondad de las leyes criminales”⁹. Referencia similar se encuentra en Von Liszt cuando aludía al principio de legalidad con la conocida frase de: “*Magna Charta del delincuente*”¹⁰.

Sin duda, el criterio de legitimación del principio de legalidad que menos inconvenientes genera es aquel que le considera un instrumento de garantía de libertad del ciudadano frente a los riesgos procedentes del ejercicio del poder punitivo del Estado¹¹. Esta justificación del principio de legalidad exige reconocer la relación entre este principio y el liberalismo político¹².

El liberalismo político, surgido a consecuencia de la ilustración, entendía que la organización política del Estado debe sustentarse en la división de los poderes públicos. Esta división de poderes requería la adopción de un pacto o contrato que permitiese al ciudadano no solo participar sino fundamentalmente controlar la vida política de la sociedad. Justamente, mediante la función desarrollada por el Poder Legislativo, conformado por los representantes de los ciudadanos, era posible, por un lado, que la ciudadanía participe en la vida política y, por otro lado, que sea posible controlar los posibles abusos provenientes del Poder Ejecutivo¹³.

En ese contexto, sustraída del gobernante la facultad de ejercer el poder punitivo, ahora en manos del legislativo, se evitaba su utilización arbitraria por parte

- 5 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada. Comares, 2002, p. 140; García- Pablos De Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 321.
- 6 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 140; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 115; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo. Ob. cit., p. 74; De Figueiredo Dias, Jorge, *Direito penal. Parte Geral*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 166.
- 7 De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 167.
- 8 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 76; implícitamente: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 110- 111.
- 9 Montesquieu, Charles- Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, tomo I, traducción de Siro García, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 272.
- 10 Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, segunda edición, Reus, Madrid, 1927, p. 80. En la actualidad resulta pertinente la aclaración realizada por Bacigalupo en el sentido de considerarla, más que *magna carta del delincuente*, *magna carta del ciudadano*: Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 103.
- 11 Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 99; Cuello Contreras, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte General*, tercera edición, Madrid, 2002, p. 199; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 315.
- 12 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 33; García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 320; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 108; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 27-28; Palazzo, Francesco, *Introduzione al principi del Diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, p. 201; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 87.
- 13 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 115.

de aquel. El principio de legalidad pretende ser una barrera u obstáculo al poder punitivo que garantice al ciudadano sus esferas de libertad en tanto y en cuanto su conducta responda a las pautas de comportamiento establecidas en la ley penal, cuya creación no se encuentra más en manos del monarca o del Juez¹⁴. Siendo esto así, la intervención punitiva del Estado, autorizada mediante la ley penal, resulta mucho más predecible y calculable: El ciudadano solo podrá ser sancionado penalmente por el Estado si ha infringido su ley penal, en la medida prevista en la misma, dentro de un marco procesal predeterminado y conforme a las condiciones de ejecución preexistentes¹⁵. Esta predictibilidad en el cuando y cómo de la intervención punitiva del Estado se relaciona al denominado *aspecto material* del principio de legalidad que exige del legislador un cierto grado de precisión al momento de crear las leyes penales¹⁶.

2. Justificación jurídico-política: El principio de legalidad como garantía de la división de poderes.

Si, como se ha reseñado anteriormente, el poder de crear leyes penales es extraído de las manos del ejecutivo y de la magistratura y se confía a favor de los legisladores, quienes –como destacaba BECCARIA– representan a toda la Sociedad única mediante el contrato social¹⁷. Se produce así una división de funciones entre los diversos poderes del Estado que permite un contrapeso teóricamente ideal entre los mismos¹⁸.

Esta justificación se relaciona a su vez con el *aspecto formal* que corresponde a la dimensión política del principio de legalidad: Solo a través de un procedimiento como el que se desarrolla en el Poder

Legislativo es posible que la ley pueda contemplar los intereses de las mayorías sin perder de vista los correspondientes a las minorías¹⁹.

3. Justificación jurídico-penal: El principio de legalidad como mecanismo de prevención.

Desde la perspectiva jurídico penal, ya Feuerbach postuló legitimar el principio de legalidad en clave funcional, en tanto mecanismo adecuado para lograr el efecto de *coacción psicológica* que se pretendía lograr con la amenaza de la pena²⁰. En tal virtud, entendía Feuerbach que solo si cada ciudadano sabía con certeza que la infracción era seguida de un mal mayor, podía este recibir el efecto coactivo de la pena e inhibirse de ejecutar el comportamiento reprochado por el Derecho penal²¹.

Desde la perspectiva de la coacción psicológica y de la prevención, la función garantista del principio de legalidad no solo poseía un papel secundario sino que resultaba incluso disfuncional para sus propósitos, de allí que –como advierte Silva Sánchez– se tratase de recortar sus alcances²².

4. Justificación jurídico-penal: El principio de legalidad como expresión del principio de culpabilidad.

Otra de las propuestas de legitimación del principio de legalidad se relaciona con el principio de culpabilidad y se puede formularse en los términos siguientes: Si la imposición de una pena puede obedecer solamente a la culpabilidad de su autor, es evidente que aquella requiere la preexistencia de la ley (predeterminación legal) y su conocimiento por parte del autor del delito. De hecho, debe recordarse que

14 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 144; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 201.

15 Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, 1992, p. 252; Ferrajoli, Luigi, Ob. cit., p. 36.

16 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 253.

17 Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 218. La referencia a Beccaria en este punto puede observarse en: García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 322.

18 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 145.

19 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 253; Mantovani, Ferrando, *Principi di Diritto penale*, Cedam, Milano, 2002, p. 05; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 167.

20 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 145; Eser, Albin & Burkhardt, Björn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá supervisada por Enrique Bacigalupo, Colex, Madrid, 1995, p. 50; Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 83; Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios superiores del Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 09.

21 Bacigalupo Zapater, Enrique, Ob. cit., pp. 103-104.

22 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 252.

dentro de los elementos de la culpabilidad se encuentra el conocimiento de la antijuricidad del hecho lo que, como es evidente, tiene como condición previa la existencia de la ley y su efectivo conocimiento por parte del autor del hecho²³.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El aforismo latino “*nullum crimen, nullum poena, sine lege*” nos explica únicamente la expresión formal del principio de legalidad, con lo cual su condición de instrumento de protección del ciudadano queda soslayada. Si queremos dotar a dicho principio de contenido garantista debe exigirse que la ley que crea el delito o la pena sea escrita (*lex scripta*), sea previa (*lex praevia*), sea cierta (*lex certa*), y, sea estricta, (*lex stricta*)²⁴. Para los propósitos de estos comentarios, debido a las cercanas relaciones existentes entre las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*, ambas serán analizadas de modo conjunto.

1. Principio de ley escrita (exclusión de la costumbre como fuente de los delitos y de las penas y reserva de ley)

Con la expresión “no hay delito ni pena sin ley escrita” se alude a la exigencia de formalidad en el origen de la ley que deriva no solo en la prohibición de la costumbre como posible fuente de los delitos y de las penas (I) sino que determina que la norma creadora (o derogatoria) del delito o de la pena debe poseer rango de ley (reserva de ley)²⁵ (II).

I. En relación a la primera de las consecuencias de la exigencia de *lex scripta* (prohibición del derecho consuetudinario), esta supone la imposibilidad de crear delitos, agravar sus consecuencias o descriminalizar conductas por medio de la costumbre²⁶, de lo cual se desprende la segunda consecuencia, esto es,

que la determinación del ámbito y medida de lo penalmente relevante se encuentre reservada a la ley²⁷, cuya creación corresponde al Poder Legislativo.

La exclusión de la costumbre como fuente creadora del Derecho penal esta fundada principalmente en razones de seguridad jurídica: Al provenir la ley de los representantes del pueblo y ser consecuencia de un proceso de gestación, constituye, por un lado, la auténtica expresión de la voluntad popular, dado que toma en consideración –en la medida de lo posible y pese a sus imperfecciones– no solo los intereses de las mayorías sino también de las minorías, en base a la dialéctica propia del proceso legislativo²⁸; y, por otro, se permite que el ciudadano conozca su contenido con cierta antelación debido a la discusión legislativa precedente²⁹. Del mismo modo, al proponerse un monopolio a favor del Poder Legislativo respecto a la posibilidad de ser fuente del Derecho penal se evita que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial ejerzan arbitrariamente el poder punitivo³⁰.

Quedan por plantearse las siguientes interrogantes a) ¿Es posible, no obstante, que el derecho consuetudinario juegue un rol secundario en la determinación de los ámbitos de criminalización?, b) ¿Es posible que la costumbre determine la descriminalización de los delitos?

a) Respeto a la primera cuestión (rol de la costumbre en la determinación de los ámbitos de criminalización), esta puede ser planteada, en un primer momento, en relación a la utilización por parte de los Tribunales de criterios no contenidos expresamente en la ley penal pero que son determinantes en la delimitación de ciertos aspectos propios de la responsabilidad penal: Relaciones de causalidad, delimitación entre preparación y tentativa, imputación subjetiva, entre otros aspectos. Pues bien, es evidente –como pone de manifiesto Roxin³¹– que aunque en ámbitos

23 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 147; Bacigalupo, Enrique, Ob. cit., p. 102.

24 Estas exigencias constituyen *su esencia* pues como ha puesto de manifiesto Polaino Navarrete: “no es que las garantías deriven del reconocimiento del principio de legalidad, sino que sin esas garantías no hay principio de legalidad”, véase: Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 325.

25 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 116.

26 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 92.

27 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 140.

28 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 78; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 29; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 63.

29 García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 339.

30 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, cuarta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 109; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 13; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 78.

31 Roxin, Claus, Ob. cit., pp. 159- 161.

como los antes reseñados el legislador penal ha dejado espacios abiertos (originados en las dificultades que supone la regulación de ciertas materias y en la intención de no obstaculizar el desarrollo de la dogmática jurídico-penal), los cuales deben ser cubiertos por la Jurisprudencia, esta no crea leyes penales sino que simplemente las interpreta³². En ese contexto, aunque es indudable la trascendencia de la costumbre, por ejemplo, en la determinación del contenido de los elementos valorativos del tipo penal³³, en la delimitación del riesgo penalmente relevante en ciertas actividades (piénsese, por ejemplo, en la *lex artis* propia del ejercicio de la medicina)³⁴ o en la determinación de los alcances de ciertas causas de justificación (como el derecho de corrección)³⁵, como se ha referido, la función desempeñada por la costumbre no es la de *fuerza* del Derecho penal sino la de *delimitar* la ley penal³⁶.

b) Respecto a la segunda cuestión (aplicación de la costumbre para fines de derogación de leyes penales) puede citarse, el ejemplo propuesto por el delito de contumacia promulgado mediante el artículo N° 2 de la Ley N° 26641, del 26 de junio de 1996. De hecho, aunque se trata de una norma legal que no ha sido objeto de derogación expresa y, por lo tanto, tiene plena vigencia formal, lo cierto es que existe en los Tribunales penales una especie de consenso en su desaplicación. Pues bien, como destacan Fiandaca & Musco, este dato meramente sociológico no implica que dicho dispositivo haya perdido su vigencia formal, para cual sería necesaria una norma abrogatoria expresa³⁷.

II. En relación al segundo aspecto (*reserva de ley*), debe indicarse que esta tiene por propósito establecer una condición en las leyes penales vinculada a su

rango y procedencia. En relación a la primera cuestión, la doctrina plantea la cuestión de si el principio de reserva de ley alude exclusivamente a fuentes normativas de carácter primario, leyes en sentido estricto (reserva absoluta) o si comprende también a fuentes normativas secundarias, como los decretos o reglamentos (reserva relativa)³⁸. La solución a esta cuestión no resulta sencilla pues la praxis legislativa en materia penal de nuestro país revela un tendencial uso de los decretos legislativos y los decretos leyes³⁹. Ejemplificativo es el hecho de que el propio Código penal es un decreto legislativo, sin mencionar la nutrida legislación penal expedida vía Decreto Ley (piénsese en la legislación antiterrorista).

Dando respuesta a la cuestión aquí en debate, debemos, en primer lugar, hacer una distinción entre la situación de los decretos legislativos y la de los decretos ley. Los decretos legislativos, a diferencia de los decretos ley, poseen título habilitante y se encuentran, por imperio del artículo 104 de la Constitución Política del Perú, sometido a ciertas limitaciones (especificidad de la materia objeto de delegación y plazo determinado), por lo tanto su legitimidad dependerá fundamentalmente de la verificación del respeto de la voluntad del legislador delegante⁴⁰.

La situación de los Decretos Ley resulta distinta debido a los problemas de legitimidad democrática que poseen⁴¹. En efecto, como ha tenido oportunidad de expresar el Tribunal Constitucional en sentencia del 03 de enero de 2003 (Expediente N° 0010-2002 AI) los decretos ley son “*disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las*

32 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 15; Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 26; corresponde, en este punto, hacer mención a la situación de las sentencias del Tribunal Constitucional que –vía acción de inconstitucionalidad– tiene capacidad de declarar la no vigencia de una norma penal; al respecto: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 126-127.

33 García- Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 343.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, Ob. cit., p. 101.

35 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 143.

36 En esa línea, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 07 de abril de 2009 (Exp. N° A.V. 019-2001, fundamento N° 711, p. 618), que, sin embargo, incurre en el error de calificar al “Derecho internacional consuetudinario” como elemento de delimitación en sede de subsunción cuando, en puridad, le aplica como fuente creadora del Derecho penal.

37 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 88.

38 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 79.

39 Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 30; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 65.

40 Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 19.

41 Rechazando el recurso a los decretos ley: Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 30; Zaffaroni, Eugenio Raúl/ Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro, Ob. cit., p. 100.

formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza” (fundamento jurídico noveno). Esto supone, como es fácil de deducir, que se tratan de mecanismos normativos vedados desde la perspectiva de la legalidad⁴².

Otro ámbito especialmente problemático en relación al principio de reserva de ley corresponde a las denominadas *leyes penales en blanco*, es decir, aquellas leyes penales en las que la *concreción* de los presupuestos de la punición surge de la integración, a modo de complementación, con otras fuentes normativas de índole extrapenal⁴³. El punto álgido, a este respecto, tiene que ver con la determinación del rango de deberán tener las normas jurídicas que complementan la prohibición, esto es, determinar si es exigible que las normas de complemento posean rango de ley o, por el contrario, si es admisible la remisión a normas de rango inferior. Dar respuesta a la cuestión obliga a recordar la distinción, basada en el desarrollo dogmático originario de las *leyes penales en blanco*, entre *leyes penales en blanco propias* y *leyes penales en blanco impropias*⁴⁴.

Las *leyes en blanco propias* o *en sentido estricto* son aquellas en que la remisión legislativa se produce hacia leyes de rango inferior al de ley, en tanto que las *leyes en blanco impropias* o *en sentido amplio* son aquellas en que la fuente normativa de complementación posee rango de ley⁴⁵. Como puede deducirse, los cuestionamientos que pueden formularse sobre este tipo de normas penales en relación a la reserva de ley, se vinculan exclusivamente a las *leyes penales en*

blanco propias pues en estas, como pone de manifiesto Carbonell Mateu: “se produce no una delegación del legislativo al propio legislativo, sino al ejecutivo o al judicial; es aquí, pues, donde quiebra el principio de reserva de ley entendido como reserva de la voluntad del poder legislativo, de la voluntad general”⁴⁶.

Así vistas, la situación parecería bastante clara: Las leyes penales en blanco propias resultarían vulneratorias del principio de reserva de ley. Sin embargo, es necesario introducir un matiz, de carácter fundamental, vinculado a los nexos de relación que existen entre la ley penal y la ley extrapenal.

La doctrina y la jurisprudencia penales han reconocido la validez de las leyes penales en blanco recurriendo a dos planteamientos que resultan hoy en día dominantes: La *teoría de la esencialidad* y la *teoría de la concreción*⁴⁷. En virtud a estos planteamientos, la ley penal en blanco será legítima siempre que contenga en la ley penal el *núcleo esencial* de la conducta prohibida, dejando en manos de la ley extrapenal la concreción de aspectos accesorios. Siendo esta la solución, los riesgos de vulneración de la garantía de reserva de ley se atenúan debido a que los aspectos que serían confiados a la norma de rango inferior solo tendrían una importancia menor para la determinación de la conducta prohibida⁴⁸.

2. Principio de ley previa (irretroactividad de la ley penal, retroactividad benigna de la ley penal).

Cuando se alude a la exigencia de una ley previa para imponer delitos y penas, se hace referencia a la necesidad que la ley resulte anterior al hecho que se pretende sancionar. En clave constitucional esto supone

42 No obstante, en la indicada sentencia el Tribunal Constitucional reconoce la necesidad de mantener los efectos de los decretos ley sujetos a examen; así, en su fundamento jurídico décimo cuarto señala: “En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui generis* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos”.

43 Tiedemann, Klaus, “La ley penal en blanco: Concepto y cuestiones conexas”, traducción de Antoni Llabres, en: El mismo. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*, Idemsa, Lima, 1999, p. 67; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 76; Pizarro Beleza, Teresa & Da Costa Pinto, Frederico, *O regime legal do erro e as normas penais em branco*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 31.

44 Martínez- Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 122.

45 Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 151; Cuello Contreras, Joaquín, Ob. cit., p. 214; Cury Urzua, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, pp. 40-41; García Caveró, Percy, *Derecho penal económico. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 155-156.

46 Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 122.

47 García Caveró, Percy, Ob. cit., pp. 156-157.

48 De la misma opinión: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., pp. 122-123.

un mandato genérico dirigido, en primer término, al *legislador* que no podrá conceder efecto retroactivo a las normas penales, y, en segundo término, al *juez penal*, que no podrá aplicar disposiciones penales no vigentes a un concreto supuesto de hecho⁴⁹.

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tiene doble fundamento al encontrarse, por una parte, arraigado en la idea de la seguridad jurídica⁵⁰, y, por otra parte, al encontrarse vinculado a la función motivadora y la idea de la prevención⁵¹. En relación a la primera cuestión (seguridad jurídica), resulta bastante claro que el principio de ley previa busca evitar que el ciudadano sea *sorprendido* por una intervención punitiva impuesta de súbito, que sea sorprendido por leyes *ad hoc*⁵²; en relación a la segunda cuestión (función motivadora de la ley penal y finalidad preventiva), una intervención no previsible haría perder a la ley penal su capacidad de ordenar el comportamiento de los ciudadanos (¡Poco sentido tendría obedecer las leyes penal para evitar sufrir una pena si luego una ley posterior puede sancionarle igualmente!), con lo cual su eficacia preventiva resultaría seriamente afectada.

Esta *prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales* acoge como excepción aquellos supuestos en que la utilización retroactiva de la ley penal resulte favorable al procesado, así se pronuncia el artículo 6 de nuestro Código penal. Mayores inconvenientes se producen para admitir la combinación de leyes penales. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, al analizar los dispositivos pertinentes.

3. Principios de ley cierta y de ley estricta (mandato de determinación y de taxatividad de la ley penal).

Tal como mencionamos en líneas precedentes, los principios de ley cierta y de ley estricta suponen un *mandato de determinación y taxatividad* a través del

cual se exige, por un lado, (I) que el legislador al elaborar las leyes penales utilice términos precisos que permitan al ciudadano identificar con claridad cuál es el comportamiento que se pretende prohibir y la pena con la cual se encuentra conminado (principio de certeza) y, por otro, (II) que el juez encargado de la aplicación de la ley penal se circunscriba a su sentido, prohibiéndole su utilización analógica (prohibición de analogía en materia penal)⁵³.

I) La certeza en la ley penal. La situación de los elementos normativos y de las leyes penales en blanco.

La labor del legislador en aras de mantener la vigencia del principio de legalidad es elemental. Es lógico, de nada serviría la existencia formal de una ley penal si el legislador penal, al elaborar tipos penales de manera imprecisa, permite un amplio margen de arbitrariedad en la labor del juez. Es que, como bien indica Mantovani, a mayor certeza de la ley menor es el espacio para el subjetivismo y la ideología del juez⁵⁴.

El mandato de certeza impone al legislador la obligación de elaborar las leyes penales conteniendo, de forma clara e inequívoca, todos los elementos que permitan al ciudadano, receptor de las prohibiciones penales, reconocer los presupuestos de determinan la imposición de una pena así como la medida de las consecuencias jurídicas que por tal razón correspondan; asimismo, el principio de certeza exige que la ley penal sea elaborada recurriendo a un lenguaje claro y comprensible⁵⁵. Como se observa, se trata de un principio referido a la técnica de redacción de los tipos penales⁵⁶.

La existencia de normas penales imprecisas o vagas erosiona los fundamentos jurídico-políticos del principio de legalidad al afectar el principio de división de poderes. En efecto, la creación de leyes penales indeterminadas o imprecisas termina destruyendo la

49 Cury Urzua, Enrique, Ob. cit., p. 08; de similar opinión: Jaén Vallejo, Manuel, Ob. cit., p. 15.

50 Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 147; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 139; Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., pp. 67-68.

51 Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 139.

52 Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 330.

53 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 254; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Padovani, Tulio, Ob. cit., p. 26.

54 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; similar: Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 73; Ramacci, Fabrizio, Ob. cit., p. 85; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

55 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

56 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 95; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 111.

barrera divisoria entre instancias destinadas a la creación de leyes e instancias de aplicación de las leyes pues estas últimas, debido a los defectos propios de las leyes indeterminadas, se ven precisadas a realizar labor de creación del derecho⁵⁷. De este modo, termina produciéndose –como bien advierte Silva Sánchez– una vulneración del contrato social al afectarse la deslegitimación material del mismo: “tal legitimación –señala el Catedrático español– solo se halla garantizada cuando el legislador promulga ‘*leges certae*’ y el juez se atiene a ellas como ‘*leges strictae*’⁵⁸”.

Del mismo modo, pueden reconocerse ciertos efectos perniciosos de la ausencia de certeza en los tipos penales respecto a los propósitos de prevención perseguido por las leyes penales: Si el objetivo de las leyes penales es conformar conductas de modo no ofensivo a los bienes jurídicos, el reconocimiento del contenido de la disposición penal por parte del ciudadano guardará proporción directa con la consecución de dicha finalidad preventiva; digámoslo en otros términos, si el ciudadano, gracias a la precisión de la ley penal, entiende plenamente la prohibición y su sanción, se obtendrá mayores niveles de prevención que si el ciudadano no comprende los alcances de la ley penal⁵⁹.

De esta última idea se derivan las consecuencias procesales del principio de certeza, destacadas fundamentalmente por la doctrina penal italiana⁶⁰: La ausencia de precisión en la ley penal dificultaría el ejercicio del derecho constitucional de defensa del

imputado, debido a la imposibilidad de realizar una *imputación precisa* o *imputación necesaria*. Las expresiones de Vinciguerra resultan sumamente didácticas: “Cuanto más ambigua es la norma, tanto más difícil es defenderse negando la correlación entre hecho y norma y probar la falta de fundamento de la acusación”⁶¹.

Cabe anotar que en materia penal la precisión absoluta resulta inalcanzable⁶² y solo sería en un negado e imposible sistema casuista⁶³, lo que se pretende cuestionar y evitar a través de estas precisiones críticas es un nivel de indeterminación que resulte incompatible con la seguridad que deben irradiar las normas penales, en suma, el principio de legalidad prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibles⁶⁴. Las expresiones de Stratenwerth a este respecto resultan sumamente elocuentes: “no hay ningún texto legal que excluya toda duda. En todo caso, la ley solo puede ser exacta en mayor o menor medida, y esta medida, a su vez, no es mensurable. *No está claro ni dónde está el límite de la indeterminación admisible, ni cuándo este se rebasa. Por ello, solo en casos extremos se podrá afirmar con alguna seguridad que ha sido vulnerada la prohibición de prescripciones penales indeterminadas*”⁶⁵. Como se observa, lo que el principio de certeza pretende es la *máxima taxatividad posible*⁶⁶.

Especialmente conflictiva resulta la situación del principio de taxatividad en torno a los denominados *conceptos jurídicos indeterminados*, caracterizados

57 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 255; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 71; García-Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 344.

58 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 257.

59 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 20; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 96; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 174.

60 Mantovani, Ferrando, Ob. cit., pp. 20-21; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 96; Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 113.

61 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 113.

62 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 170; Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 113; Cuello Contreras, Joaquín, Ob. cit., p. 206.

63 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 113; Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 254.

64 En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de enero de 2003 (Expediente N° 0010-2002 AI, fundamento jurídico cuadragésimo sexto): “Esta exigencia de “*lex certa*” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*”.

65 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 88 (cursivas nuestras).

66 Silva Sánchez, Jesús María, Ob. cit., p. 256; Polaino Navarrete, Miguel, Ob. cit., p. 326; Mantovani, Ferrando, Ob. cit., p. 22; similar: García-Pablos De Molina, Antonio, Ob. cit., p. 345.

por la preponderancia de elementos normativos de orden valorativo⁶⁷. En efecto, la opción de recurrir a una técnica de construcción de los tipos penales basada en elementos de índole descriptivo genera dos inconvenientes a ser indicados: por un lado, provoca un casuismo exagerado sobredimensionador de las leyes penales⁶⁸; y, por otro lado, a pesar de su carácter descriptivo, no puede desconocerse que los elementos descriptivos pueden resultar también, debido a la no univocidad del lenguaje, imprecisos⁶⁹; todo lo cual deriva en el uso prevalente de elementos normativos en la elaboración de los tipos penales.

Los problemas de precisión en el uso de elementos normativos se relacionan fundamentalmente a los *elementos normativos extrajurídicos* en los que la integración interpretativa deberá encontrarse referida a normas sociales o consuetudinarias que resultan, en la mayoría de ocasiones, excesivamente flexibles, por lo que su utilización debe ser recusada⁷⁰. Piénsese, por ejemplo, en la expresión “acto contrario al pudor” utilizada en la construcción del tipo penal contenido en el artículo 176 del Código penal

Más conflictiva es la situación de las *leyes penales en blanco* debido a las características que le son inherentes. Ciertamente, en tal clase de normas penales, al encontrarse parte de la conducta prohibida descrita en una norma jurídica extrapenal, la posibilidad de afectar los requerimientos de certeza de la ley penal se hace manifiesta. Pues bien, la neutralización de los riesgos de una afectación a la legalidad material a través del recurso a las leyes penales en blanco exige, previamente, determinar los criterios de legitimación de las mismas; en ese contexto, es de destacar que las dudas en torno a la legalidad del recurso a la ley penal en blanco tienen lugar en torno a su presunta condición de *leyes incompletas* y a los efectos de dicha condición en la exigencia de certeza e,

indirectamente, la probabilidad del error⁷¹. Es lógico ¿Cómo considerar cierta una ley incompleta?

Para superar los cuestionamientos al recurso a la ley penal en blanco, la doctrina y la jurisprudencia —tal como adelantamos en líneas precedentes— han recurrido a dos planteamientos: La *teoría de la esencialidad*, utilizada por el Tribunal Constitucional español⁷², considera que la compatibilidad de la ley penal en blanco con el mandato de determinación viene establecida por la identificación de los rasgos esenciales o nucleares de la conducta prohibida dentro de los contornos de la ley penal, dejando a la ley extrapenal solo la labor de complementación accesorio. La *teoría de la concreción*, proveniente de la Jurisprudencia alemana, propone la conformidad de la ley penal en blanco con el mandato de certeza cuando la ley extrapenal solo tenga por propósito *concretar* los criterios de decisión ya establecidos claramente en la ley penal.

Cualquiera sea la postura que se adopte⁷³, es evidente que la preservación del principio de certeza pasa, en primer lugar, por reconocer que la utilización de la técnica del reenvío debe mantener los estándares de claridad exigidos a toda ley penal y, en segundo término, por exigir que los contenidos definidores esenciales de la conducta prohibida penalmente se encuentran suficientemente precisados en la ley penal, dejándose solo aspectos accesorios o de complemento a la ley extrapenal.

II) La prohibición de analogía en materia penal (y sus límites con la interpretación).

Del principio de taxatividad se desprende la prohibición de analogía en materia penal, esto es, la prohibición de que la interpretación de los tipos penales exceda los límites establecidos por el *sentido literal* de la ley penal y abarque conductas que resulte solo

67 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 170; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 100; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 131; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., p. 174.

68 Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 39; Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 115.

69 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 100.

70 Similar: Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 101; con matices: Marinucci, Giorgio & Dolcini, Emilio, Ob. cit., p. 41.

71 Terradillos Basoco, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 36.

72 Bacigalupo, Enrique, “La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico”, en: El mismo (Director). *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 39-40; Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 121.

73 Como ha destacado la doctrina más autorizada (Tiedemann, Klaus, Ob. cit., p. 73; García Cavero, Percy, Ob. cit., p. 157) se tratan de posiciones muy similares, por lo que, en mi opinión, una profundización sobre los contornos de ambas propuestas, resulta absolutamente improductiva.

en parte coincidentes con el referido sentido de la ley penal⁷⁴. De esto se desprende que el de taxatividad es un principio íntimamente relacionado con la problemática de los límites de la interpretación en materia penal pues a través de esta, por un lado, se determinará el alcance normativo de los enunciados jurídicos⁷⁵ y, con ello, su aplicabilidad a una realidad concreta⁷⁶; y, por otro, se verificará si las resoluciones judiciales respetan la voluntad colectiva contenida en las leyes penales⁷⁷.

La cuestión central es establecer los límites entre la interpretación y la analogía vedada por el Derecho penal. En ese contexto puede sostenerse: “mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su ‘sentido literal posible’, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal”⁷⁸. Como se observa, la analogía no es pues, en sentido estricto, una forma de interpretación pues esta última se mueve dentro de los márgenes del texto legal, lo que no ocurre con la analogía⁷⁹.

La doctrina penal mayoritaria⁸⁰ opta por considerar como el criterio de interpretación de las leyes penales más conveniente aquel que tiene como punto referencial de limitación del alcance de la ley penal el *tenor o sentido literal posible de la misma*. Su conveniencia debe postularse, por un lado, sobre la base de los principios jurídico-político y jurídico-penales en los que se asienta el principio de legalidad y, por otro lado, en el hecho de que la ley constituye una expresión del lenguaje.

Respecto a lo primero (fundamentación jurídico-política y jurídico penal del principio), debe reconocerse que dado que la actividad legislativa se manifiesta mediante palabras, lo que no se desprende de aquellas –como indica Roxin– no está prescrito y, por lo tanto, no ‘rige’⁸¹. Atribuir a la ley penal un sentido que no se desprende de su tenor literal vulnera la idea de la legalidad penal como instrumento de limitación del poder punitivo. En relación a la segunda cuestión, debido a que la ley penal es expresión del lenguaje, encontrar su sentido debe tener apoyo en el lenguaje mismo⁸². Desde esta perspectiva es posible también conectar con la finalidad motivadora que corresponde a la ley penal: Los ciudadanos solo puede motivarse en el sentido que corresponde al lenguaje, en tanto código de comunicación social accesible a todos⁸³.

Queda, no obstante, por discutir si ese *sentido literal posible* constituye un factor de referencia exclusivo o si, más bien, debe ir acompañado de otros factores. Para responder a esta cuestión resulta indispensable reconocer las limitaciones y problemas que subyacen a la *interpretación conforme al sentido literal posible*.

En ese contexto, un primer problema es generado por el carácter polisémico de las palabras: Si la interpretación tiene por objeto extraer el *sentido literal posible de la ley penal*, nos enfrentaremos frente a una inexpugnable circunstancia, esto es, la ausencia de significado unívoco en las palabras. En efecto, si partimos de la idea de que el propósito del proceso interpretativo es encontrar el *sentido literal posible de la ley*, tendríamos que el texto de la ley permitiría, justamente por la polisemia de las palabras de la ley, encontrar *diversos* sentidos posibles de la ley⁸⁴,

74 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., pp. 95- 96;

75 Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, en: Díaz y García Conlledo, Miguel & García Amado, Juan Antonio (Eds.). *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 368.

76 Vinciguerra, Sergio, Ob. cit., p. 508; también: Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 128.

77 Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 161.

78 Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 124; similar: Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., p. 130; Carbonell Mateu, Juan Carlos, Ob. cit., p. 132; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 281.

79 Muñoz Conde, Francisco & García Arán, Mercedes, Ob. cit., pp. 132-133.

80 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 96; Bacigalupo Zapater, Enrique, Ob. cit., p. 123; Mir Puig, Santiago, Ob. cit., p. 124.

81 Roxin, Claus, Ob. cit., p. 149.

82 Stratenwerth, Günther, Ob. cit., p. 96.

83 Roxin, Claus, Ob. cit., p.

84 Justamente del carácter polisémico de las palabras deriva la pérdida de validez de la afirmación latina “*in claris non fit interpretatio*”; en este sentido: Roxin, Claus, Ob. cit., p. 148; Cobo Del Rosal, Manuel & Vives Antón, Tomás, Ob. cit., p. 115; también: Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 164; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 130; Palazzo, Francesco, Ob. cit., p. 281

lo que denotaría la insuficiencia de este método, en tanto dejaría un extenso ámbito a la discrecionalidad judicial, claramente incompatible con la idea de la legalidad penal como instrumento de predictibilidad de la reacción punitiva. El criterio del *sentido literal posible* resulta insuficiente, revelándose como una suerte de tautología, constatada acertadamente por Silva Sánchez mediante esta expresión: “lo cierto es que el ‘sentido posible’ de un enunciado no constituye sino el producto de una primera operación interpretativa. Con lo que lo anterior conduciría a afirmar que la interpretación es el límite de la interpretación”⁸⁵.

Que el *sentido literal posible* constituya un límite inicial a la labor de interpretación de la ley penal de ningún modo significa que dicha labor se agote allí. Por eso es que los más recientes desarrollos de la hermenéutica jurídica atribuyen al Juez, en sede de interpretación de la ley penal, una labor de *re-creación* o *reconstrucción* de la ley penal que supere las limitaciones propias del recurso al *sentido literal posible* del texto legal⁸⁶.

Queda por tarea establecer si los criterios que sirven para determinar, dentro de los límites impuestos por el *tenor literal posible* de la ley penal, el sentido de las normas jurídico- penales son de orden subjetivo (método histórico) u objetivo (método teleológico). En línea de definición de la postura a adoptar, la doctrina dominante ha destacado los inconvenientes de una interpretación histórica destinada a ubicar el contexto histórico y la voluntad del legislador, problemas a los que cabría agregar, en el caso peruano, las dificultades propias del reconocimiento de la voluntad del legislador en un país donde se recurre, como hemos cuestionado anteriormente, a la delegación de facultades legislativas, con lo cual la determinación de la voluntad del legislador se transforma en una actividad casi esotérica.

Por esa razón resulta preferible recurrir al método teleológico que tiene como referente central del proceso interpretativo las finalidades de la norma jurídica penal objeto de análisis concreto, esto es, un *método interpretativo orientado funcionalmente*. Desde esa perspectiva, la labor interpretativa correspondiente al juez más que de *creación* –a todas luces cuestionable, desde la perspectiva de la legalidad penal– constituye una *reconstrucción racional*⁸⁷. Ciertamente, la racionalidad del procedimiento interpretativo depende en gran medida de la rigurosidad con la cual el Juez haya utilizado los conocimientos provenientes de la dogmática jurídico- penal.

La dogmática jurídico penal constituye un mecanismo de contención frente al posible ejercicio abusivo del poder punitivo, esto es, se trata de una *barrera intransgredible de la política criminal*⁸⁸. Sin embargo, la utilización de la dogmática no asegura que la *reconstrucción* de las leyes penales realizada mediante la interpretación sea *racional* y esto debido a la *neutralidad de la dogmática jurídicopenal* que permite, por un lado y tal como advirtiera GIMBERNAT, interpretar no solo las leyes democráticas sino también las autoritarias⁸⁹ y, por otro lado, da lugar a la *reconstrucción en tono autoritario de leyes democráticas*⁹⁰.

Para evitar o, al menos, disminuir a su expresión mínima tales riesgos resulta indispensable proceder sistemáticamente⁹¹. Proceder de este modo, por cierto, no es tarea nada sencilla pues, como ha puesto de relieve HRUSCHKA, la dogmática jurídico- penal tiende a pronunciarse sobre cuestiones o casos específicos, perdiendo perspectiva general y configurando un mero *muestrario de opiniones*⁹². Pese a los obstáculos naturales de una interpretación teleológica-sistemática, es necesario reconocer, como *pedra de toque* del proceso de *reconstrucción racional* de la

85 Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, p. 369.

86 Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 131.

87 Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, p. 395; cercano: Jescheck, Hans- Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., pp. 166-167; Fiandaca, Giovanni & Musco, Enzo, Ob. cit., p. 138; De Figueiredo Dias, Jorge, Ob. cit., pp. 176-180.

88 Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, tomo segundo, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 65.

89 Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, Ara, Lima, 2009, p. 44.

90 Especialmente notoria en un contexto en que los *mass media* son una auténtica jurisdicción (jurisdicción mediática); al respecto: Reyna Alfaro, Luis Miguel, “Presentación”, en: Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, Ara, Lima, 2009, pp. 07-10.

91 Silva Sánchez, Jesús María, “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, p. 395.

92 Hruschka, Joachim, *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, traducción Pablo Sánchez Ostiz, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 66.

ley penal, la finalidad ulterior del sistema del Derecho penal, esto es, la protección de los bienes jurídicos⁹³. Esta concepción tiene diversas manifestaciones prácticas: Delimitación entre actos preparatorios y

tentativa, identificación de supuestos de tentativa no punible, determinación del alcance de los tipos penales a partir de la identidad del bien jurídico penalmente tutelado⁹⁴, por citar solo alguna de ellas.

93 Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, Ob. cit., p. 168.

94 Especialmente: Cadoppi, Alberto & Veneziani, Paolo, Ob. cit., p. 133.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Normas de comportamiento y reglas de imputación. III. Exigencias de cuidado. IV. Normas de comportamiento y exigencias de cuidado. V. Consecuencias. VI. Resumen

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En lo que sigue quisiera entrar en la pregunta de qué significa “imprudencia” en el derecho penal. En el Código Penal alemán, el concepto de imprudencia no se encuentra definido. El legislador alemán renunció conscientemente a definir el dolo y la imprudencia, para así dejar la determinación de estos conceptos a la jurisprudencia y la doctrina científica. Existen, sin embargo, proyectos de reforma del Código Penal alemán¹ de principios del siglo veinte, en los cuales se definía la imprudencia como la falta de observancia del cuidado esperable del autor en las circunstancias dadas, conducente a una falta de previsión de la realización del tipo delictivo o bien a una confianza infundada en su no-realización². Similarmente, el Tribunal Imperial Supremo, máximo tribunal de revisión de la Alemania de aquel entonces, en una decisión fundamental del año mil ochocientos ochenta y cuatro, veía ya la esencia de la imprudencia “en un error vencible y reprochable acerca de la causalidad de la acción”³.

En esta comprensión de la imprudencia, que constituye el punto de partida para las reflexiones siguientes, hay tres aspectos dignos de consideración:

Por de pronto, la imprudencia aparece referida a algo subjetivo, vinculado a conocimiento, previsión y confianza.

Pero entonces esta disposición subjetiva es negativamente determinada: como un error, una falta de previsión o una confianza infundada.

Y finalmente, esta disposición deficitaria es reprochada al autor: como un error vencible y una apreciación equivocada por descuido.

De acuerdo con esta comprensión, entonces, la imprudencia constituye un déficit reprochable en la evaluación subjetiva de un suceso jurídico-penalmente relevante. Se comporta imprudentemente quien, de manera reprochable, juzga erróneamente una situación objetivamente dada.

De esta interpretación de la imprudencia se siguen dos consecuencias:

Por una parte, la imprudencia no concierne el injusto objetivo del hecho, sino su aspecto subjetivo.

Por otra parte, es necesario diferenciar el estándar para la valoración del injusto objetivo y el estándar para la valoración del aspecto subjetivo del hecho: la razón por la cual un comportamiento exterior – por ejemplo, la causación de una lesión corporal – ha de ser valorado como jurídicamente incorrecto, tiene que ser distinta de la razón para la incorrección jurídica del error [del autor] acerca de la causación de esa lesión corporal.

Estas reflexiones hacen posible concluir que tras la imprudencia se esconden difíciles preguntas de la construcción jurídico-penal del delito, cuya respuesta vuelve necesario revisar la teoría de las normas y la teoría de la imputación. A tal efecto, hemos de analizar cuáles son las reglas que han de tenerse a la vista en la constitución de un hecho punible.

* Traducción del alemán por Juan Pablo Mañalich R.

** Catedrático de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, Alemania. Doctor Honoris Causa Múltiple.

1 Así el § 18 I del proyecto de 1962.

2 Similarmente el § 6 I del Código Penal austríaco; véase también el § 18 III del Código Penal suizo de 1937.

3 RGSt 9, 422 (424); véase también RGSt 56, 343 (349 s.); 61, 318 (320); 67, 12 (18); *Frank* § 59 nota VIII 4; *Mezger*, Strafrecht, 3ª ed. 1949, § 46 III.

II. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

1. Por “hecho punible” cabe entender la responsabilidad jurídico-penal por un determinado comportamiento prohibido. Con arreglo a esto, un hecho punible se constituye con ayuda de dos sistemas de reglas: por una parte, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales ha de considerarse prohibido un comportamiento; y por otra, aquellas reglas que enuncian las condiciones bajo las cuales se atribuye responsabilidad por ese comportamiento prohibido.

Las reglas de conformidad con las cuales un comportamiento es juzgado como prohibido o permitido, como bueno o malo, poseen, en términos de la lógica del lenguaje, un carácter prescriptivo o valorativo, y pueden ser denominadas “normas de comportamiento”. En este sentido, los tipos delictivos de la parte especial pueden ser interpretados como normas que están dirigidas a alguien y que formulan el comportamiento respectivamente prohibido. Así por ejemplo, de la tipificación del homicidio puede inferirse la prohibición de matar a otro. El fin de las normas de comportamiento del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos; en el caso de la prohibición del homicidio, el bien jurídico protegido es la vida [humana de otro].

Estas normas de comportamiento indican, únicamente, qué formas de comportamiento se encuentran prohibidas u ordenadas. Ellas no indican, sin embargo, en qué medida el destinatario de la norma queda vinculado por esta, esto es, en qué medida se espera de él que ejercite sus capacidades para actuar con arreglo a la norma. Así, la prohibición del homicidio no indica qué es lo que el destinatario de la norma tiene que saber y ser capaz de hacer físicamente, para así evitar dar muerte a otro ser humano. La respuesta a esta pregunta la dan, en cambio, las reglas de imputación jurídico-penal. Se trata de reglas que determinan bajo qué presupuestos alguien puede ser hecho responsable por un determinado comportamiento prohibido.

Por ello, los presupuestos de la imputación se encuentran referidos a la finalidad de la pena. El fin de la pena, por su parte, y de acuerdo con la actualmente predominante teoría de la prevención general positiva, consiste en la imposición de la vigencia fáctica de las normas de comportamiento del derecho penal, esto es, la imposición de su efectivo seguimiento.

Así, ha de imponerse pena si el destinatario de la norma expresa, a través de su comportamiento, que él no quiere seguir la norma, es decir, que esta no es vinculante para él. A través de la punición se declara, entonces, que el ordenamiento jurídico no acepta esta contradicción de la norma y que la generalidad puede seguir confiando en el carácter vinculante de la norma de comportamiento.

El presupuesto del reconocimiento de una norma a través de su seguimiento es la capacidad del destinatario de realizar en el hecho lo que es debido como si fuera querido. Por de pronto, el destinatario tiene que estar en posición, física y cognitivamente, de realizar lo debido. Ello significa, tratándose, por ejemplo, de la prohibición del homicidio, que él tiene que saber que puede causar la muerte de otro ser humano a través de un comportamiento, así como tiene que ser físicamente capaz de evitarlo. Adicionalmente, él tiene que poder reconocer lo debido y poder convertirlo, psíquicamente, en el motivo dominante de su actuar. Para seguir con el ejemplo: él tiene que saber que está prohibido –y no, por ejemplo, permitido en virtud de alguna causa de justificación– causar la muerte del ser humano en cuestión. Y él tiene que disponer de la capacidad de formarse la intención, en pos del seguimiento de la norma, de evitar el comportamiento mortal. En otras palabras, él tiene que ser capaz de controlar su comportamiento mediante una motivación conforme a la norma.

La capacidad cognitiva y física de realizar un determinado objetivo puede ser denominada “capacidad de acción”; y la capacidad de formarse una intención, en pos del seguimiento de una norma, “capacidad de motivación”. En referencia a estas dos capacidades es atribuida la responsabilidad jurídico-penal. La vinculación del destinatario a la respectiva norma de comportamiento, con arreglo a su capacidad de acción, puede ser denominada “deber”; y su vinculación al deber, con arreglo a su capacidad de motivación, “capacidad de culpabilidad”.

2. Un hecho punible se constituye a través de la aplicación de las normas de comportamiento y las reglas de imputación, por medio de los siguientes pasos:

Primero ha de preguntarse si el comportamiento del autor es subsumible bajo algún tipo delictivo. Este es el caso, por ejemplo, si una persona A no ha salvado de la muerte por inmersión a otra persona B, a pesar de corresponderle una posición de garante. En tal medida, el comportamiento de A es objetivamente antinormativo, con arreglo a la norma [dirigida al

garante] que ordena impedir la muerte de otro ser humano. Como también cabe decir, A ha realizado, a través de una omisión, el injusto de resultado de un homicidio.

En un segundo paso, es necesario aplicar una regla de imputación. Hay que preguntar si es imputable a A, también subjetivamente como infracción de deber, el comportamiento objetivamente prohibido. Esto presupone que A haya sido capaz de acción, al momento relevante para el salvamento, esto es, que él haya sabido que B se encontraba en peligro de muerte y que haya estado en posición de nadar y así sacar a B del agua. Si este es el caso, entonces H ha infringido el deber resultante del mandato de impedir la muerte de otro.

En un tercer paso se plantea nuevamente la aplicabilidad de una norma de comportamiento. Ahora hay que examinar si son aplicables normas permisivas en la forma de causas de justificación, por ejemplo, una colisión de deberes justificante. Si no se dan tales causas de justificación, el juicio normativo sobre el hecho permanece intacto: A ha realizado el injusto del homicidio mediante omisión.

Ahora, y en un último paso, ha de recurrirse nuevamente a una regla de imputación. Hay que comprobar si A conocía los presupuestos de su infracción de deber y si estaba en posición de formarse y realizar efectivamente la intención de salvar a B en pos del cumplimiento de su deber. Lo que hay que comprobar, en otros términos, son los presupuestos relevantes de su capacidad de motivación. Podría ser el caso, por ejemplo, que A no estuviera en capacidad de controlar normativamente su comportamiento, en virtud de un grave defecto psíquico. En este caso A no resultaría culpable; en caso contrario, su infracción de deber le sería imputable a título de culpabilidad.

Este modelo del hecho punible, orientado al juego recíproco de normas de comportamiento y reglas de imputación, se corresponde con la así llamada teoría de la culpabilidad, hoy dominante en la dogmática jurídico-penal alemana. La teoría de la culpabilidad distingue entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación, situando la capacidad de evitación en el injusto subjetivo, mientras que considera la capacidad de motivación como criterio de la culpabilidad.

La historia de la evolución dogmática ofrece otras posibilidades. Hasta mediados del último siglo, en la dogmática del derecho penal alemán prevalecía la teoría del dolo, que examinaba la totalidad de los presupuestos de la imputación en el nivel de la

culpabilidad, y por ello refería el dolo tanto al conocimiento del hecho como a la consciencia del injusto. Por esto, también el error de prohibición conducía a una exclusión del dolo. Y en paralelo al dolo, la imprudencia era ubicada, como “culpa”, en la culpabilidad.

3. En nuestro contexto solo son de interés las capacidades que posibilitan la atribución de un comportamiento como infracción de deber. En la medida en que se trata del saber como elemento de la capacidad de acción, el criterio de imputación relevante es el dolo. El dolo representa la forma de infracción de deber, en la cual el autor es actualmente capaz de seguir la norma, a pesar de no querer hacerlo. En el dolo confluyen elementos fácticos y normativos, en el sentido de que mediante el concepto de dolo se define, normativamente, bajo qué presupuestos el comportamiento del autor ha de considerarse una expresión de su déficit de voluntad de cumplimiento del deber.

Aquí son determinantes, ante todo, dos elementos. Por una parte –como presupuesto positivo–, el autor tiene que advertir la posibilidad concreta de que él, por el hecho de comportarse de determinada manera, realice un tipo delictivo. Por otra parte –como presupuesto negativo–, no debe haber razones que indiquen que el autor quiso evitar la realización del tipo.

A modo de ejemplo: quien deja rodar una roca pendiente abajo, a pesar de advertir que así pueden resultar lesionadas personas que se encuentran al pie de la pendiente, actúa dolosamente. Pues a través de su comportamiento él hace reconocible que él no quiere lo que es debido según la norma, la evitación de la lesión de otros. En cambio, quien con su auto adelanta en una curva con escasa visibilidad, quizá advierta el riesgo de lesionar o incluso matar a otros a través del choque con un vehículo que se desplace en la dirección opuesta. Puesto que en caso de un infortunio él también probablemente resultaría con graves daños, puede asumirse que él ha confiado en que ningún auto se desplace en la dirección contraria, o bien en que él podrá evitar el choque gracias a su habilidad en la conducción.

El dolo comprende una situación que sugiere, de un modo reconocible, una voluntad de negación del derecho. El autor se encuentra actualmente en posición de poder seguir la norma, pero a través de su comportamiento expresa no querer seguir la norma. Que el déficit de fidelidad al derecho solo resulta sugerido, se sigue de la circunstancia de que este indicio todavía pueda ser derrotado por una causa de justificación o de exculpación.

4. Por el contrario si el destinatario de la norma realiza el tipo delictivo sin dolo, entonces él ha desconocido o estimado erróneamente el riesgo asociado a su comportamiento. En tal medida, él se encuentra en un error. El error puede estar referido, desde luego, a aquellas circunstancias de las cuales resulta la posibilidad de una realización del tipo a consecuencia del comportamiento. Pero el error también puede concernir las razones por las cuales el autor cree poder evitar la realización del tipo. Ambos puntos de referencia del error son enunciados en la versión del proyecto de reforma del Código Penal alemán, mencionada al principio, al hablarse ahí de una falta de previsión de la realización del tipo o una confianza infundada en su no-realización.

Se plantea, sin embargo, el siguiente problema: rige el principio de que alguien solo puede quedar vinculado a una norma de conformidad con su propia capacidad de acción. Nadie está obligado más allá de su capacidad: *ultra posse nemo obligatur*. Quien juzga erróneamente una situación, no puede actuar correctamente en persecución de un objetivo. Si falta el conocimiento del hecho, que es objeto del dolo y el elemento esencial de la capacidad de acción conforme a la norma, entonces la realización del tipo no puede imputarse al autor como infracción de deber.

El derecho penal reconoce, no obstante, una excepción al principio de que el déficit de conocimiento exonera. El destinatario de una norma es privado de la posibilidad de invocar su incapacidad actual de actuar de conformidad con la norma, si esta incapacidad, por su parte, hubiese sido evitable, y precisamente si el destinatario se hubiese preocupado, en la medida que de él se esperaba, de su capacidad de seguimiento de la norma.

Esta excepción al principio, según el cual el déficit de conocimiento exonera, está justificada. Pues es contradictorio querer seguir una norma sin querer estar en posición de poder hacerlo. Quien quiere no lesionar a otro, no solo tiene que omitir acciones a través de cuya ejecución, desde su punto de vista, él pueda lesionar a otro, sino que también tiene que preocuparse de reconocer las condiciones bajo las cuales él puede llegar a lesionar a otro. Esto se sigue del fin de la pena identificado con la prevención general positiva. El fin de la pena es la garantía de la vigencia fáctica de la norma, lo cual significa: la pena tiene que asegurar la justa medida de motivación leal a derecho, necesaria para el efectivo seguimiento de la norma. Así visto, la imposición de la pena también tiene sentido si por esta vía ha de asegurarse la capacidad de

seguimiento de la norma. Un no-saber también puede expresar un déficit de reconocimiento de la norma, si el correspondiente saber hubiese capacitado al autor para la evitación de la realización del tipo.

Ciertamente, el no-saber solo puede gravar con responsabilidad dentro de un marco bien determinado. Quien casualmente llega al lugar de un accidente y no es capaz de auxiliar a un herido por no disponer de conocimientos médicos, no puede ser hecho responsable de la omisión de socorro con el argumento de que él podría haber estudiado medicina en vez de derecho.

III. EXIGENCIAS DE CUIDADO

1. Las exigencias de cuidado se encuentran referidas al aseguramiento de la capacidad de acción, la cual se compone del saber y la capacidad física necesarios para evitar la realización del tipo. En esta medida, la definición del Tribunal Imperial, que restringía la imprudencia al desconocimiento evitable, resulta demasiado estrecha. También la incapacidad física puede ser imprudente.

En el delito de comisión activa, la capacidad física de evitación normalmente no juega papel alguno. El autor solo necesita omitir el correspondiente comportamiento activo. En el delito de omisión, en cambio, resulta evidente la exigencia de capacidad física para ejecutar la acción ordenada. A quien no es capaz de nadar tampoco puede imputarse, como infracción de deber, la omisión del salvamento de alguien que se ahoga. Por ello, es más exacto referir la imprudencia a la capacidad cognitiva y física de acción, que se espera para la evitación de la realización del tipo.

2. Consideremos ahora, con mayor detenimiento, cómo han de concretarse las exigencias de cuidado. La incapacidad solo grava con responsabilidad si ella resulta reprochable al autor. Por ello, el Tribunal Imperial hablaba correctamente de un error vencible y reprochable. De conformidad con esto, hay que clarificar cuándo es responsable el autor de su incapacidad de seguimiento de la norma. A modo de eslogan se dice habitualmente que el autor sería responsable si él hubiese contado con las capacidades correspondientes, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Si bien esta fórmula es acertada, resulta demasiado indeterminada en su contenido. Para precisarla han de responderse dos preguntas:

Primero: ¿según qué estándar se mide el cuidado requerido en el tráfico? O más simplemente: ¿Qué significa “cuidado”?

Segundo: ¿Quién es la persona a quien se aplica este estándar ¿Se trata de una figura estandarizada o del concreto autor?

3. Por de pronto, en cuanto a la primera pregunta: ¿qué significa “cuidado”? Dado que el cuidado constituye un criterio de imputación, el estándar aquí relevante ha de estar orientado hacia el fin de la pena. Si el fin de la pena consiste en la garantía de una medida justa y útil de motivación leal al derecho en pos del seguimiento de la norma, entonces el estándar de cuidado es la precaución que es posible y legítimo esperar de un destinatario de la norma leal al derecho, en pos del aseguramiento de su capacidad de seguimiento de la norma.

Para precisar estas expectativas, ha de advertirse que el cuidado es la contra-cara de la libertad. Si el derecho hace posible a sus ciudadanos configurar su espacio de juego para la acción de conformidad con sus propios intereses, entonces estos han de hacerse responsables de que de ello no surjan riesgos para otros que sean jurídicamente desaprobados. Rige, en tal medida, el principio de que aquel que pretende el dominio de un suceso carga con la responsabilidad de que nadie sufra un daño a consecuencia de ello. Es decir, quien crea riesgos tiene que preocuparse de que estos no se realicen. A modo de ejemplo: si una madre hace hervir agua en la cocina, entonces tiene que estar pendiente de que su hijo pequeño no resulte quemado. Quien escala un cerro tiene que estar pendiente de no soltar rocas que puedan ocasionar una avalancha.

Adicionalmente, existe una muy sencilla relación de proporcionalidad entre riesgos y exigencias de cuidado: mientras mayor sea el riesgo que alguien asume, mayor ha de ser el cuidado con el cual él se preocupe de que este riesgo no se realice.

4. La pregunta ulterior consiste en si este estándar de cuidado propio del ciudadano leal al derecho y capaz de decisión racional ha de ser aplicado a una persona ficticia o al concreto autor. La respuesta a esta pregunta es controversial en la dogmática alemana.

Un sector de la doctrina refiere el estándar a un destinatario de la norma ficticio, dotado con capacidades y conocimientos promedios. Con arreglo a esto, en el delito imprudente se trata de la comprobación de si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el autor, de haber observado este el cuidado esperado de un destinatario de la norma con capacidades promedio. A modo de ejemplo: V, el conductor de

un vehículo de carga con remolque, adelanta al ciclista C en un camino rural, quien súbitamente no puede controlar su bicicleta y es letalmente impactado por el remolque. Aquí habría que preguntar qué distancia de seguridad habría tenido que mantener un conductor de un vehículo de carga con conocimientos promedios, de haber observado el cuidado requerido en el tráfico. Asumamos que esta distancia, en consideración a las reglas del tráfico vehicular, al estado del camino y a la situación del tiempo, hubiese sido de un metro y medio. Entonces ello quiere decir lo siguiente: Si V mantuvo esta distancia de seguridad, la causación de la muerte de C no le es imputable. En caso contrario, él ha causado imprudente la muerte de C.

Esta solución solo es plausible bajo el presupuesto de que el saber de V de hecho también haya sido promedio, esto es, que haya implicado un desconocimiento del estado de ebriedad de la víctima. Esto se muestra claramente si se modifica la situación en relación con los conocimientos del autor, en el siguiente sentido: V reconoce al ciclista en el camino como su compañero de barra, que un cuarto de hora antes que él había abandonado el local, tambaleándose en estado de alta alcoholización. Sería manifiestamente insensato ignorar este conocimiento del concreto autor y negar la imprudencia de V. Antes bien, en el delito imprudente también es necesario atender al saber individual del autor en la imputación de la producción del resultado. Así, las exigencias de cuidado esperado se dirigen a los conocimientos de la situación de hecho que posee el autor individual. De conformidad con esto, en la variación del caso del ciclista tendrían que resultar aplicables exigencias de cuidado distintas de las correspondientes al “caso normal” de un nivel de conocimiento promedio. El conductor tendría que haber renunciado completamente a efectuar el adelantamiento en un estrecho camino rural.

Por esto, merece aprobación la opinión doctrinal que refiere el estándar de cuidado a la capacidad de acción del autor individual. La imprudencia se da, entonces, si la realización del tipo objetivo hubiese sido evitable para el concreto autor, de haber observado el cuidado de él esperado según su nivel de conocimiento.

Las normas de comportamiento del derecho penal se hallan dirigidas a individuos, de modo tal que ellas solo pueden seguir individualmente. Con la individualidad del destinatario de la norma también resultan individualizadas sus capacidades. Por esta vía no se ven gravados con responsabilidad quienes están por sobre el promedio, ni exonerados quienes están

por debajo. Esto vale, por de pronto y especialmente, para el caso básico del delito de comisión activa. Aquí solo se trata de asegurar el status quo de la capacidad ya existente.

Si el autor cambia de rol, por ejemplo, de lego a experto especializado, entonces las razones para este cambio también son razones suficientes para una modificación de las expectativas de cuidado. Aquí es posible, especialmente por la pretensión de desempeño de actividades especializadas, que capacidades especiales se conviertan en el estándar al cual el destinatario de la norma ha de orientar sus capacidades individuales. Por principio, la medida de cuidado se corresponde con el rol que el destinatario de la norma pretende desempeñar. Por ejemplo: quien amablemente da la mano a otro, no reclama más confianza en su preocupación por el peligro que la observancia de la higiene cotidiana. En cambio, quien experimenta con agentes patógenos, desencadenantes de enfermedades, y aun así da la mano a otro, pretende haber reducido, mediante una higiene específica, los riesgos específicos de su actividad experimental a la medida socialmente usual de ausencia de peligrosidad.

Con ello, puede mantenerse como resultado intermedio: la figura estandariza de cuidado se identifica con el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, que es presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.

IV. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y EXIGENCIAS DE CUIDADO

Todavía queda por clarificar, de acuerdo con las reflexiones precedentes, en qué relación se encuentran las exigencias de cuidado respecto del deber, que se sigue de la respectiva norma de comportamiento, de evitar la realización del tipo. Un ejemplo: el autor manipula un arma que él erróneamente tiene por no cargada; se escapa un disparo, y otra persona es impactada mortalmente. En este caso, se realiza el tipo objetivo de un delito de homicidio. El comportamiento causal que conduce a la muerte no es imputable a A como infracción de deber dolosa, pero sí como infracción de deber imprudente. Pues de alguien que manipula un arma se espera que él haya comprobado previamente que no estuviera cargada.

El deber de evitar dar muerte a otro, y la exigencia de cuidado de comprobar que el arma no esté cargada, son diferentes exigencias de comportamiento. La evitación de dar muerte a otro es el deber que resulta

de la prohibición del homicidio. No comprobar si un arma está cargada, en cambio, no constituye un comportamiento prohibido. El desconocimiento de que el arma está cargada recién se hace jurídico-penalmente relevante, si el proveerse de ese conocimiento hubiese puesto al autor en posición de seguir la prohibición del homicidio.

Por ello, es necesario distinguir exactamente entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, por un lado, y la evitación, conforme a cuidado, de la incapacidad de seguimiento, conforme a deber, de una prohibición, por otro. La prohibición del homicidio es un imperativo categórico; este tiene que ser seguido incondicionalmente. La exigencia de cuidado, por el contrario, es un imperativo hipotético; este solo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico. Este imperativo hipotético de la exigencia de cuidado solo tiene la consecuencia de que su no-seguimiento puede fundamentar la imputación, mientras que su seguimiento conduce a una exclusión de la imputación.

Para quedarnos en el ejemplo: si A manipula un arma sin que se escape disparo alguno que pudiera resultar en la lesión de otro, es enteramente irrelevante que él comprobara con anterioridad si el arma estaba o no cargada. El cerciorarse de si el arma no está cargada no es, precisamente, un imperativo categórico; como tal uno no tiene que hacerlo. Pero si se escapa un disparo y alguien resulta lesionado, entonces se cumple la condición bajo la cual la exigencia de cuidado se hace eficaz. Si el autor no se cercioró de que el arma no estuviera cargada, entonces él no puede invocar que él —con arreglo al principio *ultra posse nemo obligatur*— no haya sabido que el arma estuviera cargada.

La diferencia normológica entre las normas de comportamiento y las exigencias de cuidado también se manifiesta desde otro punto de vista. La prohibición del homicidio sirve inmediatamente a la protección del bien jurídico “vida”; su seguimiento va en interés directo de otros seres humanos. La observancia de la exigencia de cuidado, en cambio, solo va indirectamente en interés de otros, directamente solo en interés del destinatario de la norma. Este tiene que cumplir con la exigencia de cuidado, si él tiene interés en poder seguir las normas de comportamiento del derecho penal y no responder de las consecuencias lesivas de su comportamiento. En esta medida, cabe designar las exigencias de cuidado como

“incumbencias”, esto es, exigencias de comportamiento en interés propio.

Para evitar cualquier malentendido: puesto que las exigencias de cuidado sirven a la evitación de formas de comportamiento riesgosos, el legislador puede convertirlas, independizándolas, en normas categóricas. Un ejemplo de esto se da con la ebriedad en el tráfico vehicular. Por de pronto, constituye una exigencia de cuidado para los conductores no ponerse, a través del consumo de alcohol, en un estado en el cual disminuya su capacidad de evitar causaciones prohibidas de daño. El legislador alemán, sin embargo, ha convertido la contravención de esta exigencia de cuidado en un delito autónomo, prohibiendo bajo pena tomar parte en el tráfico rodado conduciendo un automóvil en estado de inidoneidad para la conducción condicionado por el alcohol. Tales delitos que resultan del quebrantamiento de normas de cuidado así independizadas constituyen, entonces, delitos de peligro abstracto.

V. CONSECUENCIAS

Para terminar, brevemente quisiera extraer tres consecuencias de las reflexiones anteriores:

1. Primero: nadie está en posición de evitar, en todo momento y sin restricción alguna, las consecuencias lesivas de su comportamiento. En tal medida, la observación de las exigencias de cuidado tiene un efecto de exoneración. Esto vale, ante todo, en ámbitos vitales a los cuales se encuentran asociados riesgos generales. Un ejemplo de ello es el tráfico vehicular. Si está permitido mantener una velocidad relativamente alta conduciendo un vehículo motorizado, entonces al mismo tiempo se ve considerablemente comprometida la capacidad de evitar daños; las distancias de freno se alargan, el tiempo de reacción es menor y el control del vehículo disminuye. Ello significa, sin embargo: si está permitido, dentro de ciertos límites, reducir la propia capacidad de seguimiento de la norma, entonces esta incapacidad no puede fundamentar responsabilidad alguna. Sería una auto-contradicción de parte del derecho si este permitiese, por una parte, formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, pero considerara esta incapacidad como descuido fundante de responsabilidad. En tal medida, cabe hablar, tratándose de la permisón de formas de comportamiento que conducen a una disminución de la capacidad de acción, de un riesgo permitido.

Pero esto hay que entenderlo bien: el riesgo permitido solo excluye la responsabilidad por imprudencia, y no opera, por ejemplo, como una causa de justificación. Las reglas del tráfico vehicular no conceden una autorización para lesionar, o incluso matar, a otros. Ellas solo excluyen la imputación de una lesión corporal o un homicidio no doloso como infracción de deber imprudente.

2. Segundo: entre la realización de un tipo delictivo y la infracción de una exigencia de cuidado no se da una conexión causal. Pues la causalidad presupone que la realización del tipo no se habría producido si el autor se hubiese comportado cuidadosamente. Para quedarnos en el ejemplo del arma: si el autor hubiese sido cuidadoso y hubiese comprobado que el arma estaba cargada, él no habría tenido que evitar, con necesidad causal, dar muerte a la víctima. Pues él podría haber dicho entonces que el muerto era su enemigo y que él, de haber descubierto la bala, habría de todas formas disparado contra la víctima. Semejante causalidad solo puede ser asumida bajo la hipótesis de una motivación leal a derecho; solo si se supone que el autor habría querido omitir la manipulación del arma de haber advertido que estaba cargada, puede afirmarse la causalidad de la falta de cuidado.

Por ello, el objeto de la falta de cuidado solo está constituido por la incapacidad del autor para la evitación de la realización del tipo, y no por su causación. Así, el objeto del reproche a título de imprudencia consiste en que el autor podría haber evitado la realización del tipo, de haber observado el cuidado requerido; y no consiste, en cambio, en que él pudiera haberla evitado con necesidad causal. La invocación de circunstancias de exoneración que uno mismo ha creado de modo imputable no es admisible para la solución de conflictos a través de la imputación jurídico-penal; el autor no puede distanciarse del conflicto por referencia a defectos de fidelidad al derecho, si la solución del conflicto a través del derecho penal sirve al aseguramiento de una suficiente medida de motivación leal al derecho. esta es, podría uno decir, la moraleja de la responsabilidad por imprudencia.

3. Tercero: aun cuando no existe causalidad entre la falta de cuidado y la realización del tipo objetivo, entre ambas tiene que darse una conexión específica, que fundamenta la imputabilidad del resultado. Este vínculo es designado como conexión de contrariedad a deber, y se traduce en que debe confirmarse la hipótesis de que el autor efectivamente podría haber evitado la realización del tipo, si él se hubiese atenido a la exigencia de cuidado. La verificación de esta

hipótesis no representa, normalmente, dificultad alguna. En el caso del arma de fuego es posible establecer sin dificultades que el autor podría haber evitado el disparo mortal, si él hubiese examinado el arma.

La comprobación de la conexión de contrariedad a deber da lugar a dificultades, sin embargo, cuando el autor se mueve en el ámbito de riesgos permitidos. A modo de ejemplo: si el autor conduce a cien kilómetros por hora en una calle en la cual el máximo permitido es de sesenta, impactando a un peatón que súbitamente aparece en la calle, entonces es necesario comprobar que la falta de evitabilidad de la producción del resultado mortal justamente se base en haberse sobrepasado el margen de riesgo permitido. En consecuencia, hay que fijar con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor habría podido evitar el infortunio, de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora. Si el autor tampoco hubiese podido evitar el infortunio de haber conducido a una velocidad máxima de sesenta kilómetros por hora, porque tampoco a esa velocidad podría haber frenado o haberse desviado, entonces él no responde de la producción del resultado mortal, y ya con total presidencia del hecho de que él, al sobrepasar manifiestamente el límite de velocidad permitida, se comportó de modo descuidado.

VI. RESUMEN

Resumo brevemente mis reflexiones:

- La imprudencia es la incapacidad, contraria a cuidado, de evitar la realización del tipo.
- Ella no constituye un elemento del tipo objetivo, sino un criterio de imputación subjetiva que subroga el dolo faltante.
- La figura estandarizada para la determinación del cuidado es el destinatario de la norma leal a derecho y capaz de decisión racional, presupuesto por el fin de la pena, dotado de la constitución física e intelectual del autor.
- Las exigencias de cuidado, desde la perspectiva de la teoría de las normas, son exigencias hipotéticas de comportamiento y tienen carácter de incumbencias.
- Entre la infracción de la exigencia de cuidado y la realización del tipo objetivo tiene que darse una conexión de contrariedad a deber, que indique con un grado de probabilidad rayana en la certeza que el autor podría haber evitado la realización del tipo, si él hubiese observado el cuidado que de él se esperaba.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CORRUPCIÓN EN CHINA

Margaret K. LEWIS* **

SUMARIO: Introducción. Perspectiva fuera de China: La presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito II. La perspectiva dentro de China: La Presunción de Inocencia en el Enriquecimiento Ilícito III. China: El caso para un enfoque de responsabilidad inversa de la carga de la prueba. IV. Interacción entre la presunción de inocencia y otros derechos. V. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Los beneficios públicos que se obtenían por ser Teniente Alcalde de las ciudades prósperas no eran suficientes. Atraídos por los promotores de bienes raíces que buscaban contratos lucrativos, los Tenientes Alcaldes utilizaban sus posiciones para realizar operaciones directas, así como apropiarse del dinero de las empresas estatales bajo su mando. Tales historias de abuso de poder para obtener beneficios personales se encuentran en todo el mundo, sin embargo China enfrenta una crisis que minimiza la batalla contra la corrupción de la mayoría de los países. Como respuesta a la indignación pública¹, el gobierno está tomando medidas drásticas para demostrar que está capacitado para enfrentar el problema. Recientemente, en julio de 2011, los Teniente Alcaldes de Hanzhou y Suzhou

fueron ejecutados por aceptar gran cantidad de sobornos y abusar de sus poderes oficiales². Al anunciar las ejecuciones, el Portavoz del Gobierno explicó: “Para los delitos en los que una persona se aprovechó de su cargo, especialmente en los casos de corrupción y soborno que por ser tan graves pueden ser castigados con la pena de muerte, el Tribunal no será blando, sino que ordenará las ejecuciones decididamente (...)”³.

Estos casos de corrupción no son meras anomalías. Un infiltrado del Banco Popular de China reportó que entre mediados de 1990 y 2008, 10 000 oficiales chinos corruptos trasladaron colectivamente aproximadamente \$ 120 billones fuera del país⁴. Así, la República Popular de China (RPC o China) está lidiando con graves acusaciones de corrupción contra

* Profesora asociada, Facultad de Derecho de la Universidad Seton Hall, Estados Unidos de América. Quiero agradecer a los participantes en la conferencia “Justicia Penal en China: Perspectivas comparativas”, organizada por la Universidad China de Hong Kong en Mayo de 2011. Agradezco también a Jenny Carroll, Barbara Fredericks, Maya Grosz, Guo Zhiyuan, Kristin Johnson, Carl Minzner, Jordan Paradise, Michael Risinger y Thoman Stutsman por los comentarios a ediciones anteriores, así como a Patrick Messner, Tara Toner, y Ma Xiao por su colaboración como asistentes de investigación. Asimismo, este artículo fue auspiciado por una beca de investigación de verano de la Escuela de Leyes de la Universidad Seton Hall.

** Este artículo apareció inicialmente en su idioma original en el volumen 50, número 2 (2012) del *Columbia Journal of Transnational Law*, Columbia Law School, New York, Estados Unidos de América. Traducción del inglés a cargo de Virginia Naval (Universidad de San Martín de Porres) y Raúl Pérez (Universidad Alas Peruanas), asistentes de investigación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Corrección de la traducción a cargo de Luis Reyna Alfaro.

1 Véase, e.g., Teng Biao, *Blood, Justice and Corruption: Why the Chinese Love Their Death Penalty*, Time.com, disponible en <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2075010-1,00.html> (traducción al inglés del artículo publicado en *Economic Observer*, <http://www.eeo.com.cn/>) (informe de aceptación pública de las sentencias de pena de muerte contra los teniente alcaldes de Hanzhou y Suzhou).

2 Véase *Two Former Officials Executed*, China Daily Online, July 20, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/cndy/2011-07/20/content_12939151.htm (informe que concluye que Xu Maiyong y Jiang Renjie aceptaron el equivalente a decenas de millones de dólares estadounidenses en sobornos y malversación de fondos).

3 Id.

4 Leo Lewis, *Mistakenly-Released Report Reveals Embarrassing Extent of Chinese Corruption*, The Australian, June 17, 2011, disponible en <http://www.theaustralian.com.au/news/world/accidentally-released-report-reveals-embarrassing-extent-of-chinese-corruption/story-e6frg6so-1226076938605>.

los funcionarios del gobierno. Esta corrupción endémica⁵ afecta la vida cotidiana de más de 1.3 billones de la población china y, por extensión, amenaza la legitimidad de su liderazgo⁶. El Gobierno de la RPC hace hincapié en la necesidad de adoptar nuevos mecanismos anti-corrupción y ha reconocido que “la situación en la lucha contra la corrupción sigue siendo muy seria y las tareas siguen siendo abundantes”⁷. En un discurso de enero de 2011, el Presidente Hu Jintao declaró que la situación con respecto a la corrupción seguía siendo complicada⁸.

La pregunta clave es cómo China puede aplicar efectivamente el Derecho penal para combatir la corrupción. Por ejemplo, en la actualidad, la pena de muerte es aplicada cuando el Gobierno oficial participa en severos actos de corrupción⁹. Este artículo se centra en la manera en que el Gobierno de la República Popular de China está utilizando el Derecho penal para hacer frente a la corrupción desenfrenada: el artículo 395 del Código Penal prescribe hasta 10 años de prisión cuando existe una gran diferencia respecto a la propiedad de un funcionario de gobierno o sus gastos,

en relación a sus ingresos legales¹⁰ y el funcionario es incapaz de explicar que los activos provienen de fuentes legítimas¹¹. El artículo 395 exige que el denunciado refute el elemento fundamental del delito (es decir, que los activos no son de origen legítimo), en lugar de que el fiscal tenga que probar la naturaleza de los activos en cuestión. En este artículo se utiliza el término “inversión de la carga de la prueba” para hacer referencia al tratamiento de los delitos que, al menos de manera parcial, colocan sobre los hombros de la parte denunciada la carga de probar un elemento del delito¹².

En este trabajo se argumenta que, a pesar de la sólida presunción expresada en normas internacionales de derechos humanos, el enriquecimiento ilícito en China constituye un ejemplo convincente de las circunstancias en las cuales una estricta disposición de inversión de la carga de la prueba resulta apropiada. Al mismo tiempo, propongo incidir en los derechos procesales de manera integral y no aisladamente. Una vez que reconozcamos que la inversión de la carga de la prueba debilita el principio de presunción de

- 5 Es difícil pero no imposible medir la corrupción, pero para cualquier aproximación cercana, la corrupción es una de las principales preocupaciones de la población china y del gobierno. La sabiduría convencional de la comunidad internacional demuestra que los procesos de corrupción son frecuentes en China. La ONG Global Integrity ha creado el siguiente sistema de medición: “Los indicadores integrales evalúan el marco legal del ámbito nacional de mecanismos anticorrupción, luego, determinan qué tan bien está funcionando ese marco y si todos los ciudadanos del país se pueden acoger a él”. Global Integrity Report, <http://report.globalintegrity.org/>. En el 2009, China era considerado un país “débil”, a pesar de que fue eliminado de the Grand Corruption Watch List, lo cual “refleja que es importante (aunque incompleto) el progreso que ha tenido con relación al establecimiento de un mínimo de claves de salvaguardas contra la corrupción”. Global Integrity Report: 2009 Key Findings, <http://report.globalintegrity.org/globalindex/findings.cfm>.
- 6 Véase, e.g., Assoc. Press, China’s Premier Visits Official Complaint Bureau, Enero 26, 2011, disponible en http://news.yahoo.com/s/ap/20110126/ap_on_re_as/as_china_public_criticism (“Una visita sin precedentes del Primer Ministro chino a la oficina donde los ciudadanos presentan quejas relacionadas a la corrupción, entre otras problemáticas, puso de manifiesto un sistema ampliamente resquebrajado que Pekín no ha podido evitar”).
- 7 PRC Government, White Paper: China’s Efforts to Combat Corruption and Build a Clean Government, Information Office of the State Council, Dec. 29, 2010, disponible en <http://in.china-embassy.org/eng/xwfw/xxfb/t782350.htm> [en adelante, 2010 White Paper].
- 8 Senior CPC Official Urges “People First” in Combating Corruption, Xinhua Gen. News Serv., Jan. 13, 2011, disponible en <http://www.nbc.gov.cn/article/English/Updates/201101/20110100011938.shtml> (Versión en chino, disponible en <http://www.nbc.gov.cn/article/zxxw/201001/20100100005411.shtml>).
- 9 中华人民共和国刑法 [Código Penal de la RPC] (promulgado por la Asamblea Popular Nacional de China, 01 de Julio de 1979, modificado el 14 de Marzo de 1997, vigente desde 1 de octubre de 1997) art. 383 (China) [en adelante, Código Penal].
- 10 Para aclarar qué constituye “gran” e “ingresos legales,” véase infra notas 185-188 y el texto que se acompaña.
- 11 Código penal, supra nota 9, art. 395.
- 12 Véase, e.g., Myles F. McLellan, Bail and the Diminishing Presumption of Innocence, 15 Can. Crim. L. Rev. 57, 62 (2010) (se critica la creación canadiense de “las primeras disposiciones de inversión de la carga de la prueba” en situaciones de libertad bajo fianza); Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, 123 S. African L.J. 63, 76 (2006) (se señala la negativa de Sudáfrica y el Reino Unido de permitir la “inversión de la carga de la prueba” que “coloque sobre el imputado la carga de refutar un elemento esencial del delito”); Ndiva Kofele-Kale, Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes, 40 Int’l Law 909, 912 (2006) (se proporcionan ejemplos de cómo “la inversión de la carga de la prueba alivia la elevada carga de la persecución penal en los casos de enriquecimiento ilícito”).

inocencia, así como el derecho a guardar silencio, estaremos en mejor posición para tener una seria discusión acerca de otras medidas que puedan ayudar a aliviar ambas preocupaciones respecto a la equidad procesal para el denunciado y a la posibilidad de condenar a acusados inocentes al no haber podido estos cumplir con su carga. Además, planteo que el mejoramiento del derecho a contar con un abogado podría mitigar las preocupaciones respecto al uso concreto de esta diluida presunción de inocencia.

La relación entre la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito en China es un tema particularmente oportuno, en razón de que China está en proceso de reforma de su Código de Procedimiento Penal. A pesar de que la versión de 1996 de la reforma de la ley ha estado en la agenda legislativa desde el año 2002, no fue hasta el 30 de agosto de 2011 que el Gobierno de China publicó un proyecto de reforma integral (El Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011)¹³. El proyecto de reforma, que aumenta el número de artículo de 225 a 285, se refiere a disposiciones que van desde la prisión preventiva a los procedimientos impugnatorios¹⁴. Sin embargo, el derecho a guardar silencio y a la presunción de inocencia brillan por su ausencia en el Proyecto. El Gobierno estableció un periodo de un mes de comentarios públicos, durante el cual la población envió más de 70 000 comentarios a través del Internet¹⁵. A pesar de los comentarios, la opinión convencional es que la Asamblea Popular Nacional de China conservará el Proyecto en su forma actual cuando el Congreso se reúna en marzo de 2012.

En este debate sobre cómo el Código de Procedimiento Penal se desarrolla, anuncios por parte del Gobierno de la RPC contribuyeron a la especulación de que China podría ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁶, el cual establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”¹⁷. No obstante, China ya se ha unido a otros países en el sentido de adoptar la inversión de la carga de la prueba como un mecanismo para castigar a funcionarios corruptos que tengan éxito en el encubrimiento de negocios ilegales, pese a que no obtengan frutos de aquellos.

Este artículo está dividido en cuatro partes. En la Parte I se describe el marco general del debate internacional relacionado a la intersección de la presunción de inocencia (Parte I.A) y las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito (Parte I.B). El debate involucra tanto a los instrumentos multilaterales como a las disposiciones nacionales. Y la naturaleza clandestina del enriquecimiento ilícito genera que simplemente se exija que el imputado explique el origen de sus bienes. Sin embargo, la comunidad internacional está lidiando con el hecho de colocar esta gran carga sobre los hombros de los acusados de manera temeraria, pues coloca en peligro otros valores por el bien de la conveniencia. Los Estados Unidos de América y Canadá, por ejemplo, han realizado reservas a las disposiciones de los Tratados que proclaman la inversión de la carga de la prueba en los casos de enriquecimiento ilícito, mientras que otros países la han incorporado fácilmente a su legislación.

13 Véase Enmiendas al Código de Procedimiento Penal de la República Popular China (Borrador) y Notas Explicativas (刑事诉讼法修正案 (草案) 条文及草案说明) (publicado por la Asamblea Popular Nacional de China el 30 de Agosto de 2011), disponible en http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-08/30/content_1668503.htm [en lo sucesivo, Proyecto de reforma de 2011 del Código de Procedimiento Penal].

14 Véase id.

15 陈丽平 (Chen Liping), 刑诉法修正案草案公开征集意见已到截止时间, 法制网 [LegalDaily.Com.Cn], Sept. 30, 2011, http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2011-09/30/content_3026577.htm (informe que establece que, antes de las 4:00 p.m. del último día para presentar observaciones, se recibieron 72,815 observaciones: “到今天下午16时, 中国人大网已征集到72815条意见.”).

16 Véase Frank Ching, China Gov't Announces Plans To Ratify 1998 ICCPR Treaty, The China Post, 20 de Julio, 2011, disponible en <http://www.chinapost.com.tw/commentary/the-china-post/frank-ching/2011/07/20/310434/p1/China-gov%27t.htm> (se discute la manera en la que China ha cumplido con las reformas citadas, las cuales constituirían las razones para lo no ratificación del PIDCP); véase también Jiang Zhuqing, Country Praised for Progress on Rights, China Daily Online, Set. 3, 2005, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2005-09/03/content_474672.htm (reportando cambios en preparación de las leyes para la ratificación del PIDCP).

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A, U.N. Doc. A/RES/21/2200A, art. 14(2) (Dic. 16, 1966) [en adelante, PIDCP]; véase también Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/810, at 71, art. 11(1) [en adelante, DUDH] (“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”).

Luego, en la Parte II se describe la situación de China respecto a las disposiciones de larga data sobre la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B). Así, resulta necesario establecer en primer lugar la estructura básica del sistema penal chino antes de conectar el contexto nacional con la amplia opinión internacional. En específico, las leyes chinas no cuentan con una disposición explícita relativa a la presunción de inocencia ni al derecho a guardar silencio¹⁸, a pesar de que estos temas han sido planteados como parte de las reformas pendientes al Código de Procedimiento Penal. Al mismo tiempo, China está estudiando otros mecanismos para combatir la corrupción, ya sea mediante la modificación de las leyes penales como por la búsqueda de nuevas formas de erradicar ganancias ilícitas.

Después de haber expuesto los contornos del debate sobre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, en la Parte III se afirma que, si algún país puede defender de manera convincente la necesidad de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es China. Mi punto de vista es que el debate de cómo encuadrar las disposiciones de la inversión de la carga de la prueba con la presunción de inocencia no es exclusivo de China. Los beneficios persecutorios de esta disposición son tentadores para cualquier país que busca frenar el enriquecimiento ilícito, a pesar de que estos beneficios estén a expensas de otros valores. Al sopesar las ventajas y desventajas, la situación de China tiene un énfasis especial tanto por la magnitud del problema como por la ausencia de conflictos directos entre las leyes nacionales y las obligaciones internacionales. Para dejarlo en claro, yo no abogo por apartar la presunción de inocencia con la esperanza de que cierta “presunción de corrupción” ayude a combatir la corrupción de manera eficiente. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de la férrea presunción de inocencia dentro de los parámetros limitados, existen argumentos sólidos para hacerlo en el contexto del

enriquecimiento ilícito, particularmente en China.

La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, dispuesta en el artículo 395, es defendible como una cuestión propia de la ley positiva (Parte III.A)¹⁹. En la actualidad, la inversión de la carga de la prueba no se encuentra en conflicto con las normas internas de procedimiento penal, ya que la legislación china carece de una disposición explícita de presunción de inocencia. Tampoco el principio de presunción de inocencia se encuentra incluido en el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011. Por otro lado, a la luz de la aprobación de las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba contenidas en los convenios multilaterales en los que China es parte y respecto a la postura adoptada por un número de países que invierten esta carga, ello es compatible con la presunción de inocencia, por lo que el artículo 395 tampoco viola las obligaciones de China en el ámbito internacional.

Aunque China puede defender la inversión de esta carga en las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito contenidas en el artículo 395, al ser compatible con sus obligaciones legales nacionales e internacionales, continúa la interrogante de si tal disposición es algo bueno. He tomado la siguiente posición práctica: la inversión de la carga de la prueba no es necesariamente un ideal debido a la fricción que se genera con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China (Parte III.B). La masiva escala de los funcionarios que utilizan sus posiciones para obtener beneficios personales ilícitos es ampliamente conocida, existiendo una fundada conexión entre la desproporción de sus activos y los negocios ilícitos.

Al mismo tiempo, el incipiente sistema de declaración de bienes impide a los fiscales descubrir la inesperada manera en que los funcionarios obtienen su riqueza y, por el contrario, no resulta particularmente oneroso para estos funcionarios indicar el origen de su riqueza.

18 Utilizo el término explícito porque la presunción de inocencia no está directamente articulada en la legislación china. Algunos comentaristas interpretan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en el sentido que sí se encuentra contenida la presunción de inocencia. Véase, e.g. Gerald S. Ramsey, *Innovation or Renovation in Criminal Procedure: Is the World Moving Toward A New Model of Adjudication?*, 27 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 694, 721 (2010) (“A pesar de que la presunción de inocencia no se menciona de manera directa y clara, se encuentra implícita en diversas disposiciones del Código de Procedimiento Penal de 1996”). (notas de pie de página omitidas). Como será analizado más adelante en la Parte II.A, encuentro estos argumentos poco convincentes.

19 *Black's Law Dictionary* 1182 (7ma. ed. 1999) (“El derecho positivo típicamente consiste en la ley promulgada- los Códigos, Estatutos, y regulaciones que son aplicadas o impuestas en las Cortes”).

Propongo que China revise la redacción actual del artículo 395, así como reforme el sistema de justicia penal para facilitarlos en la práctica. (Parte III.C). Pues la necesidad real de que el imputado explique las fuentes de sus activos es menos problemática que el hecho de aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado armar una defensa sólida. Podría decirse que una clara disposición de inversión de la carga de la prueba junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades es más beneficiosa que una disposición directa de responsabilidad, aunada al fracaso actual de China para dar fuerza a las normas procedimentales que se dirigirían a favor de la igualdad de armas en los procesos. Por lo menos, en el escenario anterior el imputado conoce la tarea por delante y, en consecuencia, puede responder como correspondía.

Por último, en la Parte IV se vuelve a reflexionar sobre el debate entre el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, respecto a un tema tan amplio: la determinación de cuánto tiempo debe esperarse, o incluso exigirse, la información que deben brindar los imputados. ¿Cuándo se espera que la defensa vaya más allá de simplemente realizar agujeros en la investigación fiscal con la esperanza de que el gobierno declare que el investigador no ha cumplido con su obligación y, solicite expresamente que en virtud del sistema penal se lleve algo a la mesa? ¿Cuán fuerte es nuestro compromiso con la presunción de inocencia? La inversión de la carga de la prueba pone en relieve la tensión entre el ideal de la presunción de inocencia y la realidad de los países, los cuales diluyen este ideal a favor de los objetivos políticos. Propongo que cualquier erosión de la presunción de inocencia deba considerarse en el marco de su relación con otros derechos fundamentales, en particular con el derecho al silencio y el derecho a contar con un abogado. Como la presunción de inocencia se ve disminuida, también lo está el derecho a guardar

silencio²⁰. Cuando se exige la inversión de la carga de la prueba, el imputado no puede permanecer en silencio, sino que es compelido a producir la evidencia del origen de las actividades. ¿Cómo se puede “explicar” el origen de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio imputado permanece en silencio, a la defensa se le exige que tenga una voz en el proceso, llamándose a alguna persona que hable en nombre del imputado.

Con respecto a la interconexión de la presunción de inocencia y el derecho a contar con un abogado, postulo que estos dos derechos deberían ser vistos mediante una relación inversa: Cuánto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de contar con un abogado, el cual debe ser competente y tener acceso a la información exculpatoria. Es decir, cuanto más pesada es la carga contra el imputado, un abogado es más necesario a efectos de ayudarlo a cumplir con dicha carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, debe en parte aliviar las preocupaciones respecto a la injusticia contra el imputado mediante el fortalecimiento de otros derechos.

La provisión de un abogado no es el sustituto perfecto de las dificultades y preocupaciones del acusado para tener un papel más activo en el caso, sino es una privación del derecho fundamental a no tener que demostrar su inocencia. Sin embargo, tomando en consideración las formas que permitan hacer posible que el imputado se defienda, se ofrece una manera de disminuir al menos las preocupaciones respecto a la inversión de la carga de la prueba mientras continúe el aprovechamiento de los beneficios. Fuera del alcance limitado del enriquecimiento ilícito, la compensación de la diluida presunción de inocencia con el derecho a contar con un abogado puede presentar un dilema más complicado, pero un dilema que es mejor abordar de frente en lugar de aferrarnos a un preciado ideal de la presunción de inocencia, sin enfrentarnos a cómo este ideal se ve comprometido en un tribunal.

20 El “derecho a guardar silencio” y el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo” no son necesariamente coexistentes, es decir, un determinado sospechoso podría tener derecho a guardar silencio respecto a cualquier tema o solo ese derecho respecto a la información que lo incrimine. No obstante, ambos derechos están estrechamente relacionados. Véase Office of the High Commission for Human Rights, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers* 227 (2003), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9Titleen.pdf> (“Del derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo fluye el **derecho a guardar silencio**...”) (énfasis en el original) [en adelante, *Human Rights Manual*]; véase también PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(g) (“A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”).

I. PERSPECTIVA FUERA DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La batalla de China contra el enriquecimiento ilícito puede ser mucho más aguda que la de varios países, sin embargo está lejos de ser la única en la que se lucha por encontrar formas para frenar a los funcionarios del Gobierno de usar sus posiciones para llenar sus propios bolsillos. Los esfuerzos por facilitar la persecución del enriquecimiento ilícito han puesto de manifiesto la tensión entre la inversión de la carga de la prueba y los principales derechos humanos relacionados con la presunción de inocencia. Existe un amplio apoyo internacional a favor de la presunción de inocencia, sin embargo, las respuestas varían respecto a la manera de redactar las disposiciones que tipifican como delito el enriquecimiento ilícito.

Esta sección inicia con una breve introducción del amplio compromiso que respalda a la presunción de inocencia en el derecho internacional (Parte I.A). A pesar de que una revisión exhaustiva de las leyes de los distintos países escapa de este artículo, la Parte I.A también plantea algunos ejemplos de la manera en que las leyes nacionales estipulan la presunción de inocencia.

Luego, en la parte IB se analiza cómo viene siendo respaldada la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los Tratados multilaterales que desafían el sólido principio de la presunción de inocencia. Para finalizar la sección, expongo la situación de los Estados Unidos de América como el ejemplo de un país que ha rechazado abiertamente la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito, en cumplimiento del compromiso asumido en favor de la presunción de inocencia. No obstante, bajo un análisis riguroso se observa que, en ciertas ocasiones, los Estados Unidos de América diluye el principio de presunción de inocencia cuando se enfrenta a objetivos que se contraponen.

A. Apoyo Internacional a la Presunción de Inocencia

La frase “presunción de inocencia” con frecuencia se relaciona e invoca de manera generalizada como un principio fundamental de los derechos humanos, es así que se encuentra consagrado en los instrumentos internacionales más importantes. En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”²¹. Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”²². En esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que “(...) a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: (i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”²³.

En un ámbito más específico, los Tratados regionales consagran, de manera similar, la presunción de inocencia, incluso la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)²⁴ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵. En el sistema europeo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se aplica a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, dispone que “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”²⁶. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que “por la protección del derecho a un juicio justo y, en particular, al derecho a la presunción de inocencia, el artículo 6 tiene la intención de consagrar el principio fundamental del imperio de la ley (...)”²⁷. Esta Corte, en su jurisprudencia, ha adoptado una visión amplia de este derecho:

21 PIDCP, supra nota 17, art. 14(2).

22 DUDH, supra nota 17, art. 11(1).

23 Convención sobre los Derechos del Niño, G.A. Res. 44/25A, art. 40(2)(b)(i), U.N. Doc A/44/49 (1989, entered into force Sept. 2, 1990) [en adelante, Derechos del Niño].

24 CADH Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (June 27, 1981), art. 7(1)(b).

25 1144 U.N.T.S. 123 (Nov. 22, 1969), art. 8(2).

26 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6(2), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

27 Caso de Salabiaku v. Francia (application no. 10519/83, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, Oct. 7, 1988, para. 28.

En la sentencia del Tribunal, se violaría la presunción de inocencia cuando –sin que el acusado haya sido previamente declarado culpable según la ley y, especialmente, sin que haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa– una decisión judicial que recaiga sobre él refleje la opinión de que es culpable. Esto puede ser así, incluso en ausencia de cualquier declaración formal, siendo suficiente la existencia de un razonamiento que sugiera que el Tribunal se refiera al imputado como culpable²⁸.

El principio de presunción de inocencia se encuentra, además, en dispersos Tratados internacionales, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares²⁹. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como “Las Reglas de Beijing”, pues fueron redactadas principalmente en una conferencia en Beijing– establecen que “en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia”³⁰. También, este principio está reconocido en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda³¹, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia³² y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³³.

La presunción de inocencia es “aceptada en la mayoría de los países”³⁴, aunque está sujeta a varias interpretaciones. Por ejemplo, la Constitución de Egipto “establece la presunción de inocencia (asl o ifitard al-bara’ah)”³⁵. Del mismo modo, la Constitución de Rusia incluye la presunción de inocencia³⁶ y la Constitución de Sudáfrica establece que todo acusado tiene el derecho “a que se presuma su inocencia, a guardar silencio y a no declarar durante el proceso”³⁷. En otros países, como los Estados Unidos, las palabras “presunción de inocencia” no aparecen en la Constitución, no obstante los Tribunales han interpretado la Constitución a fin de que la contenga³⁸. Sin embargo, otras jurisdicciones reconocen la presunción de inocencia en la ley estatutaria, incluyendo Taiwán³⁹ y Francia⁴⁰.

En suma, la presunción de inocencia es uno de los principios más reconocidos y un derecho fundamental del imputado. Si leemos únicamente los pronunciamientos en documentos internacionales de derechos humanos y en leyes nacionales, la presunción de inocencia se presenta como uno de los cimientos del inalienable derecho del acusado. A pesar de la prevalencia de la frase “presunción de inocencia”, continúa el debate acerca de qué es exactamente lo que significa, existiendo varias aristas subyacentes a este axioma jurídico.

- 28 Minelli v. Switzerland, Ap. No. 8660/79, 5. Eur. H.R. Rep. 554, para. 37 (1983).
- 29 2220 U.N.T.S. 3 (Dic. 18, 1990), art. 18(2) (“Todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”).
- 30 G.A. Res. 40/33, U.N. Doc. A/RES/40/33 (Nov. 29, 1983), art. 7.1
- 31 33 I.L.M. 1602 (Nov. 8, 1994), art. 20(3).
- 32 S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009), art. 21(3).
- 33 2187 U.N.T.S. 90 (Julio 17, 1998), art. 66(1); véase también Lynn Miriam Baum, Pursuing Justice in a Climate of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the International Criminal Court, 19 Wis. Int’l L.J. 197, 203 (2000) (evaluación de la importancia de los derechos de los acusados en el marco del Estatuto de Roma); véase Sara Stapleton, Note, Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation, 31 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 535 (1999) (análisis de los derechos procesales en la persecución internacional, especialmente en la persecución de la Corte Penal Internacional).
- 34 Rinat Kitai, Presuming Innocence, 55 Okla. L. Rev. 257, 260 & n.14 (2002).
- 35 Sadiq Reza, Egypt, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 107, 138 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007).
- 36 Catherine Newcombe, Russia, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 397, 400 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007)
- 37 PF Schwikkard & SE van der Merwe, South Africa, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 471, 473 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007); véase también Peter W. Schroth, The United States and the International Bribery Conventions, 50 Am. J. Comp. L. Supp. 593, 615, n.125 (2000) (listado de los países miembros de la Organización de Estados que reconocen la presunción de inocencia).
- 38 Véase Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453 (1895) (se sostiene, bajo la cláusula del debido proceso, lo siguiente: “El principio de que existe la presunción de inocencia en favor del acusado es ley indudable, axiomática y elemental, y su aplicación está en la vase de la administración de nuestra ley penal”).
- 39 Véase, e.g., 中华民国刑事诉讼法 [Código de Procedimiento Penal de la República China] art. 154 (promulgado por el Yuan Legislativo, 28 de Julio de 1928, vigente desde el 01 de Septiembre de 1928, modificado el 01 de Junio de 2010) (Taiwan) (“Antes de una condena definitiva a través de un juicio, el acusado se presume inocente” (traducción de la autora)).
- 40 François Quintard-Moréas, The Presumption Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions, 58 Am. J. Comp. L. 107, 139 (2010) (“El derecho de los sospechosos de ser presumidos inocentes hasta que se prueba la culpabilidad es ahora solemnemente afirmado en el Código de Procedimiento Criminal Frances”).

En primer lugar, a pesar de ser denominado como una presunción, la “presunción de inocencia” no es una presunción paradigmática⁴¹. Tal como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha explicado, “La principal inexactitud es el hecho de que no es técnicamente una “presunción” – una inferencia obligatoria extraída de un hecho en evidencia. Por el contrario, es caracterizada por un “supuesto” que es reconocido como tal frente a la ausencia de evidencia o prueba en contrario”⁴². Herbert Packer describió la presunción de inocencia de la siguiente manera: “Hasta que se produzca el fallo por la autoridad competente que declare la culpabilidad, el sospechoso debe ser tratado –independientemente de las probabilidades del resultado– como si su culpabilidad fuese una cuestión abierta”⁴³. En otras palabras, debemos entender que el acusado está libre de culpa hasta el momento en que es encontrado culpable, mediante sentencia o a través de un procedimiento alternativo, como el plea bargaining. En este artículo se utiliza el término convencional “presunción”, a pesar de que el término “supuesto” pueda ser más preciso.

En segundo lugar, incluso si estamos de acuerdo en que el imputado debe ser considerado inocente hasta la emisión de un fallo de culpabilidad, es una cuestión más espinosa el cómo llevarlo a la práctica. Los comentaristas se han preguntado si la presunción de inocencia se entiende mejor como un poderoso escudo que protege al imputado de la detención mediante la sentencia condenatoria firme o simplemente como una regla de la prueba que se aplica solamente en el juicio⁴⁴. Por ejemplo, la versión de la presunción de inocencia más extensiva y sustantiva⁴⁵ se ve reflejada en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el siguiente sentido: “la presunción de inocencia puede ser vulnerada no

solo por un Juez o Tribunal, sino por otras autoridades públicas”⁴⁶. La explicación de Wigmore se resume en la estrecha regla de la prueba: La presunción de inocencia es un derecho del imputado a “permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía asuma la carga, produzca las pruebas y se genere convicción; por ejemplo decir que el oponente de una denuncia o cargo se presume inocente quiere decir, en otros términos, que el proponente de la denuncia o cargo deberá acreditar la misma”⁴⁷.

Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos, mediante el órgano de expertos independiente encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, describe la presunción de inocencia como “fundamental para la protección de los derechos humanos” y ha aclarado que esta significa que “la carga de la prueba recae sobre el persecutor penal, mientras que el imputado goza del beneficio de la duda”⁴⁸. Al mismo tiempo, el Comité parece reconocer un alcance más amplio de la presunción: “La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo a este principio (exigir prueba más allá de toda duda razonable). Por lo tanto, “es deber de todas las autoridades estatales abstenerse de prejuzgar con anterioridad al resultado de un juicio”. El presente artículo se centra en quién debería probar y qué se necesita probar en un caso de enriquecimiento ilícito y, por ello, se refiere principalmente a la “regla de la prueba” y a la presunción de inocencia. Dicho esto, no se trata de elegir entre estas dos interpretaciones: Una jurisdicción puede apoyar tanto el amplio entendimiento de que el acusado debe ser “tratado con la dignidad y el debido respeto de las personas que se presumen inocentes”⁴⁹ y, a la misma vez, una comprensión estrecha de que la carga de la prueba recae en el Fiscal dentro del procedimiento.

41 Véase *infra* Parte I.B.1.

42 *Taylor v. Kentucky*, 436 U.S. 478, 483 n.12 (1978) (citando *Carr v. State*, 192 Miss. 152, 156, 4 So.2d 887, 888 (1941)).

43 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 161 (1968).

44 Véase Quintard-Morénas, *supra* nota 40, p. 108 (diferenciando “dos funciones distintas” de la presunción, “a saber un estado de prueba y un escudo contra la pena antes de la condena”); Kitai, *supra* nota 34, p. 272 (explicación de muchos países del uso de la presunción hasta antes de generar convicción: “La presunción de inocencia es un principio normativo, dirigiendo a las autoridades estatales sobre la forma correcta de tratar a la persona que aún no ha sido condenada”).

45 Ashworth, *supra* nota 12, p. 76; *id.* p. 76-81 (explorando la diferencia entre la concepción de la presunción en “sentido procesal reducido” y la amplia).

46 Corte Eur. DH, *Caso de Allenet de Ribemont v. France*, sentencia del 10 de Febrero de 1995, Series A, No. 308, p.16, para. 36.

47 9 J. Wigmore, *Evidence* § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940).

48 Comité de Derechos Humanos, *Comentario General 13: Igualdad ante los Tribunales y el derecho a un juicio justo y público* por un Tribunal independencia establecido por la ley (Art. 14), (Apr. 13, 1984), U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.1.

49 Quintard-Morénas, *supra* nota 40, p. 148.

Utilizando el enfoque de la presunción de inocencia como regla de la prueba y aplicándolo al enriquecimiento ilícito, la inquebrantable presunción de inocencia implicaría que la mera posesión de activos desproporcionados no sería suficiente para un veredicto en el sentido de que los activos provienen de fuentes ilegales. Sino que, el Fiscal tendrá que demostrar tanto la existencia de los activos como las fuentes ilícitas. En otras palabras, si la naturaleza de los activos es un elemento del delito, bajo una rígida presunción de inocencia, debe presumirse que el imputado posee los activos legalmente hasta que el Estado supere esta presunción y demuestre lo contrario. Sin embargo, como se explica más adelante, el panorama es mucho más complicado.

B. Diversas Respuestas al Enriquecimiento Ilícito

Las leyes que penalizan el enriquecimiento ilícito ponen en relieve la incómoda pregunta de quién debe probar qué, y a qué nivel debe hacerlo, en un caso penal. Debido a la contraposición de la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y la presunción de inocencia, a menudo el debate se centra en la forma en que el Estado y el imputado se deben desenvolver, por ello esta sección comienza con una breve introducción acerca de las cargas y las presunciones en el derecho penal (Parte II.B.1). En específico, se analiza el enriquecimiento ilícito y la variedad de opciones de las jurisdicciones para la asignación de cargas (Parte II.B.1). Esta sección concluye explicando cómo están enmarcadas las disposiciones del enriquecimiento ilícito en la actualidad (Parte II.B.3).

1. Cargas y Presunciones en Procesos Penales

La carga de la prueba se compone comúnmente por dos vertientes: la carga de producir la prueba (carga de la producción) y la carga de afirmación del hecho (carga de generar convicción). Esta distinción generalmente atraviesa la división de los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivo/acusatorio, pero tiene mayor importancia en un sistema acusatorio⁵⁰. Así, en un paradigmático sistema inquisitivo, el Juez domina los procedimientos del juicio, mientras la Fiscalía y la defensa juegan roles más pasivos⁵¹. En un sistema acusatorio, las partes presentan pruebas en el juicio y se espera que el Juez adopte una relativa pasividad, como la posición de un árbitro⁵². Mirjan Damaška explica las implicancias de las diferentes estructuras del juicio: “La polarización resultante (dos litigantes compitiendo) otorga a la carga de producir la prueba una significación mayor en el sistema acusatorio que en el sistema continental, basado en un modelo inquisitivo. “Si una parte falla en la producción de pruebas suficientes, la otra parte puede resultar beneficiada sin la necesidad de introducir medio de prueba alguno”⁵³.

En los casos penales, las partes no son dos actores privados vistos como iguales⁵⁴. Es decir, en términos coloquiales, un juicio penal no es el equivalente a los Yankees enfrentándose a los Red Sox. Por el contrario, son los Yankees (es decir, el Estado) frente a un equipo de béisbol de ligas menores (es decir, la parte denunciada). En este sentido, la presunción de inocencia garantiza, al menos en teoría, que el imputado sea considerado inocente y que el Fiscal sea quien

50 Las categorías tradicional del sistema “acusatorio” y “adversarial” se han ido flexibilizando en las recientes décadas, dado que los países han optado por explorar los modelos mixtos. Véase, v.g., Margaret K. Lewis, *Taiwan’s New Adversarial System and the Overlooked Challenge of Efficiency-Driven Reforms*, 49 *Va. J. Int’l L.* 651, 664-65 (2009) (variedad de puntos de vista relativos a la distinción de los sistemas acusatorio e inquisitivo y su mixtura reciente); Jonathan L. Hafetz, *Pretrial Detention, Human Rights, and Judicial Reform in Latin America*, 26 *Fordham Int’l L.J.* 1754, 1760 (2003) (discusión sobre “el cambio histórico desde un sistema inquisitorial a uno adversarial esta en marcha en países de Latinoamérica”).

51 Véase Richard L. Marcus, *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, 53 *Am. J. Comp. L.* 709, 712 (2005) (“En el sistema de civil law, la aproximación inquisitive significa que el Juez controla en gran medida el derecho de la información fáctica, quizás compilada en un dossier, sobre la que se basa la decisión”).

52 Mirjan R. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506, 563 (1973) (se describe el procedimiento del sistema acusatorio de la siguiente manera: “debe estructurarse como una disputa entre dos lados en una posición de teórica igualdad ante un Tribunal que debe decidir sobre el resultado de la competencia”); Martin Marcus, *Above the Fray or Into the Breach: The Judge’s Role in New York’s Adversarial System of Criminal Justice*, 57 *Brook. L. Rev.* 1193, 1218 (1992) (“Los sistemas adversariales se construyen sobre el supuesto de que dos partes deben ser presentada, que cada parte está mejor posicionada para presentar su propia visión, y que los jueces imparciales no pueden descubrir mejor la verdad a través de su propia iniciativa”).

53 Mirjan R. Damaška, *Evidence Law Adrift* 82 (1997).

54 Esto no quiere decir que en la práctica no haya igualdad de armas cuando las partes se enfrentan en los Tribunales, sino que legalmente no se aplica de la misma manera el supuesto legal que en aquellos casos criminales en que el Gobierno está mejor armado con recursos e información sobre el caso.

deba probar cada elemento del delito. El imputado puede decidir, de acuerdo a su mejor interés, presentar pruebas para refutar la acusación, sin embargo, no hay una carga directa sobre sus hombros que lo obligue a hacerlo.

Un claro ejemplo de un fiscal que incumple con su carga se produce en un juicio con jurado, cuando un Juez emite una sentencia absolutoria⁵⁵, como resultado de una práctica en la que el Juez toma la decisión fuera de la declaración del jurado, al ser insuficiente la evidencia de la acusación que permita sostener un veredicto de culpabilidad⁵⁶. Según lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “una oportunidad significativa para defenderse, no solo supone el derecho a un juicio justo, sino también que ante una falta total de evidencia que sustente la carga se concluirá el caso en favor del imputado”⁵⁷. Estas sentencias absolutorias son tradicionalmente anglo-americanas, no obstante también se reflejan en algunos sistemas que han adoptado recientemente el sistema de jurados⁵⁸.

Además de analizar los elementos del delito, el Fiscal necesita probar que se ha generado convicción, la cuestión clave es alcanzar el punto adecuado que permita superar la presunción de inocencia. En consecuencia, la presunción de inocencia está frecuentemente ligada a la exigencia de que los Fiscales prueben cada elemento del delito más allá de toda duda razonable, a comparación de los casos civiles,

donde los niveles son menos exigentes⁵⁹. Al respecto, el PIDCP no establece una norma respecto al estándar de prueba, sin embargo el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que “la inocencia se presume hasta que se pruebe lo contrario más allá de toda duda razonable”⁶⁰.

2. Posibles Formulaciones respecto a las Disposiciones del Enriquecimiento Ilícito

Las jurisdicciones tienen diversas opciones para la asignación de cargas de producción de prueba en los casos de enriquecimiento ilícito. En un extremo, partiendo de que todos los activos son presuntamente legítimos, una regulación de enriquecimiento ilícito podría requerir expresamente que el Fiscal pruebe, más allá de toda duda razonable o cualquier otro estándar, que los activos del imputado exceden sus ingresos lícitos y que esos bienes proceden de fuentes ilícitas. En este caso, el imputado no asumirá la carga de la producción probatoria, ni de generar convicción al respecto.

Así, si rechazamos esta presunción de legitimidad, una disposición de enriquecimiento ilícito podría determinar que, una vez que el Fiscal demuestre que los bienes del imputado exceden sus ingresos legales, se presumirá que dichos activos adicionales en posesión del imputado constituyen ganancias ilícitas⁶¹. En pocas palabras, el persecutor del hecho podrá concluir que los activos provienen de un origen ilícito

55 Las jurisdicciones en ocasiones usan los términos relacionados “sentencia a pesar del veredicto” y “veredicto directo” dependiendo de la costumbre y cuando la sentencia es dictada. Véase Wayne R. Lafave Et Al, *Criminal Procedure: Post-Investigation* § 16.11(a) (2da. ed. 2009) (describiendo una sentencia de absolución como “una absolución a pesar de un veredicto de jurado contrario” y explicando que “esta opera básicamente como una moción para una absolución directa”).

56 *Black’s Law Dictionary*, supra nota 19, p. 847 (“El fallo dictado a partir de la moción del acusado o la moción del Tribunal, que absuelve al acusado del delito acusado cuando la evidencia es insuficiente.”); véase Fed. R. Civ. P. 29(a) La Corte a partir de la moción de los acusados debe ingresar un fallo de absolución de cualquier delito para el cual la evidencia sea insuficiente para sostener una condena. El Tribunal puede por sí mismo considerar si la evidencia es insuficiente para sostener una condena”).

57 *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 313-14 (1979).

58 Véase Ryan Y. Park, *The Globalizing Jury Trial: Lessons and Insights from Korea*, 58 *Am. J. Comp. L.* 525, 570 (2010) (describiendo la habilidad de los Jueces coreanos para anular una recomendación del jurado como “algo que recuerda el ‘fallo directo’”).

59 Ashworth, supra nota 12, p. 69.

60 Comité de Derechos Humanos, supra nota 48. El estándar “más allá de una duda razonable” es un principio fundamental del Derecho Americano. In re *Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula del debido proceso protege contra la condena excepto si se prueba más allá de una duda razonable). Sin embargo, su mérito está aún sujeto a debate. Véase, v.g., Erik Lillquist, *Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability*, 36 *U.C. Davis L. Rev.* 88, 91 (2002) (basándose en “críticas de los modelos de utilidad tradicionalmente esperada” para “sugerir que el estándar de prueba en casos penal debería variar de caso a caso”) (cursiva en el original).

61 Cf. *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 524 (1979) (sosteniendo que las presunciones obligatoria que invierte la carga de la persuasión al acusado son institucionales porque ellas mitigan el imperio de la carga de probar cada elemento del delito más allá de una duda razonable).

si encuentra que el imputado poseía activos más allá de los directamente atribuibles a fuentes legales. Este método es equivalente a la redacción del tipo penal que implica solamente “un aumento significativo en los activos de un funcionario público, en relación con sus ingresos lícitos” y, por lo tanto, la eliminación del elemento “que él o ella no pueda justificarlo razonablemente”. De esta manera, el imputado será estrictamente responsable de todos los activos más allá de los clasificados como ingresos lícitos. Según esta formulación, la definición de “ingreso lícito” sería vital para la definición de la labor fiscal en la obtención de convicción: Cuanto más estricta sea la definición de “ingreso lícito” (por ejemplo, el salario único oficial), más fácil será para el Fiscal demostrar que los activos en manos de la parte denunciada superan esta corriente de fondos⁶². De otro lado, cuanto más amplia sea la definición de “ingreso lícito” (por ejemplo, la inclusión de dinero por contratos de discursos, publicaciones, etc.), será más compleja la investigación que debe llevar a cabo el Fiscal para demostrar que los activos que posee la parte denunciada se encuentran fuera de la categoría de activos lícitos. Sin embargo, aún con una definición relativamente amplia de “ingreso lícito”, una vez que el delito se ha despojado de una formulación muy limitada que no requiera del elemento de prueba de fuentes ilícitas, el trabajo del Fiscal se vuelve notablemente más fácil. Los escenarios se vuelven más complejos cuando las cargas respectivas caen en el punto medio entre estos dos extremos, los cuales no tienen ninguna carga legalmente establecida en la defensa y la presunción de carácter obligatorio.

Una forma más matizada de redactar una norma legal de enriquecimiento ilícito es que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos

se encuentra fuera de proporción de los ingresos lícitos, se dará lugar a la inferencia de que dichos activos son de fuentes ilícitas. Inferencias similares se ven regularmente en otras áreas del Derecho penal, como en la posesión de grandes cantidades de drogas ilegales, la cual puede provocar una inferencia de la intención de distribuir la droga⁶³. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que las inferencias, a veces llamadas “presunciones permisivas”, son constitucionales siempre que el hecho presumido sea más contundente que los hechos que en concreto pudiera probar el Fiscal⁶⁴.

Un paso más allá de la inferencia, una norma legal de enriquecimiento ilícito podría ser redactada a fin de permitir que, una vez que el Fiscal demuestre que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, se de lugar a una presunción *iuris tantum*, que implica que el imputado deba responder. Expresado de otra manera, si el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción, el denunciado tendrá que presentar algunas pruebas para refutar la presunción de que los activos provienen de fuentes ilícitas. De manera más coloquial, el imputado se enfrentaría a la “presunción de corrupción” una vez que el Fiscal demuestre la existencia de activos desproporcionados. Por ejemplo, para objetar la presunción, el imputado quizás podría demostrar que los bienes fueron un regalo de un familiar, no sujeto a alguna condición. Una vez que el imputado presenta alguna evidencia de fuentes legales y, por lo tanto, logra rebatir la presunción, la carga se desplazaría a la Fiscalía a fin de probar que los bienes eran en realidad de fuentes ilícitas⁶⁵. Si, por el contrario, el denunciado no presentó ninguna evidencia de refutación, entonces el investigador concluiría que los

62 Estoy agradecida con el Prof. Donald C. Clarke por sus apreciaciones en relación a cómo podría incidir la definición de “ingresos ilícitos” en la labor del Fiscal.

63 Véase, v.g., *United States v. Gayle*, 406 Fed. Appx. 352, 361 (11vo. Cir. 2010) (un jurado razonablemente podría inferior a partir del tamaño de la carga que los 1,000 kilogramos o más de marihuana están destinados para la distribución, en lugar de para el uso personal); *United States v. McCreary-Redd*, 475 F.3d 718, 724 n. 8 (6to. Cir.2007) (citando *United States v. Jackson*, 55 F.3d 1219, 1226 (6to. Cir.1995)) (el jurado puede inferir la intención de distribuir cuando la cantidad de drogas es “demasiado grande para el uso personal solamente”).

64 Véase *Country Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); véase también infra notas 89-94 y el texto que lo acompaña.

65 Cf. Harold A. Ashford & D. Michael Risinger, *Presumptions, Assumptions, and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, 79 *Yale L.J.* 165, 169 (1969) (“Mediante la aproximación de Thayer, una vez que el oponente de la presunción ha introducido evidencia que justifique que un jurado se encuentre a su favor, la presunción ‘se retira’ del caso, y el asunto es presentado al jurado como si la presunción nunca hubiese existido”). (citando a J. Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* 337 (1896)).

66 Véase *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992) (sosteniendo que, una vez que la carga de la prueba se satisface, y se demuestra que el acusado ha cometido un delito, el acusado tiene la carga de establecer una defensa de insanía); *Reid v. True*, 349 F.3d 788 (4to. Cir. 2003) (afirmando que en la Ley de Virginia el acusado tiene la carga de probar la enfermedad mental).

activos tienen procedencia de fuentes ilícitas. Es así que, visto de esta manera, el imputado solo tiene que generar dudas tendientes a refutar la presunción para que el Fiscal deba probar lo contrario de acuerdo al estándar debido de prueba.

Una carga aun mayor se coloca sobre el imputado, pues una vez que el Fiscal demuestra que el hecho subyacente de los activos se encuentra fuera de toda proporción de los ingresos lícitos, el imputado no solo necesita aportar alguna evidencia de las fuentes lícitas -lanzando el balón al Tribunal o al Fiscal-, sino también convencer al persecutor que los activos provenían de fuentes lícitas, es decir, además asumir la carga de generar convicción de acuerdo al estándar establecido. Este enfoque se utiliza para la defensa de la demencia en algunas jurisdicciones estadounidenses⁶⁶. Asimismo, volviendo al ejemplo de las drogas, en Singapur, respecto a una persona en posesión de cierta cantidad de drogas ilícitas se ha regulado lo siguiente: “se presumirá que posee la droga para fines de tráfico ilícito, a no ser que pruebe que dicha posesión era para otro propósito”⁶⁷.

Al analizar las cargas respectivas de la acusación y la defensa, es fácil preponderar la forma sobre el fondo mediante la participación en un juego estratégico que evite abiertamente que se entre en conflicto con la presunción de inocencia. Dejando a un lado la terminología legal, nos referimos a un asunto fundamental: a cómo el imputado es visto cuando ingresa al Tribunal y las tareas que tiene por delante. Por otro lado, la carga que se acerca una vez que el imputado está siendo juzgado se filtra de nuevo en el proceso e informa las decisiones previas al juicio. Por ejemplo, si el demandado es consciente de que sobre él recae la carga de la producción y la carga de generar convicción respecto a las fuentes de los activos sospechosos y está convencido de que no será capaz de cumplir con esta carga, será más probable que opte por participar en el plea bargaining u otra forma de resolución

previa al juicio. La siguiente sección explica cómo se expresan en la actualidad estas dinámicas en las disposiciones de enriquecimiento ilícito.

3. La carga de la prueba en la regulación del Enriquecimiento Ilícito

El reconocimiento internacional de las disposiciones que aligeran la carga probatoria de la Fiscalía en los casos de enriquecimiento ilícito se refleja en varios Tratados multilaterales⁶⁸. El más sobresaliente es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) -de la cual China es parte- que establece lo siguiente:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él⁶⁹.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (UNTOC, por sus siglas en inglés), de la cual China es parte, incluye una disposición similar⁷⁰. La inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito está además contenida en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la *Convención de la Unión Africana* para prevenir y combatir la corrupción⁷¹.

Los redactores de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consideran la disposición de enriquecimiento ilícito en términos de una presunción iuris tantum. En la Guía legislativa para la aplicación de la Convención se establece que: “queda claro que no hay ninguna presunción de culpabilidad y que la carga sigue siendo de quien imputa el

67 Misuse of Drugs Act (Cap. 185, 2001 Rev. Ed. Sing.), § 17

68 Véase, v.g., Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, G.A. Res 58/4, U.N. Doc. A/58/422 (Oct 31, 2003) [en adelante, UNCAC, por sus siglas en inglés]; United Nations Convention Against Illicit Traffic of Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, art. 5, Dic. 20, 1988, 28 I.L.M.; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 7, G.A. Res. 55/25, U.N. Doc. A/RES/55/25 (En. 8, 2001) [en adelante, UNTOC].

69 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

70 Véase UNTOC, supra nota 68, art. 12(7) (“Los Estados Parte pueden considerar la posibilidad de requerir que un ofensor demuestre el origen legal de la alegada procedencia del delito u otros bienes expuestos a confiscación, en la medida que tal requerimiento es consistente con los principios de su ley doméstica y con la naturaleza de los procedimientos judiciales u otros”).

71 Thomas R. Snider & Won Kidane, Combating Corruption Through International Law in Africa: A Comparative Analysis, 40 Cornell Int'l L.J. 691, 728 (2007).

delito, teniendo que demostrar que el enriquecimiento es superior a los ingresos lícitos”. Por lo tanto, puede considerarse como una presunción *iuris tantum*⁷². La preocupación es si este enfoque coloca los elementos fundamentales de la delincuencia sobre la defensa, mientras aparentemente se pretende mantener el principio de la presunción de inocencia⁷³.

Además de estos instrumentos internacionales, algunos países han incluido la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito en sus disposiciones de derecho interno⁷⁴. Hasta el 2010, el Acta de Prevención de la Corrupción establecía que, cuando se demuestre que cualquier monto de dinero, regalo o cualquier otra consideración se ha dirigido o ha sido entregado a un funcionario público por una persona que pretenda obtener un beneficio por parte del Estado, “el dinero, regalo o deferencia se considerará pagado o entregado y recibido corruptamente, a no ser que se demuestre lo contrario”⁷⁵. En un caso de 1995 en Hong Kong, mientras Hong Kong permanecía bajo el dominio británico, la Corte de Apelaciones sostuvo que la disposición de inversión de la carga de

la prueba, contenida en la Ordenanza de Prevención del Soborno, no contravenía el principio de presunción de inocencia⁷⁶. Tras hacer énfasis en el principio básico de la presunción de inocencia, el Tribunal señaló que: “hay situaciones excepcionales en las que es posible y compatible con los derechos humanos desviar en cierto grado el principio común de que el persecutor debe probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable”⁷⁷. Tras esta decisión, la cuestión fundamental no es si una ley penal puede desviarse del reposo completo de la carga de la prueba sobre el persecutor, sino ¿hasta qué punto puede hacerlo?⁷⁸

Al respecto surge la pregunta si hay algo en especial en los delitos de enriquecimiento ilícito que justifique esta aplicación de la carga de la prueba. Por un lado, no solamente en los casos de enriquecimiento ilícito el control de la delincuencia se ve comprometido como resultado de la defensa de los derechos procesales del imputado⁷⁹, por otro lado, la transferencia de la carga estatal a los imputados genera que el trabajo de la Fiscalía sea más fácil en cualquier caso penal.

- 72 U.N. Office on Drugs & Crime [UNODC], Div. of Treaty Aff., Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption, U.N. Sales No. E.06.IV.16 (2006), disponible en http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_Legislative_Guide.pdf.
- 73 Incluso dentro de los órganos de las Naciones Unidas, la flexibilidad de la presunción de inocencia no es clara. Véase Ivan Šimonović, Keynote Statement, United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force, Expert Symposium, Bangkok, Thailand, Feb. 17-18, 2011 (“Es importante notar que, aún [en caso de emergencia pública], algunos derechos fundamentales no puede ser derogados- por ejemplo, la presunción de inocencia...”).
- 74 Véase Peter J. Henning, Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law, 18 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 793, 815 n.79 (2001) (indicando los países Latinoamericanos con disposiciones legales sobre enriquecimiento ilícito); ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, C. 2, Sanctioning and Prosecuting Corruption and Related Offenses, p. 37 (“Para mejorar la efectividad de su regulación [de enriquecimiento ilícito], India, Malasia, Nepal, Pakistan y Filipinas ha desplazado la carga de la prueba al acusado”).
- 75 United Kingdom, Prevention of Corruption Act, 1991, c. 64, § 2. Véase también Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 133 (anotando excepciones “a la regla general” de la presunción de inocencia del derecho inglés, tales como la recepción de bienes robados, que “requiere a los sospechosos probar su inocencia”). La Ley de Prevención de la Corrupción (Prevention of Corruption Act) fue derogada en el marco de la Ley de Corrupción (Bribery Act) del 2010, que establece “un nuevo esquema consolidado de los delitos de corrupción para cubrir la corrupción tanto en el Reino Unido (UK) y el extranjero”. Sweet & Maxwell, United Kingdom Law in Force, Bribery Act 2010, Capítulo 23, Explanatory Note, para. 3. Una crítica principal de la antigua Ley “era que esta era confusa y difícil de manejar”. Jacqueline L. Bonneau, 49 *Colum. J. Transnat'l L.* 365, 372 (2010).
- 76 *Attorney General v. Hui Kin-Hong*, [1995] 1 HKCLR 227.
- 77 *Id.* p. 231.
- 78 Más allá del enriquecimiento ilícito, el derecho inglés históricamente requiere a los acusados explicar las fuentes de sus bienes en larceny misdemeanors. Véase Bruce P. Smith, *The Presumption of Guilt and the English Law of Theft, 1750-1850*, 23 *L. & HIST. REV.* 133, 135 (2005) (argumentando “que muchos acusados criminales ingleses a finales del siglo dieciocho y comienzos del siglo diecinueve no se beneficiaron de una presunción de inocencia sino, más bien, luchaba contra una presunción legal de culpabilidad”) (cursiva en original).
- 79 Véase Herbert L. Packer, *The Courts, the Police and the Rest of Us*, 57 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 238, 239 (1966) (describiendo los dos modelos competientes del sistema norteamericano de justicia criminal en que se enfocó el eficiente modelo de “Control del Delito” y el modelo individual de “Debido Proceso” enfocado en los derechos individuales). Además véase Mirjan R. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 *U. Pa. L. Rev.* 506, 574-77 (1973) (criticando a Herbert Packer sobre la base de que la “tensión interna [entre eficiencia y la protección de los derechos del acusado] es parte integrante de la dialéctica de cualquier proceso criminal”) (énfasis omitido).

Cabe señalar que la regulación de la prueba en el enriquecimiento ilícito, que no contemple una disposición de inversión de la carga, convierte el debate sobre la reasignación de esta carga probatoria en una controversia muy rígida. Así, existen dos argumentos distintos pero relacionados que están en favor del uso de las disposiciones de inversión de la carga de la prueba: (i) existe una conexión racional entre el patrimonio injustificable de un funcionario público y la conclusión de que dicho patrimonio proviene de fuentes ilícitas y (ii) el funcionario público en posesión de los activos está en mejor posición para explicar las fuentes de los mismos (comodidad comparativa)⁸⁰.

Con respecto al análisis de la conexión racional, se podría llegar a la conclusión de que el patrimonio proviene de fuente ilícita si, por ejemplo, un funcionario con un sueldo fijo estatal obtiene un aumento repentino en su riqueza o, incluso si no hay aumento, si el funcionario ha estado viviendo más allá de sus reales condiciones económicas por un largo periodo de tiempo. Asimismo, estos activos en desproporción con los ingresos lícitos son más sospechosos si el funcionario tiene acceso a fondos públicos que podría utilizar y/o si tiene el poder de conceder favores potencialmente lucrativos, mediante sobornos.

Como se desarrollará más adelante, en la Parte III.B, respecto a la situación en China, este pensamiento racional de que la riqueza proviene de fuentes ilícitas varía drásticamente en distintos países. Incluso, podría variar entre diferentes ciudades o Estados dentro de un país, en función de si existe un historial de casos de corrupción, si la supervisión de los bienes del Estado es laxa u otros factores⁸¹. El pensamiento más estricto es el que reconoce la conexión lógica entre los activos desproporcionados y las fuentes ilícitas, en consecuencia, el menor malestar que genera esta conexión se traduce en personas inocentes siendo condenadas.

En cuanto al análisis comparativo de lo más conveniente, tenemos que para un caso típico de robo la persona que realmente tomó el objeto robado es sin duda la que se encuentra en mejor posición para encontrarlo. El problema es si la Policía ha identificado al ladrón. Si la Policía identificó erróneamente a una persona como el autor, ¿cómo demuestra el investigado la ausencia de los objetos? (es decir, “Yo no tengo el collar robado”). La situación es distinta en el enriquecimiento ilícito, pues la pregunta es ¿por qué tienes el collar?, esto siempre y cuando el Fiscal haya probado que los activos están en manos del investigado (o nadie puede negar el hecho). Entonces, la cuestión es ¿por qué la persona no puede explicar la existencia de algo en su poder? Visto de esta manera, la disposición plantea una presunción *iuris tantum* después que el persecutor ha cumplido con su carga inicial.

Desde una perspectiva práctica es razonable esperar que la persona refute esta presunción al ofrecer una explicación lógica, respecto del exceso de riqueza. Además, en la medida en que el objetivo del sistema de justicia penal es sin duda buscar la verdad de los hechos –como se destaca en China⁸²–, la persona que generalmente se encuentra en mejor posición para explicar los “hechos” de la existencia de los activos es la persona en posesión de dichos activos. Como un académico australiano comentó una vez: “Para determinar si la inversión de la carga de la prueba es compatible con la presunción de inocencia, debería analizarse el manejo de dicha prueba en la práctica: ¿Qué tan difícil será para el persecutor demostrar la culpabilidad sin la inversión de la carga? ¿Con qué facilidad podrá liberarse de la inversión de la carga una persona inocente?”⁸³

Así, desde la perspectiva más benigna, el Fiscal tiene una carga, aunque no sea la más exigente. Las disposiciones de inversión de la carga probatoria únicamente desplazan la carga de producir la prueba, mas

80 Véase Ashford & Risinger, *supra* nota 65 (se presenta un panorama teórico sobre el papel de las presunciones y supuestos en el Derecho penal).

81 Véase, v.g., Daniel Engber, *Why is Chicago so Corrupt?*, Slate.Com, Dic. 9, 2008, <http://www.slate.com/id/2206364/> (respecto a la corrupción en Chicago, se da una Mirada a: “una cultura que ha estado en el lugar por más de 100 años”).

82 Véase Matthew T. King, *Security, Scale, Form, and Function: The Search for Truth and the Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems*, 12 *Int'l Legal Persp.* 185, 187-88 (2002) (comparando el énfasis del sistema Chino sobre la búsqueda de la verdad con el “sistema norteamericano adversarial [que] se conforma por una vedad más pragmática o comprometido”).

83 David Hamer, *The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act*, 66 *Cambridge L. J.* 142, 171 (2007).

no alivian la carga final de demostrar que el imputado es culpable de los cargos⁸⁴. Desde la perspectiva del Estado, la práctica es clara: “es lógico pensar que algo anda mal cuando un funcionario público posee una vasta riqueza y no es lo suficientemente acaudalado para pensar que esta proviene de su propia producción financiera”.

Un análisis más nefasto es que el Estado está generando una serie de amenazas a la presunción de inocencia, mediante el uso de sutilezas legales y tecnicismos de prueba. Se considera entonces que exigir al Fiscal que únicamente demuestre que el imputado posee una riqueza más allá de los activos que se consideran ingresos lícitos y, a continuación, que exija al imputado que explique la naturaleza de esa riqueza, es colocar un elemento fundamental del delito sobre los hombros de la parte denunciada. Bajo este punto de vista, el imputado se ve como culpable de enriquecimiento ilícito hasta que pueda demostrar su inocencia.

Los Estados Unidos de América ejemplifican un país que ha tomado esta última posición, considerando a la inversión de la carga de la prueba como una disposición indecorosa. A pesar de ser un elocuente defensor de una respuesta internacional a la corrupción⁸⁵, los Estados Unidos de América han sido cuidadosos para articular objeciones a las reglas que representan una erosión de la presunción de inocencia. Así, los Estados Unidos de América expresó su objeción a la regulación del enriquecimiento ilícito, a través

de una reserva a la Convención Interamericana contra la Corrupción:

El delito de enriquecimiento ilícito, según lo establecido en el artículo IX de la Convención, hace recaer la carga de la prueba sobre el acusado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema legal de los Estados Unidos. Por lo tanto, Estados Unidos entiende que no está obligado a establecer un nuevo delito de enriquecimiento ilícito en virtud del artículo IX de la Convención⁸⁶.

Asimismo, Canadá presentó una reserva casi idéntica⁸⁷. Sin embargo, destacando la confusión de lo que realmente implica la presunción de inocencia, otros países parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción que cuentan con el principio constitucional de la presunción de inocencia no presentaron reserva alguna sobre este punto⁸⁸. La preocupación de los Estados Unidos de América respecto a la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito deriva de cláusulas constitucionales del debido proceso aplicables a la prueba en casos penales⁸⁹. Como lo ha establecido la Corte Suprema: “Para que no queden dudas respecto del estatus constitucional del estándar de duda razonable, explícitamente debemos sostener que la cláusula constitucional del debido proceso protege al imputado contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable que es culpable de los cargos”⁹⁰. Establecido lo anterior, puede ser una tarea difícil discernir cuando una

84 Kofele-Kale, *supra* nota 12, p. 914 (“Este artículo rompe con la jurisprudencia tradicional sobre las cláusula de obligación inversa, tratando de salvar estas excepciones a la presunción de inocencia de invalidación constitucional leyendo aquellas como la imposición de solo una carga probatoria sobre el acusado. Esta aproximación deja imperturbada la carga legal del acusador de probar la culpabilidad del acusado de cada elemento del delito bajo el exigente estándar de ‘más allá de una duda razonable’”).

85 Véase Schroth, *supra* nota 37, p. 610-13 (se describe los principales esfuerzos de los Estados Unidos de América para persuadir a los países de adoptar una Convención multilateral contra la corrupción).

86 Convención Interamericana contra la Corrupción, reserva de los E.E.U.U. al artículo IX; 146 Cong. Rec. S7809 (2000) (anotando que la ley de los EE.UU. contiene disposiciones que permitan alcanzar el mismo resultado del Article IX, tales como la punición por defectos en la realización adecuada de las declaraciones financieras y la evasión de impuestos). Para antecedentes sobre la IACAC, véase generalmente Giorleny D. Altamirano, *The Impact of the Inter-American Convention Against Corruption*, 38 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 487 (2007). Para información sobre la práctica de hacer reservas a los Tratados más genéticamente, véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Mayo 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331; id. art. 1(d) (“[R]eserva” significa una afirmación unilateral, sin embargo su enunciado o denominación, hecha por un Estado, cuando firma, ratifica, acepta, aprueba o accede a un Tratado, para excluir o para modificar el efecto legal de ciertas disposiciones del Tratado o su aplicación para este Estado...”).

87 Canada—Statement of Understanding of Article IX, *Illicit Enrichment*, disponible en <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-58.html> (“Como el delito contemplado por el artículo IX sería contrario a la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá, Canadá no implementará el artículo IX, como esta previsto por esta disposición”).

88 Véase Schroth, *supra* nota 37, p. 615-16.

89 Véase William F. Fox, Jr., *The “Presumption of Innocence” as Constitutional Doctrine*, 28 Cath. U. L. Rev. 253 (1979) (análisis constitucional de la presunción de inocencia).

90 *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970).

convicción de culpabilidad se encuentra en conflicto con un principio constitucional, sin embargo, la carga de la prueba es más manejable en la práctica que en lo que sugiere a primera vista la declaración de la Corte Suprema.

En primer lugar, el trabajo del Fiscal de probar “que los hechos constituyen necesariamente un delito”⁹¹ se hace más fácil cuando en determinados casos se le permite al Fiscal satisfacer su carga a través de la inferencia⁹². La Corte Suprema ha permitido expresamente el uso de tales inferencias⁹³, explicando que “la inferencia viola la cláusula del debido proceso solo si la conclusión sugerida no responde a la razón y al sentido común, a la luz de los hechos probados ante el jurado”⁹⁴. Por ejemplo, los jueces norteamericanos suelen instruir al jurado que se puede “inferir las intenciones de una persona si se observan consecuencias naturales y probables de actos u omisiones delictivos”⁹⁵. Por lo tanto, si una persona, a sabiendas, aprieta el gatillo de un arma cargada mientras apunta a otra persona, el Jurado puede inferir que la persona intentó herir a la otra persona. Entonces, en el caso del enriquecimiento ilícito, ¿puede un jurado inferir que el imputado obtuvo los bienes ilegalmente por el hecho de que los activos superan con creces sus ingresos considerados como lícitos?

En segundo lugar, la Corte Suprema ha permitido una redistribución limitada de las cargas en el contexto de las “defensas afirmativas”⁹⁶. Como puede afirmar cualquier estudiante de primer año de derecho en los Estados Unidos, la primera parte de los cursos de derecho penal tiene que ver con la función del fiscal. Más adelante en el semestre, cuando el sílabo llega a las “defensas afirmativas”, de repente se dice que el imputado a veces necesita aportar ciertas pruebas. Por ejemplo, en el Estado de New York la categoría de la perturbación emocional extrema es considerada una defensa afirmativa a ser probada por la parte denunciada, resistiendo el escrutinio de la Corte Suprema⁹⁷. En el caso *Patterson vs. New York*, la Corte sostuvo que los Estados son libres de asignar la carga de la prueba en los procesos penales a no ser que dicha asignación “ofenda algún principio de justicia tan enraizado en las tradiciones y conciencia del pueblo como para ser clasificado como fundamental”⁹⁸. En consecuencia, para determinar cuándo un hecho es un elemento del delito y cuándo se trata de una defensa afirmativa es fundamental que una ley penal pase por un examen constitucional.

Respecto al enriquecimiento ilícito, la pregunta que surge a partir de *Patterson* es si la asignación de la carga de la prueba de las fuentes atenta contra

91 Id.

92 Véase supra notas 63-64 y el texto que lo acompaña. Una práctica más controversial que las inferencias permisivas es si los acusadores pueden usar suposiciones de culpabilidad hipotéticas como una estrategia de juicio cuando contra-examina a los testigos de carácter (v.g., preguntando si una persona que se involucra en un cierto comportamiento es un ciudadano respetuoso de la ley), con algunos Tribunales de EE.UU. permitiendo la práctica. Véase Eric M. Kubilus, case comment, *Innocent Until Proven (Hypothetically) Guilty: The Third Circuit Condone the sue of Guilt-Assuming Hypotheticals in United States v. Kellogg*, 53 Vill. L. Rev. 666, 673-74 (2008) (analizando la división del Circuito en el uso de asunciones de culpabilidad hipotéticas).

93 Véase Leslie J. Harris, *Constitutional Limits on Criminal Presumptions as an Expression of Changing Concepts of Fundamental Fairness*, 77 J. Crim. L. & Criminology 308 335-36 (explicando la división de los Tribunales de presunciones en categorías de permisivas y obligatorias); Charles R. Nesson, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, 92 Harv. L. Rev. 1187, 1187-88 (1979) (proveyendo ejemplo de inferencias permisivas).

94 *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307, 314-15, 105 S.Ct. 1965, 1971, 85 L.Ed.2d 344 (1985), citando *Ulster County Court v. Allen*, 442 U.S. 140, 157-163, 99 S.Ct. 2213, 2224-2227, 60 L.Ed.2d 777 (1979).

95 *United States v. Mejia*, 597 F.3d 1329, 1341 (DC Cir. 2010).

96 Véase, v.g., *Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107 (1982) (afirmando la ubicación de la carga a proponer sobre el acusado cuando afirme una defensa afirmativa); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987) (requerir a la acusada que pruebe que ella actuó en auto-defensa no vulnera el debido proceso); *Dixon v. United States*, 548 U.S. 1 (2006) (el Gobierno no tiene la carga de desacreditar la defensa de coacción más allá de la duda razonable). Dos ejemplos distintos donde la ley de los EEUU ubica una carga más pesada sobre el acusado son (1) los estatutos sobre cyber-acoso, véase también, *A Balancing of Convenience: Burden-Shifting Devices in Criminal Cyberharassment Law*, 52 Boston College L. Rev. 289 (2011) (criticando el uso de las disposiciones de reversión de la carga en los estatutos sobre cyber-acoso) y (2) ciertos casos tributarios, véase *Kofele-Kale*, supra nota 12, p. 926-27 (discutiendo que “los Tribunales fiscales de los Estados Unidos de América que rutinariamente imponen sobre el obligado tributario la carga de probar la exactitud de la declaración de impuestos . . .”); *Henning*, supra nota 74, p. 814 n.78 (explicando el método de reversión de la carga del “patrimonio neto” en prosecciones por evasión tributaria).

97 Véase *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977).

98 Id. p. 202.

principios fundamentales de justicia. Los Estados Unidos de América adoptó una sólida posición, respecto a la regulación del enriquecimiento ilícito en la Convención Interamericana Contra la Corrupción: “es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos de América y contraria a los principios fundamentales del sistema jurídico estadounidense”⁹⁹. Sin embargo, el reconocimiento de las defensas afirmativas por la Corte Suprema indica que el análisis es más complicado. Así, si el Congreso aprobó una ley de enriquecimiento ilícito y expuso el requisito de que el imputado producirá por lo menos alguna evidencia de legitimidad de sus fuentes, como una defensa afirmativa, considero que esta ley superaría el escrutinio de la Corte Suprema¹⁰⁰.

Los Estados Unidos de América se ha referido a la presunción de inocencia, centrándose en su uso durante la etapa de juicio¹⁰¹. Los debates surgieron en la década de los 60's, preguntándose si violaba la presunción de inocencia el hecho de que los imputados detenidos que no podían pagar la fianza permanecieran en dicha condición. En ese entonces, la opinión del Gobierno de que la presunción no se aplicaría a los procedimientos previos al juicio se impuso en la Corte Suprema¹⁰². Cuando se le preguntó para que decidiera si las condiciones de confinamiento previas al juicio en New York violaba el debido proceso, la Corte Suprema sostuvo que la presunción de inocencia “no es aplicable a la determinación de los derechos de un detenido durante la prisión preventiva antes de que el juicio haya comenzado”¹⁰³. Este nuevo punto de vista prevaleció cuando la Corte confirmó la prisión preventiva basada en la necesidad de proteger la seguridad de la comunidad, a pesar de las críticas de que esta práctica era una afrenta a la presunción de inocencia (es decir, si una persona es verdaderamente inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, ¿en qué

se basa para llegar a una conclusión prematura de que la persona es un criminal peligroso?). El Juez Marshall protestó en su voto disidente en *Estados Unidos vs. Salerno*, “Nuestros principios fundamentales de justicia declaran que el imputado es inocente tanto en el día anterior al juicio como en la mañana siguiente después de su absolución”¹⁰⁴. No obstante, no pudo influir en la decisión de sus cuatro colegas restantes.

En suma, por un lado, la mayoría de los Tratados internacionales de derechos humanos y las leyes internas de los países defienden la presunción de inocencia. Por otro lado, las consecuencias de una presunción inviolable han provocado la consternación de la comunidad internacional. China es el único país que cuenta con ajustes a las leyes penales y procesales para hacer el trabajo del Fiscal más fácil o incluso solo para hacer el trabajo del Fiscal viable, sin embargo, los países varían en su tolerancia para flexibilizar la presunción de inocencia. Los Estados Unidos de América, por ejemplo, es mucho más cauteloso a la hora de hacer esos ajustes, sin embargo el ideal de la presunción de inocencia no está blindado. En cuanto al panorama internacional en la actualidad, hay un punto precario entre la presunción de inocencia y las disposiciones de inversión de la carga de la prueba. Si bien este debate está ocurriendo fuera de China, hay una discusión paralela dentro de China que se refiere a aspectos particulares de la propia tradición jurídica China. Precisamente, de este contexto nacional nos ocuparemos ahora.

II. LA PERSPECTIVA DENTRO DE CHINA: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

China es parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

99 Véase supra nota 86 y el texto que lo acompaña.

100 Cf. Ashford & Risinger, supra nota 65, p. 173 (“es útil recordar que cuando una presunción opera contra el acusado, no hay nada más misterioso que imponerle una carga de persuasión sobre aquel y así crear una defensa afirmativa”).

101 Véase, v.g., Daniel S. Kahn, Presumed Guilty Until Proven Innocent: The Burden of Proof in Wrongful Conviction Claims Under State Compensation Statutes, 44 U. Mich. J.L. Reform 123, 155 (2010) (anotando que “de larga data el principio legal de la presunción de inocencia aplica solo para procesos penales”).

102 Véase John N. Mitchell, Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention, 55 Va. L. Rev. 99, 101 (1969). Cf. McLellan, supra nota 12, p. 74 (afirmando que, en Canadá, “la presunción de inocencia en la fianza procesal de ha convertido en un concepto ilusorio, en el mejor de los casos. La presunción ha sido disminuida tan dramáticamente que ahora es una idea de mínima trascendencia en las consideraciones para la liberación previa al juicio del acusado”).

103 *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 533 (1979).

104 481 U.S. 739, 764 (1987) (Marshall, J., discrepando).

Transnacional, así como parte en los Convenios que establecen la presunción de inocencia y, además, ha firmado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁵. En este sentido, China está involucrada en el debate internacional en torno a la presunción de inocencia y el enriquecimiento ilícito. Al mismo tiempo, como en el contexto legal de los Estados Unidos, el enfoque de China sobre estas cuestiones está lejos de ser regulado exclusivamente por sus obligaciones jurídicas internacionales; pues hay un contexto complejo de la legislación nacional respecto a la situación de la presunción de inocencia (Parte II.A) y el marco legal de China para abordar el enriquecimiento ilícito (Parte II.B).

A. China y la Presunción de Inocencia

Los primeros años de la República Popular China muestran poca aceptación al principio de inocencia (Parte II.A.1). La presunción de inocencia ha sido debatida en el marco de las reformas de 1996 al Código de Procedimiento Penal y en el debate sobre la reforma real (Parte II.A.2), sin embargo, continua siendo limitada la idea de adoptar una sólida presunción de inocencia (Parte II.A.3).

1. La Presunción de Inocencia en los primeros años de la República Popular China

En China, durante la época imperial, la presunción en los casos penales fue de culpabilidad¹⁰⁶. Los debates relativos a la presunción de inocencia surgieron cuando la recién fundada República Popular China trató

de establecer un sistema legal¹⁰⁷. Estos debates fueron relegados en gran medida al ámbito académico, ya que el sistema de justicia penal se había concentrado en “buscar la verdad de los hechos” y mantener el orden durante los turbulentos años iniciales de la República Popular China. De hecho, la República Popular China no tuvo un Código penal o procesal penal durante 30 años (1949-79)¹⁰⁸.

Tras el final de la Revolución Cultural y el paso de Mao Zedong, el Gobierno de China comenzó a reconstruir el sistema legal. En 1979, China promulgó tanto el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal, los cuales en conjunto establecen el marco para el funcionamiento de la justicia penal¹⁰⁹. Como es común en los países bajo la etiqueta del civil law, estas leyes fueron redactadas en un grado relativamente alto de abstracción con la intención de que los reglamentos, reglas, interpretaciones y otras formas de orientación legislativa y administrativa sean seguidos¹¹⁰.

Las nuevas leyes también aclararon las funciones de los diferentes actores del sistema de justicia penal¹¹¹. Este artículo emplea el término “Fiscal” para referirse a los funcionarios de Gobierno que son responsables de la presentación de cargos y argumentación de casos del Gobierno ante la Corte (en China, 检察官). Como parte de la Fiscalía, sus funciones incluyen la supervisión de los procedimientos penales¹¹². Este rol de supervisión es más pronunciado en la ley que en la práctica, pues los fiscales se ven menos como una

105 Véase, v.g., Rights of the Child, supra nota 23, art. 40(2)(b)(i). China ratificó la Convención el 2 de Marzo de 1992. Véase China and the Convention on the Rights of the Child, Special Report by Mr. Frankie Chen, disponible en http://www.unicef.org/china/media_12006.html.

106 Véase Ira Belkin, China's Tortuous Path Toward Ending Torture in Criminal Investigations, 24 Colum. J. Asian L. (2011) (“En China imperial, había una presunción de culpabilidad que surgió a partir del respeto y obediencia a la Oficina de Oficiales Investigadores. Si ellos sospechaban que alguien cometió un delito, esta persona era presumida culpable”).

107 Véase Timothy A. Gelatt, The People's Republic of China and the Presumption of Innocence, 73 J. Crim. L. & Criminology 259 (1982) (siguiendo el desarrollo histórico de la discusión alrededor de la presunción de inocencia en China desde los tiempos imperiales hasta el Derecho penal de 1979).

108 Dai Yuzhong, The Pursuit of Criminal Justice, en China's Journey Toward The Rule Of Law 155, 157 (Cai Dingjian & Wang Chenguang eds., 2010) (“Casos penales durante este periodo [1949-79] fueron manejados inicialmente de acuerdo a políticas dictadas por el Partido o el Gobierno central y algunas veces incluso en forma de movimientos de las masas”).

109 Véase Id. (describiendo antecedentes de las leyes de 1979); véase también 中华人民共和国刑事诉讼法 [PRC Código de Procedimiento Criminal] art. 8 (promulgado por el Nat'l People's Cong., Jul. 1, 1979, enmendado Mar. 17, 1996, vigente Ene. 1, 1997) (China) [en adelante, CPL]; Criminal Law, supra nota 9.

110 Véase 中华人民共和国立法法 [Estatuto de la Legislación de la República Popular China] (adoptada por el 9th Nat'l People's Cong., Mar. 15, 2000, vigencia Julio 1, 2000), disponible en http://www.novexcn.com/legislat_law_00.html. El Estatuto de la Legislación detalla la jerarquía de las leyes, regulaciones y reglas de los diversos niveles del Gobierno.

111 Véase Dai, supra nota 108, p. 164-65 (explicando el rol supervisor de la Fiscalía).

112 XIANFA (中华人民共和国宪法) art. 5 (1982) (China); CPL, supra nota 109, art. 8.

pantalla independiente de los méritos de un caso y más como la conexión entre la investigación policial y los procedimientos judiciales.

El Código de Procedimiento Penal de 1979 no incluye la presunción de inocencia, sino que en su lugar ordena a los Tribunales, Fiscalías y a los órganos de seguridad pública a “basarse en los hechos e interpretar la ley con criterio” cuando conduzcan procedimientos penales¹¹³. Esta política, denominada *decision first, trial later* (先判后审), significa que el destino del imputado fue determinado por lo general antes de que el juicio siquiera comience, convirtiéndose el Juicio en una cuestión más de forma que de fondo¹¹⁴.

2. El Código de Procedimiento Penal de 1996 y el Proyecto de Reforma pendiente

Cuando la Asamblea Popular Nacional de China revisó el Código de Procedimiento Penal, en la década de los 90's, “se hicieron propuestas —siendo rechazadas— para agregar al texto disposiciones que reconozcan la presunción de inocencia”¹¹⁵. Con posterioridad, aparece el Código de 1996 que aun conserva la disposición de que las reglas del procedimiento penal deben “basarse en hechos e interpretar la ley con criterio”¹¹⁶. Además, un acercamiento a la presunción de inocencia puede ser la obligación de usar el término “acusado” (被告人), únicamente con posterioridad a la decisión de procesar al “sospechoso” (犯罪嫌疑人)¹¹⁷. Este cambio indica que, al menos en teoría, hay una diferencia cualitativa entre una persona considerada como sospechosa y una persona sobre la cual los Fiscales han decidido formalizar los cargos.

En seguida, se utiliza el término “culpable” (犯罪分子) para referirse a una persona que ha confesado su crimen o ha sido declarada culpable en el juicio¹¹⁸.

El Código de Procedimiento Penal de 1996 fue aun más notable por mostrar un cambio sustancial desde un sistema inquisitivo hacia uno acusatorio¹¹⁹. El entusiasmo inicial de que las modificaciones pusieran mayor énfasis en los juicios y, en particular, en la capacidad de la defensa para participar en el juicio, se vio diluido en razón de los problemas prácticos que los acusados enfrentaban al intentar invocar protección legal¹²⁰.

Además, las modificaciones de 1996 no cubrieron las expectativas de muchos respecto a la clarificación de las cargas probatorias en los procedimientos penales. De acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, “Todos los hechos que demuestren las circunstancias verdaderas de un caso, serán prueba”¹²¹. El artículo 43 entonces establece que “los jueces, fiscales e investigadores deben, de conformidad con el proceso penal legalmente establecido, recoger diversos tipos de evidencia que pueda probar la culpabilidad del sospechoso o su inocencia y la gravedad del delito”¹²². Asimismo, la Corte ha adoptado la siguiente decisión, de conformidad con el artículo 162 del Código Adjetivo:

(1) Si los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente, y el imputado es hallado culpable de conformidad con la ley, este será declarado culpable (案件事实清楚, 证据确实, 充分, 依据法律认定被告人有罪的, 应当作出有罪判决);

113 CPL, *supra* nota 109, art. 4 (1979 version del CPL).

114 Lan Rongjie, *A False Promise of Fair Trials: A Case Study of China's Malleable Criminal Procedure Law*, 27 *Ucla Pac. Basin L.J.* 153, 209 (2010) (explicando la práctica “popularmente referida como ‘decisión primero, juicio después’ (xianding houshen)”).

115 Lawyers Committee for Human Rights, *Opening to Reform? An Analysis of China's Revised Criminal Procedure Law 43-44* (1996).

116 CPL, *supra* nota 109, art. 6 (en su version modificada en 1996).

117 Lawyers Committee for Human Rights, *supra* nota 115, p. 62.

118 Véase, v.g., CPL, *supra* nota 109, art. 2; *Criminal Law*, *supra* nota 9, art. 5.

119 Randall Peerenboom, *What Have We Learned About Law and Development? Describing, Predicting, and Assessing Legal Reforms in China*, 27 *Mich. J. Int'l L.* 823, 844-49 (2006) (describiendo el “rocoso camino hacia un sistema adversarial” de China).

120 Id.; véase también Mike Mcconville, *Criminal Justice In China: An Empirical Inquiry 13-15* (2011) (se analiza el impacto del Código de Procedimiento Penal de 1996).

121 CPL, *supra* nota 109, art. 42. El artículo respectivo en el Borrador del CPL de 2011 (art. 47) utilize una redacción ligeramente distinta: “Cualquier material que pueda ser utilizado para probar los hechos de un caso se considerará evidencia” (“可以用于证明案件事实的材料, 都是证据”). Véase 2011 Draft CPL, *supra* nota 13, art. 47.

122 CPL, *supra* nota 109, art. 43; 2011 Draft CPL, *supra* nota 13, art. 49; véase también Gelatt, *supra* nota 107, at 296 (se cita el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1979, el cual establece: “requerimientos para la obtención de evidencia ‘que puedan probar la culpabilidad o inocencia del acusado y la gravedad de las circunstancias del delito’”).

(2) Si el imputado es hallado inocente de conformidad con la ley, será declarado inocente (依据 法律 认定 被告人 无罪 的, 应当 作出 无罪 判决);

(3) Si la evidencia es insuficiente y el imputado no puede ser hallado culpable, será declarado inocente, sobre la base de la insuficiencia de la evidencia y la carencia de fundamento de la acusación (证据 不足, 不能 认定 被告人 有罪 的, 应当 作出 证据 不足、指控 的 犯罪 不能 成立 的 无罪 判决)¹²³.

El cuestionamiento siguiente es a qué punto de referencia debe llegar el Fiscal para probar que los hechos del caso son, en efecto, claros (案件 事实 清楚) y que la evidencia es confiable y suficiente (证据 确实, 充分). El artículo 162 es aun más interesante, pues se especifica que el imputado puede recibir un veredicto de inocente si es “hallado inocente” o si no hay evidencia suficiente que confirme los cargos. Esto implica una distinción entre una persona considerada inocente, según los hechos, y una persona inocente, por una cuestión de derecho, pero sobre la cual persisten dudas sobre su culpabilidad¹²⁴. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción previa del artículo 162 –aunque el artículo ha sido reenumerado como artículo 194– y añade una disposición instando a la Corte a tomar una decisión con relación a los bienes incautados como parte del caso¹²⁵.

Algunos comentaristas han invocado el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, señalando que

contiene la presunción de inocencia aplicada hasta que el Tribunal tome la decisión correspondiente¹²⁶. Si bien el artículo 12 aclara que el imputado no debe ser considerado culpable hasta que el Tribunal lo determine¹²⁷, existen críticas a esta disposición. Por ejemplo, al criticar la ley, el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (hoy, “Primero los Derechos Humanos”) sostuvo que: “El artículo 12 no dice nada sobre la carga de la prueba, el estándar de culpabilidad o cualquier otro tema comúnmente asociado con la presunción de inocencia. Debe considerarse más bien como una declaración clara de la responsabilidad funcional, pues establece que solo un Tribunal –y no otra persona o institución– puede determinar la culpabilidad”¹²⁸.

No solo el imputado se encuentra privado de la presunción de inocencia en el marco del Código de Procedimiento Penal, sino que tampoco tiene derecho a guardar silencio. El artículo 93 obliga incluso a los presuntos delincuentes a responder preguntas con la verdad, aunque añade la advertencia de que el sospecho “tiene el derecho a negarse a contestar cualquier pregunta que sea irrelevante para el caso”¹²⁹. El Proyecto de reforma de 2011 mantiene la redacción anterior del artículo 93 (actualmente artículo 117), pero añade una frase, que al interrogar a un sospechoso, los investigadores deberán informar al sospechoso que una confesión sincera puede resultar en un manejo más indulgente de la causa¹³⁰. Esta adición

123 CPL, supra nota 109, art.162; 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194. Lo anterior es la traducción oficial del estándar de prueba requerido (“los hechos de un caso son claros, la evidencia es confiable y suficiente”), aunque hay algunas diferencias de opinión sobre si una redacción alternativa refleja con mayor precisión el idioma chino, v.g., “los hechos del caso son claros, la evidencia es precisa y completa”. Ira Belkin, China, en *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 91, 105 (Craig M. Bradley ed., 2d ed. 2007).

124 Cf. Emily Hughes, *Innocence Unmodified*, 89 N.C. L. Rev. 1083, 1090 (2011) (argumentando en favor de un “inmodificado entendimiento de inocencia [que] continuaría protegiendo actualmente a las personas inocentes mientras que también se esfuerza por proteger a las personas que actualmente no son inocentes pero que tienen fuertes reclamos constitucionales que garantizan la reversión de sus condenas injustas”).

125 Véase 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 194 (“人民法院在判决中, 应当对查封、扣押、冻结的财物及其孳息的处理作出决定”).

126 Véase supra nota 18.

127 CPL, supra nota 109, art. 12 (“Nadie podrá ser encontrado culpable sin ser juzgado por un Tribunal del Pueblo de acuerdo a Ley”); véase también 2011 Borrador CPL, supra nota 13, art. 12 (misma redacción en la ley actual).

128 Véase *Lawyers Committee For Human Rights*, supra nota 115, p. 44 (explicando que el artículo 12 debe ser entendido como un cambio de la ley de 1979 bajo la cual la Fiscalía podía determinar la culpabilidad *law* antes que los Tribunales); véase también Mcconville, supra nota 120, p. 213 (“El CPL de 1996 y la interpretación del SPC fallo en dirigir de una forma clara cuestiones centrales tales como la carga de la prueba, el estándar de la prueba y la presunción de inocencia”).

129 CPL, supra nota 109, art. 93; véase también 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117.

130 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117 (“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时, 应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”).

hace explícita la política de larga data de la clemencia para aquellos que confiesan¹³¹ y mantiene la política complementaria de la severidad para aquellos que se resisten¹³².

Las diferencias antes mencionadas entre el Código de Procedimiento Penal vigente y el Proyecto de 2011 son modestas, pero es importante dar el primer paso tendiente a clarificar la regulación de la carga de la prueba en los procedimientos penales. En el año 2010, el Gobierno de China emitió dos series de reglas, llamadas comúnmente como “Reglas de la Prueba de 2010”, las cuales contienen: (1) Reglas sobre cómo examinar y juzgar la evidencia en casos de pena de muerte (Las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte) y (2) Reglas sobre la exclusión de la prueba ilícita en los procedimientos penales (Las Reglas de Exclusión de Pruebas)¹³³. Las Reglas de Exclusión de Pruebas dieron un paso innovador al establecer un procedimiento previo al juicio para determinar si una confesión es admisible¹³⁴. Estas reglas establecen una carga, ya que si el Tribunal tiene dudas sobre la admisibilidad de una confesión después de escuchar el relato del imputado, el Fiscal deberá presentar evidencias de que la confesión no fue coaccionada. En otras palabras, la carga inicial de la producción

probatoria (también llamada en inglés *the burden of going forward* y, en chino, 提供证据的责任 o 推进诉讼的责任) parece recaer en la defensa, y si se reunió con el fiscal, este debe generar convicción de que la coerción no se produjo. Sin embargo, la carga de afirmación del hecho o carga de generar convicción (说服责任) es menos clara. Las Reglas de Exclusión de Pruebas reflejan las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en el sentido que una confesión no podrá servir como base para la condena si las evidencias presentadas para confirmar la legalidad de la confesión no son confiables o suficientes¹³⁵.

El segundo conjunto de normas –Reglas de Prueba en la Pena de Muerte– sigue el criterio del Código de Procedimiento Penal, al disponer que las determinaciones de los delitos deban basarse en evidencia fiable y suficiente¹³⁶. Estas reglas son loables a fin de dar un paso hacia la clarificación del uso de la evidencia en casos penales. No obstante, vale notar que, fiel a su nombre, las Reglas de Prueba en la Pena de Muerte no solo se aplican en casos de pena capital¹³⁷. Por otra parte, aunque el artículo 1 enfatiza en la necesidad de que en casos de pena capital, “lo hechos sean claros, la evidencia confiable y suficiente, los procedimientos legales y la ley aplicada correctamente”,

131 Véase Dai *supra* nota 108, at 191.

132 Cf. id. (traducción de “抗拒从严” como “severidad para los que se resisten”).

133 Véase 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, Reglas sobre ciertos aspectos relacionados al examen y juzgamiento de la evidencia en casos de pena de muerte] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente desde el 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428111.html> [de aquí en adelante Reglas probatorias de la pena de muerte]; 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定 [Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de prueba ilegal en casos penales] (promulgadas el 25 de Junio, 2010, vigente 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428112.html> [de aquí en adelante Reglas de exclusión probatoria]; véase también 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知 [Comunicación de la Suprema Corte Popular, Fiscal Supremo del Pueblo, Ministro de Seguridad Pública, Ministro de Seguridad Estatal, y Ministro de Justicia, relacionada al tópico de “Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas al examen y valoración de la evidencia en casos de pena de muerte” y “Reglas sobre ciertas cuestiones relacionadas a la exclusión de la prueba ilegal en casos penales”] (promulgado el 25 de Junio 25, 2010, vigente el 01 de Julio, 2010), <http://www.spp.gov.cn/site2006/2010-06-25/0005428115.html> [de aquí en adelante Comunicación sobre reglas probatorias 2010]. Traducciones al inglés de las reglas y comunicación antes citadas están disponibles en <http://www.duihua.org/hrjournal/evidence/evidence.htm>.

134 Véase Evidence Exclusion Rules, *supra* nota 133; véase también Margaret K. Lewis, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se analiza la esencia de la motivación en las nuevas reglas de la prueba).

135 Reglas de exclusión probatoria, *supra* nota 133, art. 12 (“提供的证据不够确实、充分的”).

136 Reglas probatorias de la pena de muerte, *supra* nota 133, art. 5 (“证据确实、充分”).

137 El comunicado emitido que acompaña las Reglas probatorias del 2010 concluye con la afirmación que las Reglas Probatorias de la pena de muerte “pueden ser utilizadas como una referencia para implementar en el manejo de otros casos criminales,” pero esto es solo una indicación de paso de una ámbito mayor. Véase Comunicación de Reglas probatorias del 2010, *supra* nota 133.

una vez más es incierto cómo se debe traducir en la práctica los términos “claro” y “suficiente”.

En atención a estas dificultades, los Tribunales chinos han ido tomando diversas medidas, mediante el trabajo en las reglas unificadas de la prueba. Sin embargo, la inclusión de disposiciones sobre la prueba en el Proyecto de 2011 deja en duda si las normas complementarias en materia de prueba para los casos penales estarán contenidas en un documento separado¹³⁸.

El Proyecto de 2011 incorpora en gran medida las Reglas de la Prueba de 2010, elevando el estado de las disposiciones, de mera regla a ley¹³⁹. Tal vez, ante esta inclusión en el Código de Procedimiento Penal, se exigirá una aplicación más robusta de las disposiciones, a pesar de que los informes iniciales no lo refleja con claridad¹⁴⁰. Tian Wenchang, Jefe de la Asociación de Abogados de China, expresó su desilusión con las disposiciones revisadas en el Proyecto de 2011, al señalar que a la Fiscalía y Policía únicamente se les exige una declaración de que la confesión no fue forzada, lo cual es inútil para la defensa al momento de objetar¹⁴¹. Tian ha estado involucrado por mucho tiempo en las discusiones sobre las reformas procesales penales.

En julio de 2011, el diario oficial China Daily, informó la probabilidad de que el Código de Procedimiento Penal sea modificado este año y que “pueda dar inmunidad a sospechosos de declarar contra sí mismos, lo cual se considera un paso importante en la

protección de los derechos humanos”¹⁴². De otro lado, analistas nacionales y extranjeros también han alentado a China a mejorar la protección de los imputados¹⁴³. Por ejemplo, en el Proyecto de Expertos para Modificación del Código de Procedimiento Penal de la República Popular de China de 2006 y su anotación, renombrados académicos chinos propusieron que la ley sea revisada para establecer que las personas “serán consideradas inocentes” ante el Tribunal¹⁴⁴. El Proyecto de 2011 no está a la altura de estas expectativas.

El Proyecto de 2011 no aclaró de modo suficiente el requisito del estándar probatorio en los casos penales. El Abogado Tian señaló que persiste la controversia sobre si se mantiene o no el deber de probar “más allá de toda duda razonable” (排除合理怀疑)¹⁴⁵. El proyecto es digno de alabanza por lo menos en la eliminación de la palabra “prueba” de la disposición que establece que la responsabilidad de los abogados de la defensa “será presentar, de acuerdo con los hechos y la ley, los materiales y las opiniones que prueben la inocencia del sospechoso o imputado...”¹⁴⁶. Esta aclaración de que es deber de los abogados presentar pruebas, mas no demostrar la inocencia en estricto deberá armonizarse con el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Abogados de la República Popular China, revisada en 2007¹⁴⁷. Aunque el lenguaje de las dos leyes referidas pueda ser consistente, el debate continúa entorno al nivel de duda que se requiere generar para refutar los cargos¹⁴⁸.

138 Véase 教育部重大项目成果《人民法院统一证据规定》试点工作总结研讨会召开, Enero 27, 2010, disponible en <http://www.sinoss.net/2010/0127/10032.html> (reportando encuentro de trabajo sobre la unificación de las reglas probatorias).

139 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, arts. 52-57.

140 Véase Jeremy Daum, Tortuous Progress: Early Cases Under China's New Procedures For Excluding Illegal Evidence in Criminal Cases, 43 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 629 (2011) (se detallan los desafíos de los abogados para invocar las nuevas reglas).

141 田文昌 (Tian Wenchang), 刑诉法修正案问题很多值得探讨, Set. 2, 2011, <http://wq.zfwlxt.com/newLawyerSite/BlogShow.aspx?itemTypeID=071c6217-86e0-4fda-b13c-9bf0010cee75&itemID=73212055-9e84-463a-82a9-9f5200f7048a&user=10420> (“...但是很简单控方或者公安局出了一纸证明, 没有(刑讯逼供), 任凭你被告人有一百张嘴也没有用”).

142 Protection of Human Rights Gets Big Boost, China Daily Online, Julio 13, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/13/content_12888966.htm.

143 Véase, v.g., Belkin, supra nota 106 (“Para proporcionar un contrapeso a esta forma anticuada de pensar y aplicar la justicia penal de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, China debería adoptar de manera explícita la disposición de presunción de inocencia”) (citando Chen Guangzhong, Reform of China's Criminal Evidence System, 中国刑事证据制度的改革, Peking University Information Network (北大法律信息网)).

144 Expert Draft for Re-Amendment to the Criminal Procedure Law of the Prc and its Annotation 4-5 (Chen Guangzhong, ed. 2006) (“在人民法院依法作出生效裁判确定有罪之前, 任何人应当被推定为无罪”).

145 Véase Tian, supra nota 141.

146 Véase CPL supra nota 109, art. 35.

147 Lawyers' Law of the PRC (中华人民共和国律师法), art. 31, aprobada el 15 de mayo de 1996 y modificada el 28 de octubre de 2007, http://www.gov.cn/flfg/2007-10/28/content_788495.htm

148 Véase Zhang Peihong, publicación en blog, segunda publicación en <http://www.siweiluozi.net/2011/08/lawyers-express-criticism-of-criminal.html> (original en <http://www.weibo.com/zph977>) (“但是是否意味着辩护人的责任只是反驳有罪而不是证明无罪, 其实开不确定, 因为原文犯了同语反复的错误”).

Incluso si el actual Proyecto es revisado más a fondo antes de la aprobación del 2012, es muy poco probable que el Estado escuche las propuestas de los estudiosos e incorpore la presunción de inocencia o el derecho a guardar silencio. Al discutir el proceso de revisión, el profesor Chen Guangzhong, uno de los más antiguos y respetados estudiosos del procedimiento penal chino, comentó que todavía no era oportuno incluir el derecho a guardar silencio y tomó nota de la oposición universal de las autoridades gubernamentales¹⁴⁹. Cuando el Proyecto de 2011 se convierta en ley, los abogados podrán argumentar que la nueva disposición, que exige que los interrogadores no obliguen a nadie a autoinculparse, incorpora de alguna forma el derecho a guardar silencio¹⁵⁰. Sin embargo, el Proyecto de 2011 conserva el lenguaje de la ley actual en el sentido que los sospechosos deben responder a las preguntas con sinceridad¹⁵¹. En suma, los sospechosos deben contestar con la verdad, pero los interrogadores están limitados en la medida que no pueden obligar a los inculpados a hablar. Respecto a lo anterior, el abogado Xu Lanting declaró sin rodeos: “Establecer por un lado que una persona no podrá ser obligada a declarar contra sí misma, pero al mismo indicar que debe confesar sinceramente es fundamentalmente contradictorio e ilógico”¹⁵². Puede que sea así, pero parece que los abogados y los imputados no tendrán más remedio que trabajar con este lenguaje confuso en los próximos años.

3. Perspectivas futuras de la presunción de inocencia en China

Como una pura cuestión de procedimiento, si está en el camino del desarrollo jurídico procesal chino

el reconocimiento o no de la presunción de inocencia, la decisión se canalizará a través de los órganos de gobierno que participan directamente en el sistema de justicia penal y, en última instancia, en la Asamblea Popular Nacional de China, para la inclusión de esta garantía procesal en el Código de Procedimiento Penal¹⁵³. A diferencia de Estados Unidos de América, donde muchas de las garantías procesales reconocidas a los acusados tienen su origen en la Constitución Política, debiendo los tribunales interpretar cualquier norma sustantiva o procesal en simetría con dichas garantías¹⁵⁴, los Tribunales de la República Popular China no tienen, en consecuencia, la facultad para interpretar la Constitución de su país. Por lo tanto, incluso si los Tribunales quisieran llevar a la práctica el respeto de los derechos humanos establecido en la Constitución de la República Popular China¹⁵⁵, las disposiciones constitucionales no se podrían interpretar ni siquiera en bonan parte, o como base directa para reforzar la protección judicial para los acusados. El Tribunal Popular Supremo puede y ha publicado las interpretaciones que dan consistencia a las disposiciones de carácter general en las leyes más importantes, como la que regula el Procedimiento Penal¹⁵⁶, pero la Corte aún está limitada por el lenguaje de la propia ley y debe trabajar dentro de esos parámetros. En pocas palabras, hay poca o ninguna indicación de que los tribunales estén tratando de tomar un papel más activo en el establecimiento por lo menos jurisprudencial de los derechos procesales de los acusados, y mucho menos tratando de encontrar una manera de desenterrar todos esos derechos en el texto de la propia Constitución¹⁵⁷.

149 陈霄 & 焦红艳 (Chen Xiao & Jiao Hongyan), 刑诉法修正案草案: 六大方面有待完善, 法治周末, Set. 7, 2011, http://news.ifeng.com/mainland/special/xingshisusongfa/content-3/detail_2011_09/07/9010529_0.shtml (陈光中: “这次沉默权没有规定进来, 结合中国的实践, 条件可能还是不成熟, 讨论时所有实务部门也都反对”); véase también Zhang, supra nota 148 (“果然, 没有规定犯罪嫌疑人, 被告人在刑事诉讼活动中享有“沉默权”).

150 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 49. (“不得强迫任何人证实自己有罪”).

151 Véase 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 117; véase también supra nota 129-132 y el texto que lo acompaña.

152 Chen & Jiao, supra nota 149 (“许兰亭: 不得强迫自证其罪, 又要如实供述, 这根本就矛盾, 不通”).

153 Como un ejemplo, las Reglas Probatorias del 2010, supra nota 133, fueron emitidas por el Tribunal Popular Supremo, la Fiscalía Popular Suprema, el Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Seguridad del Estado, y el Ministerio de Justicia, y gran parte del contenido se ha incorporado en el Proyecto de la CPL 2011.

154 Véase, v.g., In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula de debido proceso protege contra la condena, salvo si se prueba más allá de toda duda razonable).

155 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 33 (2004) (China) (“El Estado respeta y garantiza los derechos humanos”).

156 Véase, por ejemplo, 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释, (法释(1998) 23号1998年6月29日, 最高人民法院审判委员会第989次会议通过) (la interpretación judicial aclara una serie de interrogantes a la Ley de Procedimiento Penal).

157 Véase, Ji Weidong, Legal Discourse in Contemporary China, en Building Constitutionalism in China 125, 139 (Stephanie Balme & Michael W. Dowdle eds., 2009) (discutiendo el retiro por parte del Tribunal Popular Supremo en el 2008 de la interpretación judicial en el caso Yuling Qi).

En la actualidad China considera más factible una política criminal sumamente férrea sin mucha observancia de garantías procesales con el fin de tener un efecto disuasivo efectivo en la sociedad¹⁵⁸. Esta posición está en consonancia con la preocupación de la estabilidad del status quo social, así, la falta de presunción de inocencia simplifica el trabajo del Gobierno cuando se trata de condenar a presuntos delincuentes. Sin embargo, desde la posición del Gobierno de China, se sostiene que no es que el sistema de justicia penal solo deba enjuiciar y condenar a los acusados de cualquier tipo de hecho antijurídico, si no solo de los que impliquen el daño más contundente a los bienes jurídicos. De esta manera, el Gobierno ha reconocido y reprochado abiertamente los excesos de la aplicación del ius puniendi penal -personas inocentes han sido condenadas y hasta ejecutadas-¹⁵⁹. Al dar a conocer las Reglas de la Prueba de 2010, los órganos de gobierno reconocieron posteriormente sobre esta modificación “que los métodos eran flojos e inadecuados, y que estos se han utilizado para recopilar, analizar y excluir las pruebas en varios casos, especialmente en aquellos que involucran la pena de

muerte”¹⁶⁰. Los críticos tomaron esta admisión abierta de opiniones como una oportunidad para criticar el hecho de que la “presunción de culpabilidad” es casi una regla general en los casos penales, siendo esto erróneo y anti garantista, dejando de lado la garantía procesal de que toda persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad¹⁶¹.

La crítica práctica que subyace a la “presunción de culpabilidad” es la gran tasa de condenas y los altos costos penitenciarios que esto lleva, por lo que es ilógico mencionar que China respeta las garantías procesales derivadas del sistema acusatorio-adversarial, cuando las sentencias absolutorias son apenas de 1% por ciento¹⁶². Esta cifra desencadena que incluso en la etapa postulatória del proceso penal los Fiscales omitan la aplicación de garantías como la imputación necesaria o la suficiencia probatoria, diciendo ejercer la acción penal por mera formalidad¹⁶³. En China no existe jurisprudencia constitucional en materia de garantías procesales en la etapa postulatória del proceso¹⁶⁴. La explicación más probable es que los Tribunales rutinariamente ven a los acusados

158 Véase, por ejemplo, Randall Peerenboom, *Out of the Pan and into the Fire: Well-Intentioned but Misguided Recommendations to Eliminate All Forms of Administrative Detention in China*, 98 NW. U. L. Rev. 991, 1072 (2004) (“Muchos ciudadanos en China, como en otros lugares, se sienten que los derechos procesales de los sospechosos pueden ser utilizados para derrotar la meta de buscar la verdad y obstaculizar la justicia sustantiva al permitir que aquellos que han cometido delitos puedan escapar de la condena y el castigo”); Sida Liu & Terence C. Halliday, *Recursivity in Legal Change: Lawyers and Reforms of China’s Criminal Procedure Law*, 34 L. & Soc. Inquiry 911, 920 (2009) (“Una fuente más fundamental de características chinas proviene de una larga historia de la justicia penal que hace hincapié en el derecho sustantivo y de procedimiento de vistas”).

159 Véase, por ejemplo, 湖北殺妻冤案主余祥林獲賠償近46萬元, 新华网, Abr. 13, 2005, http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2005-09/01/content_3427899.htm (Informe oficial del Gobierno sobre los medios de comunicación, como fuente de condenas erróneas).

160 Wang Guanqun, *China Clarifies Evidence Law for Criminal Cases to Stem Miscarriages of Justice*, Xinhua News Agency (Mayo 30, 2010), http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2010-05/30/c_13323861.htm.

161 Véase, 错案警示日:要警示的是“有罪推定,” 新京报 [Beijing News], Junio 4, 2010, <http://comment.bjnews.com.cn/2010/0604/22183.shtml>. (“有罪推定”、“疑罪从有”).

162 Véase, Fu Hualing, *Institutionalizing Criminal Process in China* 7 a 8, 24 (Abr. 13, 2010) (artículo no publicado), disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=1588733> (China reporta una tasa de absolución de 0.19 % en 2006); véase también, Gelatt, *supra* nota 107, p. 309 n.319] (“En 1979, el 95.8% de los casos vistos en los tribunales terminaron con una sentencia condenatoria”). Es cierto que China no es el único país que tiene una tasa de condenas extremadamente alta. Véase, también, Arne F. Soldwedel, *Testing Japan’s Convictions: The Lay Judge System and the Rights of Criminal Defendants*, 41 Vand. J. Transnat’l L. 1417, 1419-20 (2008) (“La tasa de condenas en Japón es de 99%.”); *id.* p. 1446 (“Con arreglo al sistema de justicia penal japonés, las únicas personas que están detenidas son las que ya han sido consideradas culpables”). También se ha determinado que el porcentaje de sentencias absolutorias fue extremadamente alto, lo que podría indicar que los fiscales no estaban subsumiendo cuidadosamente el tipo penal a los casos y por lo tanto someten a los acusados inocentes a los gastos emocionales y financieros de la persecución penal.

163 Fu, *supra* nota 162, p. 8 (“El retiro es un procedimiento de carácter legal dudoso y no está claramente definido en el Código de Procedimiento Penal. Pero este mecanismo es menos público y conlleva menos incentivos negativos por parte de los Fiscales y la Policía”).

164 Hasta la fecha, no existen estudios completos y estadísticamente rigurosos sobre la tasa de ejecuciones injustas en China. Comparar 宋远升, *刑事错案比较研究, 犯罪研究 [Criminal Research]* vol. 1, 73, p. 75 (2008) (comentando que, debido a muchas razones, no hay estadísticas oficiales sobre condenas erróneas en China) con D. Michael Risinger, *Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate*, 97 J. Crim. Law & Criminology 761 (2007) (la realización de un estudio empírico de condenas erróneas en Estados Unidos).

como culpables y los acusados tienen un tremendo desafío de convencer a los tribunales de lo contrario. En la práctica, esta presunción de la culpabilidad disminuye la importancia de las disposiciones de responsabilidad directa al momento de probar, porque los imputados periódicamente entran en la Sala de Audiencias frente a la difícil tarea de convencer a los jueces de su inocencia, independientemente si el delito es imputado correctamente o no. Las pruebas finalmente asumen un papel más importante en la determinación de la culpa y los fiscales asumen una mayor carga de probar todos los elementos de un delito por una norma de la prueba que tiene la premisa ideológica que siempre debe haber en un proceso un culpable para que la sanción a imponerse tenga un efecto disuasivo.

Con respecto a las normas generales del procedimiento penal, el debate de larga data es si China debe o no apoyar la presunción de inocencia, lo cual aún tiene que ganar impulso sustancial. Con respecto a los delitos que no necesiten pericias estatales, la falta de la presunción es más evidente, dado que ponen la carga probatoria de lleno en el acusado. Como veremos más adelante, el artículo 395, es un ejemplo de este enfoque de responsabilidad inversa.

B. Marco legal de China para la penalización de Enriquecimiento Ilícito

El artículo 395, surgió de los esfuerzos de muchos años de la República Popular China para combatir la corrupción (Parte II.B.1) y está claramente destinada al enriquecimiento ilícito, pero sigue siendo menos claro cómo exactamente se debe interpretar el lenguaje del artículo (Parte II.B.2). Aunque esta parte se centra en el marco legal formal para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, se concluye con una

breve descripción de las medidas contra la corrupción utilizadas por el Partido Comunista de China (PCC) (Parte II.B.3).

1. El camino a la redacción del artículo 395

Los tratadistas dentro y fuera de China han luchado por definir el término “corrupción”¹⁶⁵. Ello se debe a la preocupación de que los funcionarios estén utilizando sus posiciones para obtener beneficios personales con el llamado *quid-pro-quo*, como mencionan los libros de delitos contra la administración pública (otorgar un favor dentro de la competencia funcional a cambio de dinero, bienes o servicios)¹⁶⁶. En términos más generales, la corrupción se entiende generalmente como el monopolio del poder, sin rendición de cuentas, que se utiliza para uno mismo o para un tercero de su círculo inmediato. La lucha contra la corrupción ha sido una prioridad evidente del Gobierno de China desde la fundación misma de la República Popular China, como lo subrayó en los años 1951-1952 la campaña anti-tres (contra la corrupción, la lucha contra los residuos y en contra de la burocracia) y la campaña anti-cinco (contra el soborno, la evasión de impuestos, robo de propiedad estatal, engaños a los contratos del gobierno y el robo de información económica)¹⁶⁷.

Inicialmente la obtención de riqueza por canales ilegales floreció con las reformas económicas que abrieron el mercado en la década de los 70's¹⁶⁸.

En el anteproyecto del 2010, el Gobierno de China informó que: “de los años 2003 a 2009, las Fiscalías populares de todos los niveles abrieron investigación en más de 240.000 casos de malversación, cohecho, incumplimiento de deberes e infracciones en materia de derechos”¹⁶⁹. Las Fiscalías no son más que

165 Véase, por ejemplo, Henning, *supra* nota 74, at 801-05 (el examen de los esfuerzos para definir la corrupción pública); Véase, *id.* p. 801 (“El delito de cohecho es el núcleo negro de una serie de círculos concéntricos que representan los grados de irregularidad en la conducta oficial”) (citando a Daniel Hays Lowenstein, *Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics*, 32 *Ucla L. Rev.* 784, 786 (1985)) (alteración al original).

166 Cf. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 26-27 “En la medida en que las contribuciones ilegales se dan para asegurar un *quid pro quo* en los actos funcionales de los funcionarios públicos titulares de cargos actuales y potenciales, la integridad de nuestro sistema de democracia representativa se debilita”.

167 Véase, Yong Guo, *Political culture, administrative system reform and anticorruption in China: Taking the Official Car Management Institution Reform as an Example*, 53 *Crime L. & Soc. Change* 493, 499 (2010).

168 Véase, Yufan Hao & Michael Johnston, “Corruption and the Future of Economic Reform in China,” en *Political Corruption: Concepts and Contexts* 583 (Arnold J. Heidenheimer & Michael Johnston eds., 2006) (se dio un aumento en la corrupción durante la era de la reforma económica que proporcionó diversas modalidades).

169 Véase, el anteproyecto del 2010 White Paper, *supra* nota 7 (“2003年至2009年，各级人民检察院共立案侦查贪污贿赂、渎职侵权案件24万多件”).

uno de los jugadores en la lucha contra la corrupción. Hoy en día, la Oficina Nacional de Prevención de la Corrupción formalmente encabeza la lucha contra la corrupción, aunque el esfuerzo implica una vasta red de organismos gubernamentales y del PCC¹⁷⁰.

En específico, respecto al castigo de las ganancias monetarias de los actos de corrupción, China ha incluido una disposición penal sobre el enriquecimiento ilícito dentro del título de los delitos contra la administración pública en el marco del Código Penal de 1988¹⁷¹. En 1993, la Fiscalía Popular Suprema destacó mediante su ISA (Informe Situacional Anual) la importancia de investigar y perseguir los casos de grandes cantidades de riqueza inexplicable¹⁷². Una disposición que penalice el enriquecimiento ilícito se introdujo posteriormente en la Ley Penal, mediante la revisión de 1997, que amplió considerablemente la descripción típica de la ley con el fin de suprimir los términos ambiguos que llevaban a una atipicidad relativa en el juicio de subsunción. Tal como fue originalmente promulgada, el primer párrafo del artículo 395 sancionaba con cinco años de prisión¹⁷³. Adicionalmente, la revisión del año 1997 introduce un mecanismo para que el Estado pueda recuperar rápidamente los activos ilícitamente obtenidos¹⁷⁴.

A pesar de los cinco años de prisión como sanción, algunos critican el artículo 395 sobre la base de que los castigos de la modalidad agravada, es decir, cuando los caudales ilícitos provienen de fondos destinados a obras sociales de emergencia; se podrá aplicar

“meritoriamente la pena de muerte” (贪污罪), en virtud del artículo 383. Shao Daosheng de la Academia China de Ciencias Sociales explicó en un artículo del año 2005 publicado en el sitio web del Diario del Pueblo, que los funcionarios corruptos deberían ser procesados por el artículo 395, dado que la confesión y la devolución de los caudales no implica una falta de atipicidad, sino criterios a tomar en cuenta para la determinación de la pena¹⁷⁵. En 2009, la Asamblea Popular Nacional aprobó la Séptima Enmienda a la Ley Penal, que eleva la pena posible en virtud del artículo 395 a los diez años de prisión. Lejos de disminuir la fuerza del artículo 395, el Gobierno ha indicado claramente su apoyo a un enfoque más severo del enriquecimiento ilícito.

Actualmente el artículo 395 se encuentra descrito de la siguiente manera:¹⁷⁶

Quando los bienes o gastos de cualquier funcionario estatal, sean superiores a sus ingresos legales en una relativa diferencia, y cuando este no haya respondido a la solicitud de fundamentar sus gastos, dichos ingresos serán tomados como ilegales, siendo detenido, y recibiendo una pena no mayor de cinco años, si los caudales observados son de gran desproporcionalidad a comparación de sus ingresos, será condenado a una pena de prisión no menor de cinco años, pero no más de diez años. Los caudales ilícitos serán expropiados inmediatamente mediante las medidas limitativas de coerción penal descritas en la ley de procesamiento penal¹⁷⁷.

170 Véase, Olivia Yu, *Corruption in China's Economic Reform: A Review of Recent Observations and Explanations*, 50 *Crime L. & Soc. Change* 161, 163 (2008) (descripción de las principales agencias involucradas en el trabajo contra la corrupción); 2010 White Paper, supra nota 7 (“在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中国共产党纪律检查机关、国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局”).

171 Véase, 关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定, Ene. 21, 1988, 全国人大常委会公布, art. 11(1); “在中国，反腐败和廉政建设的职能机构，主要有中国共产党纪律检查机关、国家司法机关、政府监察机关和审计机关以及国家预防腐败局”。 Véase, en este mismo sentido 最高人民法院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知 (高检发研字 (1993) 6号) .

172 Véase, 最高人民法院关于认真查办巨额财产来源不明犯罪案件的通知 (高检发研字 (1993) 6号).

173 Véase Dai, supra nota 108, p. 177 (“La revisión de 1997 integró 192 artículos y 25 disposiciones complementarias del Código Penal de 1979.”).

174 Código penal, supra nota 9, art. 395 (tal como fue promulgado en 1997).

175 David Fang, *Corrupt Officials Use Law Loophole*, S. China Morning Post, Feb. 19, 2005, p. 4. Debido a que las acusaciones en China puede incluir más de un cargo, los Fiscales pueden injertar cargos de enriquecimiento ilícito, y a menudo lo hacen. La búsqueda de casos sobre la base de datos China Law Info reveló que noventa y ocho casos relacionados con el artículo 395, incluyen otros cargos relacionados con la corrupción.

176 El párrafo segundo del artículo 395 exige que los funcionarios que tienen depósitos de ahorro en países extranjeros deben declarar sus depósitos en los procedimientos de supervisión pre judicial. Código penal, supra nota 9, art. 395.

177 Id. “国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令该国家工作人员说明来源，不能说明来源的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役；差额特别巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴”.

2. Preguntas acerca de la interpretación del artículo 395

Además de las cuestiones generales planteadas anteriormente, en el Título II.A, en relación con el nivel de evidencia que se necesita para alcanzar el nivel de información clara, confiable y suficiente; la redacción del artículo 395 plantea varias preguntas específicas de interpretación de la ley: (1) ¿Cuál es “ingreso ilegal” (合法收入), (2) la cantidad de dinero que se debe considerar como “relativa diferencia” (差额巨大) e incluso cómo esta se relaciona con la “muy enorme desproporcionalidad” (差额特别巨大), y (3) qué quiere decir “explicar” (说明)?

Comenzando con la primera cuestión, el significado de “ingreso ilegal” es interesante primero desde un punto de vista teórico, ya que se nutre de los debates más grandes en China: el del valor de la obtención de ingresos de fuentes no laborales y, desde un punto de vista práctico, ya que se debe determinar cómo las personas van a obtener la riqueza de otras fuentes que no sean de su propio trabajo: la forma de abordar el desarrollo de una disparidad entre ricos y pobres¹⁷⁸. El sistema nominalmente comunista de China está notablemente alejado de la realidad de una “economía socialista de mercado”. Deng Xiaoping nos señalaba que es común (y erróneo) el pensar que en la RPC: “Hacerse rico es glorioso”¹⁷⁹. También es poco probable que la gente en la China de la época de Deng pueda haber previsto lo increíblemente rico que algunos ciudadanos chinos llegarían a ser¹⁸⁰.

Para efectos del presente artículo, la definición de salario legal es más directa e interesante en la medida en que, cuanto más estrecho es el elemento del tipo “ingreso legal”, más fácil es el trabajo de subsunción del Fiscal¹⁸¹. Es decir, si el “ingreso legal” es el entendido como el salario oficial –que figura en las boletas de pago- que otorga el Estado a los funcionarios públicos, el imputado tendrá que explicar todos los activos y los gastos fuera de este alcance limitado. Sin embargo, si el “ingreso legal” se define ampliamente para incluir los ingresos de cualquier canal que no es abiertamente ilegal (por ejemplo, dando charlas, escribiendo libros, etc.), entonces el trabajo del fiscal se hace más difícil¹⁸². En la China actual, se espera normalmente que el sueldo sea solo una parte de los ingresos de un funcionario, y se conoce como el campo “gris” de ingresos, como el uso de vehículos oficiales, que complementan el nivel de vida. Este ingreso gris, de hecho existe en una zona gris, dependiendo de las interpretaciones individuales del tipo penal. Podemos plantear un caso curioso donde haya ingresos ilícitos, pero que el ingreso no es de sobornos u otras actividades relacionadas con la corrupción y las disposiciones de enriquecimiento ilícito directamente¹⁸³. Por ejemplo, volviendo a la gallina de oro hipotética, ¿Qué pasa si la renta –en cuestión por el órgano persecutor- era de la cría ilegal de animales? Es más plausible, si el ingreso ilegal es de la venta de narcóticos o de juego ilegal? Es dudoso que el legislador haya querido dirigirse a los funcionarios que intervienen en la venta de drogas, o en la cría de

178 Véase, por ejemplo, Evan Osnos, China: See No Fortune, Hear No Fortune, Newyorker.com, Junio 17, 2011 (presentación de informes sobre la disparidad de ingresos cada vez mayor en China, basado en el coeficiente de Gini).

179 Véase, Evelyn Iritani, Great Idea but Don't Quote Him, L.A. Times, Set. 9, 2004, disponible en <http://articles.latimes.com/print/2004/sep/09/business/fi-deng9> (“Deng nunca llegó a decir “hacerse rico es glorioso”. “Por lo menos nadie ha podido probarlo”).

180 Cf. Peter Foster, China's Richest Man “to Join the Politburo”, The Telegraph, Set. 26, 2011, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/8789803/Chinas-richest-man-to-join-the-Politburo.html> (reportando rumores que concluyen que magnate de la construcción tiene un patrimonio de seis mil millones de libras esterlinas unidos al del Buró Político del Partido).

181 ¿Qué constituye exactamente “ingreso ilegal” (合法收入) no se expresa claramente en el Derecho Penal y es una cuestión de debate, incluso si esto importa si el ingreso es de “trabajo” o no (劳动收入 o 非劳动收入). Véase, e.g., 郭燕 刘力, “合法的 非劳动收入”之认定, Abr. 9, 2010, disponible en <http://www.chinacourt.org/html/article/201004/09/403503.shtml> (“合法的 非劳动收入应做怎 样的理解? 认定非劳动收入是否合法的标准是什么? ”); 合法劳动 收入和 非劳动收 入都应保护, 《人民日报》, Abr. 20, 2003, http://news.xinhuanet.com/newscenter/200304/20/content_840567.htm (“一切 合法的劳动收入和合法的非劳动收入, 都应该得到保护.”). El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado algunas orientaciones en forma de un anuncio de 2003. Véase, 最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知, (法 [2003]167号) Nov. 13, 2003.

182 Véase, Yong, supra nota 167, p. 493 (“Teniendo en cuenta la situación actual de China, especialmente los salarios relativamente bajos de los funcionarios públicos, los ingresos ilegales de “la zona gris” de actividades son a menudo considerados como un subsidio para ellos”).

183 Mimi Lau, For Officials, the Colour of Money is Too Often Grey, S. China Morning Post, Julio 30, 2011 (“En general, además de los altos salarios y beneficios generosos que incluyen viviendas y automóviles, los funcionarios tienen varias maneras de malversar fondos públicos y aceptar sobornos. Ahí es donde vienen los ingresos ilegales, que son repartidos de forma sistemática en todo el continente”).

animales, al aprobar el artículo 395, pero los ingresos de estas actividades ilícitas, podrían decirse que caen dentro de su ámbito de aplicación. Reflexiones académicas a un lado, el artículo 395, está fundamentalmente dirigido a los funcionarios que abusan de sus posiciones para obtener riqueza¹⁸⁴.

En segundo lugar, con respecto al significado del texto amplio de la conducta típica “relativa diferencia” y “muy enorme desproporcionalidad”, en el Código Penal con frecuencia se plantean estas preguntas, que a su vez requieren de explicación por parte de los órganos de ejecución, del ejercicio de la discreción sustancial de los Fiscales y Jueces que deben aplicar el derecho en casos concretos¹⁸⁵. De acuerdo a las normas dictadas por la Fiscalía Popular Suprema en 1999, los Fiscales deben presentar cargos, cuando la diferencia sea de más de 300.000 RMB (alrededor de EE.UU. \$ 36,000 basado en enero de 1999, los tipos de cambio y de dólares EE.UU. de hoy \$ 45.000)¹⁸⁶. El importe de la diferencia requerida es necesario porque, si las autoridades interpretan el término “relativa diferencia” como una suma significativa, esto debería disminuir la probabilidad de que una persona sea enviada a la cárcel por la incapacidad de explicar una modesta suma. La redacción en el artículo 395 es aún más notable porque habla en términos de la diferencia entre el ingreso legal e ilegal, en comparación con el artículo 20 de la UNCAC, que se centra en un “aumento significativo del patrimonio de un funcionario público que no pueda ser razonablemente justificado en relación con su ingreso legal [,]”¹⁸⁷ y en el

artículo 12.7 de la UNTOC, que se centra en “exigir a un presunto delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso¹⁸⁸”. UNTOC hace hincapié en que los activos en cuestión ya están vistos como criminales y no solo como superiores a los ingresos lícitos. La UNCAC mira a un cambio no explicado en la posición financiera del funcionario, en lugar de la diferencia sin ningún tipo de encuadre o justificación, en síntesis, los tres están conduciendo a la misma preocupación: un funcionario gubernamental que ha obtenido los activos a través de canales corruptos.

En tercer lugar, con respecto a lo que se espera que haga el acusado con el fin de “explicar” las fuentes, los desafíos prácticos de preparar una defensa en el contexto del procedimiento probatorio de China se abordará más adelante en el punto III.C del presente trabajo¹⁸⁹. El Tribunal Popular Supremo ha proporcionado solo una orientación general sobre cómo el término “explicar” debe ser interpretado en la práctica, en el supuesto de que a un acusado se le dé la oportunidad de explicar¹⁹⁰. El acusado tiene más probabilidades de prevalecer inocente si el término “explicar” solo se entiende en el sentido de que el acusado debe presentar algunas pruebas (inversión de la carga de la prueba). En comparación, la definición in fine en el artículo 382 –tipo básico de corrupción– establece que la conducta “[d]el personal del Estado que se aproveche de su cargo para malversar, robar, estafar o utilizar otros medios ilegales para adquirir las propiedades del Estado constituye el delito

184 Véase, UNODC, supra nota 72, para. 296 (“El establecimiento del enriquecimiento ilícito como delito ha demostrado ser útil en un número de jurisdicciones. Se ocupa de las dificultades de la acusación cuando se tiene que probar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado en relación con sus ingresos lícitos.”) (Se reproduce la nota).

185 Belkin, supra nota 123, p. 94 (explicando que el derecho penal “frecuentemente utiliza términos vagos, como ‘circunstancias graves’, ‘circunstancias especialmente graves’ y ‘gran cantidad’, con la implícita presunción de que los términos serán definidos a través de la interpretación judicial); Véase también; Li Li, Nulla Poena Sine Lege en China: Rigidity or Flexibility?, 43 Suffolk U. L. Rev. 655, 660 (2010) (la explicación de diferentes clases de “robo” bajo la ley República Popular China, en parte, dependiendo de si el importe en cuestión es “grande” o “titánico”).

186 Véase, 最高人民法院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定, 高检发释字 [1999]2号, Set. 16, 1999, p. pt.1-9 (“巨额财产来源不明罪是指国家工作人员的财产或者支出明显超出合法收入, 差额巨大, 而本人又不能说明其来源是合法的行为。涉嫌巨额财产来源不明, 数额在 30 万元以上的, 应予立案。”).

187 UNCAC, supra nota 68, art. 20 (即公职人员的资产显著增加, 而本人无法以其合法收入作出合理解释).

188 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7 (要求由犯罪的人证明应予没收的涉嫌犯罪所得或其他财产的合法来源).

189 Véase, infra Parte III.C.

190 Véase, 最高人民法院关于印发《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的通知, (法[2003]167号) Nov. 13, 2003 (“不能说明”, 包括以下情况: (1) 行为人拒不说明财产来源; (2) 行为人无法说明财产的具体来源; (3) 行为人所说的财产来源经司法机关查证并不属实; (4) 行为人所说的财产来源因线索不具体等原因, 司法机关无法查实, 但能排除存在来源合法的可能性和合理性的”).

de corrupción”¹⁹¹. No hay ningún requisito de que el acusado deba explicar la naturaleza de sus acciones o las fuentes de los activos que ostenta. De hecho, solo hay una otra disposición en la Ley Penal –aparte de la del delito de enriquecimiento ilícito-, que exige explícitamente a la parte imputada “explicar”. El artículo 282 tipifica como delito la posesión de diversos tipos de información clasificada del gobierno cuando el acusado “se niegue a explicar sus orígenes o el uso que le dará”¹⁹².

El artículo 395, solo requiere que los funcionarios expliquen el origen de sus activos en el contexto de un proceso penal. Empero, esta exigibilidad de explicación puede estar en marcha mucho antes de cualquier investigación penal, China está haciendo hincapié en la importancia de las revelaciones de activos regulares por determinados funcionarios. En el 2010, China añadió una nueva capa a la evolución de las contramedidas contra el enriquecimiento ilícito mediante la introducción de un sistema activo de divulgación más amplio y agresivo¹⁹³. Por supuesto, los fiscales están utilizando seriamente estas medidas para establecer la procedencia o no de la acción penal, al tener completamente a su alcance la cantidad dineraria y operaciones cuestionadas. Si los funcionarios deben informar con precisión sus activos, las nuevas normas podrían dar lugar a un aumento de la “carne” de los fiscales para perseguir el enriquecimiento ilícito. Dicho esto, algunos funcionarios enriquecidos ilícitamente ya son cualquier cosa menos discretos en sus gastos¹⁹⁴. China también podrá decidir completar las nuevas normas de divulgación de los activos mediante la adición de delitos a la Ley Penal en relación con información falsa, lo que otorga a los Fiscales la opción de enjuiciar el enriquecimiento ilícito

subyacente y/o falsedades dolosas sobre las formas de divulgación de los activos¹⁹⁵.

3. Más allá del artículo 395, el PCC y la lucha contra la corrupción

Por último, en la discusión sobre la respuesta del Gobierno de China para el enriquecimiento ilícito y la corrupción de manera más general, sería una flagrante omisión pasar por alto el papel del aparato del Partido. Para las personas que no están familiarizadas con la estructura del Gobierno de la República Popular China, es difícil no exagerar la naturaleza entrelazada de la estructura formal del Gobierno y el PCC (Partido Comunista China). Como ejemplo ilustrativo, recordé hace poco de la importancia de las posiciones de los principales líderes del Partido -en comparación con la estructura formal del Gobierno- durante las conversaciones entre una delegación estadounidense y china. Los traductores eran de primera clase. Sin embargo, cada vez que la parte china decía que: “Hu Jintao, Shuji”, la traducción en inglés era “el Presidente Hu Jintao”, en lugar de la más precisa, “el Secretario Hu Jintao”. Del mismo modo, “El presidente Hu” en inglés se convertiría en “Hu Shuji” (el Secretario Hu). Los traductores dieron el simple uso de los términos en los respectivos idiomas que mejor expresan la estatura de Hu como el líder de más alto rango de China. Desde el punto de vista chino, su posición de Partido es más importante que su papel como Presidente.

Aparte de la sanción formal en el artículo 395, el enriquecimiento ilícito también es punible a través de los mecanismos disciplinarios del Partido¹⁹⁶. Por ejemplo, las Directrices del PCC para los integrantes

191 Código penal, supra nota 9, art. 382 (国家工作人员利用职务上的便利, 侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的, 是贪污罪.).

192 Código penal, supra nota 9, art. 282 (“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品, 拒不说明来源与用途的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”).

193 Véase, 陈三勇, 彭鹏, 伍永亮, 关于国家公务员财产申报制度之探讨, Junio 9, 2011, <http://www.studa.net/caiwufenxi/090611/14305845-2.html> (explicando sistema de divulgación, 工作人员财产申报制度).

194 El Código Penal incluye disposiciones sobre información falsa en los formularios de impuestos (art. 204) pero el Capítulo VIII (contiene “corrupción y soborno”) no incluye un delito separado por mentir en los formularios de divulgación de los activos. Véase, Código penal, supra nota 9.

195 Por ejemplo, El senador Ted Stevens fue declarado culpable- y posteriormente limpiado de todos los cargos- a sus fallas intencionales en las listas de regalos en los formularios de divulgación del Senado, no por la recepción efectiva de los obsequios. Véase, Neil A. Lewis, Alaska Senator is Guilty Over his Failure to Disclose Gifts, N.Y. Times, Oct. 27, 2008, <http://www.nytimes.com/2008/10/28/washington/28stevens.html?scp=1&sq=Alaska%20Senator%20Found%20Guilty%20of%20Lying%20About%20Gifts,&st=cse>.

196 中共中央关于印发《中国共产党纪律处分条例》的通知 (中发[2003] 18号).

de cuadros dirigenciales que desempeñan sus funciones oficiales, prohíbe a los miembros del Partido que se aprovechen de sus posiciones para buscar ganancias ilegítimas, además, el Reglamento de Sanciones Disciplinarias del PCC¹⁹⁷ prevé medidas para hacer cumplir la disciplina del Partido¹⁹⁸. Las reglas sobre el Informe de los cuadros dirigenciales requieren anexos de informes sobre los ingresos, viviendas, y otras inversiones, tanto respecto al miembro del Partido como de sus familiares inmediatos¹⁹⁹.

Los funcionarios del gobierno suelen ser miembros del Partido²⁰⁰. En tales casos, los funcionarios están sujetos a la Comisión Central del Partido de Control Disciplinario (CCDI), además del sistema formal de justicia penal²⁰¹.

Mediante una condena penal formal, el operador jurisdiccional está obligado a enviar a una persona a la cárcel, pero el Partido tiene una serie de mecanismos preventivos generales como la revocación de membresías a las personas que incurran en este tipo de infracciones (*shuangkai*)²⁰², así también el Partido podrá ordenar la detención del miembro para que sea interrogado en un momento y lugar designados por los miembros del Partido y llevarlo ante la autoridad correspondiente (*shuanggui*)²⁰³. Como se aprecia, los procedimientos utilizados por el CCDI son notoriamente “antigarantistas”, por lo que sería sorprendente que el proceso disciplinario del Partido reconozca la presunción de inocencia cuando el proceso penal formal no lo hace. El proceso disciplinario del PCC es

importante, no solo porque se aplica a ochenta millones de ciudadanos chinos, sino también porque pone en relieve la importancia de mirar más allá del sistema formal de justicia penal cuando se evalúa en su totalidad el ámbito de las competencias que el Estado ejerce²⁰⁴.

Después de haber expuesto el marco de la interacción y la tensión, entre la presunción de inocencia y la carga inversa de la prueba del imputado-, en el contexto de las disposiciones penales de enriquecimiento ilícito; se argumenta a continuación que el artículo 395 es compatible con las obligaciones nacionales e internacionales legales sobre las garantías procesales de China. Por otra parte, se deberá indagar si China debe utilizar este tipo de disposición, siendo la respuesta afirmativa.

III. CHINA: EL CASO PARA UN ENFOQUE DE RESPONSABILIDAD INVERSA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El debate sobre cómo cuadrar la presunción de inocencia y la responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no es un problema exclusivo de China, no obstante la situación en China es especial, debido a la magnitud del problema referido al conflicto directo entre la regulación interna de China y las obligaciones jurídicas internacionales. En esta parte, se debe mencionar el caso de la utilización de esta nueva titularidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito y

197 党员领导干部廉洁从政若干准则(全文), Feb. 24, 2010, disponible en <http://roll.sohu.com/20110406/n305400366.shtml> (describiendo 中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则).

198 中国共产党纪律处分条例, Feb. 18, 2004, disponible en http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-01/16/content_2467804.htm (describiendo 中国共产党纪律处分条例).

199 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 (explicando 关于领导干部报告个人有关事项的规定).

200 Véase, Yu, supra nota 170, at 163 (tomando nota de la superposición del Partido y las agencias gubernamentales formales del Gobierno contra la corrupción “desde que mayoría de los funcionarios del gobierno son miembros del partido”); Xiaogang Deng, Lening Zhang, & Andrea Leverentz, Official Corruption During China’s Economic Transition: Historical Patterns, Characteristics, and Government Reactions, 26 J. Contemp. Crim. Justice 72, 83 (“Casi todos los funcionarios de alto nivel deben ser miembros del partido...”).

201 Véase, 2010 White Paper, supra nota 7 (“中国共产党的纪律检查机关在掌握党员违纪线索之后, 经调查认定为违纪的, 对其作出相应的党纪处分; 其中涉嫌犯罪的, 移送司法机关处理”); Véase, generalmente Fu Hualing, The Upward and Downward Spirals in China’s Anti-Corruption Enforcement 4-10 (University of Hong Kong, Working Paper Series, 2011), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1883348> (detallando mecanismos de inspección disciplinaria del PCC).

202 Véase, Deng, et al., supra nota 200, p. 83 (descripción de las sanciones disciplinarias utilizadas por el CCDI). Para ver un ejemplo de un funcionario frente al *shuangkai*, Véase 国土资源部原副部长李元被“双开”, 财经 [CAIJING], June 9, 2011, <http://www.caijing.com.cn/2011-06-09/110741715.html>.

203 Véase, Chu Zhaoxian, Where Corrupt Officials Fear Most: Exploring a Shuanggui Investigation Facility, Abr. 28, 2011, Traducido en: <http://www.duihuahrjournal.org/>.

204 Véase, China’s Communist Party Members Exceed 80 Million, Xinhua News Agency, Junio 24, 2011, http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-06/24/c_13947698.htm.

como debe combinarse con reformas concomitantes a los procedimientos utilizados para aplicar tal disposición. Las modificaciones son necesarias para que los acusados realmente tengan una oportunidad significativa de satisfacer su carga.

En la parte A se explica cómo la inversa responsabilidad en la carga de la prueba del enriquecimiento ilícito del artículo 395 es defendible como una cuestión simple de la ley positiva²⁰⁵. La Parte B se va más allá de si China puede defender la inversa-responsabilidad en el enriquecimiento ilícito de la tipificación del artículo 395. El hecho de que un país sea capaz de conciliar sus leyes penales con otras normas legales no significa necesariamente que estas leyes sean factibles para sus problemas internos. Nuestra postura es que este revés de la titularidad de la carga de la prueba no es un método ideal debido a la fricción con las normas de derechos humanos, pero es comprensible a la luz del actual contexto social de China. No estamos en desacuerdo con la redacción del artículo 395, así como con el sistema de justicia penal utilizado para ponerlo en práctica. En esta parte se concluye, con una breve reseña del artículo 395 y el sistema de justicia penal de China en general (Parte III.C).

A. Enriquecimiento Ilícito y las obligaciones legales de China

El artículo 395, concuerda con las obligaciones legales de China, tanto nacionales como extranjeras. Alentar a los Estados Miembros a que adopten disposiciones contra el enriquecimiento ilícito, como advierte la Convención, incluye claramente la circunscripción de la conducta, existiendo como elemento objetivo del tipo “un aumento significativo en los activos de un funcionario público que él o ella no pueda explicar razonablemente en relación con sus ingresos legales”²⁰⁶. “La traducción oficial china de la

UNCAC utiliza una palabra diferente para “explicar” (解释)²⁰⁷ como se puede notar en la redacción del artículo 395 (说明), pero ambas redacciones transmiten que el demandado deba proporcionar una explicación de los activos dudosos. Del mismo modo, exhorta a los Estados miembros de la UNTOC a “requerir al presunto delincuente, que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso”²⁰⁸. La traducción oficial china de la disposición de enriquecimiento ilícito de UNTOC utiliza el verbo “Zhengming” (证明)²⁰⁹, comúnmente referido a “probar” o “certificar” por la palabra “demostrar”. Una vez más, al igual que en la UNTOC, tanto en chino como en inglés se expresan claramente que el presunto autor está obligado a articular una respuesta y no puede sentarse en silencio y esperar para evitar una condena.

Tanto la UNCAC y UNTOC califican las disposiciones sobre la llamada inversión de la carga de la prueba señalando que cada Estado deberá crear mecanismos que sean atendidos mediante su ley doméstica²¹⁰. Cualquier maniobra podría estar ocurriendo en países que estén tratando de reconciliar las disposiciones sobre la inversión de la carga de la prueba con la garantía constitucional de la presunción de inocencia u otra protección relacionada al acusado, la misma falta de tales requerimientos en la Ley de la RPC prescinde de los ejercicios legales para encajar una disposición inversa de la carga de la prueba con las normas legales domésticas²¹¹.

Si bien el artículo 395 no contraviene la legislación interna de la República Popular China, todavía hay un debate entre los tratadistas chinos en cuanto a si debería invertirse la carga de la prueba o no²¹². Ya en 1991, los defensores de la disposición inversa de responsabilidad probatoria con respecto a la tipificación de

205 Black's Law Dictionary, supra nota 19, p. 1182 (“El derecho positivo consiste en la promulgación de normas –códigos, estatutos y reglamentos- que se aplican y ejecutan en los tribunales”).

206 UNCAC, supra nota 68, art. 20.

207 La versión oficial china de la UNCAC está disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf.

208 UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

209 La versión oficial china de la UNTOC está disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50025_C.pdf

210 Véase, UNCAC, supra nota 68, art. 20; UNTOC, supra nota 68, art. 12-7.

211 Gelatt, supra nota 107, p. 298 (“En China [Código de Procedimiento Penal de 1979] no existe reconocimiento alguno a la asignación directa de la carga de la prueba, ni siquiera la “negativa” de tal asignación, como la disposición de la legislación soviética que establece que la carga no se desplazará hacia el acusado”).

212 Véase, 邓君韬, 顺应的“苛严”: “巨额财产来源不明罪”修正案草案解读, 《政治与法律》(2009) (el debate entre los estudiosos con respecto a “举证责任倒置”).

1988 –en lo referente a delitos de corrupción–, argumentaban que no se puede reemplazar la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad²¹³. Sin embargo, a pesar de varias rondas de revisiones al Código Penal desde la introducción del artículo 395, la única modificación que ha sufrido dicha norma es el aumento de los tramos de la pena privativa de libertad. El artículo 395, aparece plenamente consagrado e inmodificable en la ley china²¹⁴.

Incluso si China inesperadamente se desvía del Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011 y adopta una presunción explícita de inocencia, no habría mayor problema pues seguiría el claro ejemplo de otros países que han comunicado oficialmente a través de sus disposiciones que la presunción de inocencia no puede coexistir con la presunción de culpabilidad manifestada procesalmente con la inversión de la carga de la prueba²¹⁵. Un ejemplo claro es Francia, que incluye la presunción de inocencia en su Código de Procedimiento Penal y es parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención que también salvaguarda in fine, esta garantía procesal. Al mismo tiempo, la carga de la prueba a veces se desplaza a la parte acusada, por ejemplo, en el delito de proxenetismo “las personas que no pueden dar cuenta de los recursos que sean incompatibles con su estilo de vida, y que se relacionen con prostitutas, siendo esta relación de jerarquía laboral, serán presuntos autores del delito de proxenetismo”²¹⁶. Los Tribunales franceses han permitido la carga inversa de la prueba, “siempre que las presunciones admitan prueba en contrario, se respete la totalidad de

garantías del debido proceso, y los hechos tiendan a confirmar la probabilidad de la comisión del hecho imputado”²¹⁷.

En la actualidad, a diferencia de Francia, China tiene un argumento adicional para que se acepte –o al menos se justifique temporalmente– la inversión de la carga de la prueba en el artículo 395, este argumento es que China hasta ahora no ha ratificado el PIDCP²¹⁸. La no ratificación se debe a que China está adaptando su legislación penal y procesal penal para cumplir la cláusula de “abstenerse de realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin” del Pacto²¹⁹. Algunos traductores opinan que no hay necesidad de que China adapte sus estructuras jurídico-penales para ratificar el PIDCP, sino que bastaría que China se una a otras naciones que acepten la responsabilidad inversa de la carga de la prueba, siempre y cuando la presunción sea *iuris tantum*²²⁰. De la redacción del artículo 395 se desprende claramente la supremacía de la prueba –por parte del presunto funcionario responsable– que contradiga la presunción del enriquecimiento ilegal²²¹.

Puede haber mucho que criticar acerca de cómo se llevan las garantías procesales en un proceso penal en China, sin embargo, es difícil montar un ataque contra el artículo 395²²² sobre la base de las obligaciones jurídicas existentes de China. Desde la perspectiva de la aplicación directa de la ley actual, la inversa-responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito tiene un fundamento jurídico sólido. La pregunta más interesante sería ¿Cómo podría China hacer cumplir mejor con las garantías procesales en la carga inversa de la prueba?

213 王昌学, 非法所得罪并非有罪推定, 《法律科学》(No. 6, 1991) (“有罪推定”).

214 Véase, Código Penal, supra nota 9, art. 395 (revisiones del 2009).

215 Véase, Quintard-Morénas, supra nota 40, p. 139

216 Id. p. 140 & n.309.

217 Id. p. 140

218 China firmó el Pacto el 5 de octubre de 1998, pero aún no ha ratificado. Véase, United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, ICCPR, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en.

219 Convención de Viena, supra nota 86, art. 18

220 Véase, China Amends Laws for Ratification of ICCPR, China Daily Online, Julio 14, 2011, http://www.chinadaily.com.cn/china/2011-07/14/content_12904570.htm.

221 China podría unirse a otros países en la ratificación del PIDCP con reservas, aunque ningún país ha adoptado una reserva con respecto a la presunción de inocencia y es difícil ver cómo esa reserva de inicio no iría en contra de los límites de las reservas de la Convención de Viena. Véase, Convención de Viena, supra nota 86 art. 19(c); United Nations Treaty Collection, supra nota 218 (las declaraciones de inclusión y reservas).

222 Véase, v.g., Manfred Nowak, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, delivered to the Commission on Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/2006/6/Add.6 (Oct. 3, 2006), disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=12040.

B. Enriquecimiento ilícito y el contexto social en China

En un mundo idealizado de fuertes protecciones procesales a los presuntos responsables, el Fiscal es el que debe cargar todo el peso de probar las relaciones ilícitas. Sin embargo, la realidad de la corrupción rampante ha incursionado en este ideal. Hoy en día, el uso de la inversión de la carga de la prueba en los delitos de enriquecimiento ilícito en China tiene sentido, debido a la magnitud del problema, existiendo conexión racional entre la inesperada gran riqueza por parte de los funcionarios y los actos de corrupción.

Para que quede claro, no abogo por lanzar a un lado la presunción de inocencia con el objetivo de establecer de manera absoluta una “presunción de corrupción”, a pesar de que lo anterior ayudaría mucho a la lucha frontal contra la corrupción²²³. Sin embargo, si hay un momento para relajar el ideal de una presunción férrea dentro de parámetros limitados, hay un caso sólido para hacerlo en el contexto del enriquecimiento ilícito en China.

El uso de una carga inversa de la prueba en el enriquecimiento ilícito en China es comprensible a la luz de la magnitud del daño que este delito representa para la sociedad china. El enriquecimiento ilícito de funcionarios no es una mera amenaza hipotética, sino la cruda realidad. La escala real cuantitativa del enriquecimiento ilícito se desconoce en parte porque

el delito por su naturaleza implica relaciones subrepticias que de darse a cabo como estaba previsto se ocultan de la vista pública²²⁴. No obstante, incluso el Gobierno admite que la acumulación de las ganancias mal habidas es enorme²²⁵. Por ejemplo, según ha informado el diario dirigido por el gobierno de China, “cifras del Ministerio de Seguridad Pública, publicadas en 2008 indican que más de 800 ciudadanos chinos acusados de enriquecimiento ilegal de más de 70 millones de yuanes huyeron al extranjero y que 500 siguen en libertad”²²⁶.

Por otra parte, independientemente de la escala real, la percepción del público en China es que la adquisición de riqueza ilícita es rampante²²⁷. Un amigo americano profesor de derecho minero señaló que si fuera el presidente chino tomaría todos los BMW —por encima de la serie 3— de los empleados del Gobierno; y los vendería para invertir en la educación y el trabajo²²⁸. Este comentario medio en broma arroja la presunción de inocencia a los cuatro vientos, pero también capta la frustración que siente la gente cuando la riqueza sospechosa se deja sin investigar y, en caso de ser ilegal, en la impunidad²²⁹. Visto desde la perspectiva de que un propósito fundamental del Derecho penal es hacer frente a una conducta socialmente perjudicial, el enriquecimiento ilícito es un daño evidente a la sociedad china, por lo tanto se debe dar una respuesta severa²³⁰. Tiene gran razón el dicho social que: “los funcionarios gubernamentales miran sus bolsillos cuando están

223 Véase, supra Parte I.B.1.

224 Véase, v.g., Yong Guo, *Corruption in Transitional China: An Empirical Analysis*, 194 *The China Quarterly* 349, 250 (2008) (“Debido a la naturaleza oculta y sensible de la corrupción, es casi imposible descubrir su verdadero alcance”).

225 Véase, *Xinhua Gen. News Serv.*, supra nota 8 (citando al presidente Hu Jintao en grave situación con respecto a la corrupción); Hon S. Chan & Jie Gao, *Old Wine in New Bottles: A County-Level Case Study of Anti-Corruption Reform in the People’s Republic of China*, 49 *Crime L. Soc. Change* 97, 100-01 (2008) (informando que el número de casos relacionados con la corrupción, según los datos presentados por la Fiscalía Suprema del Pueblo “, indican que el alto riesgo de corrupción de alto nivel, se ha intensificado de hecho en los últimos años”).

226 *Beijing Goes Global in Anti-Corruption Drive*, *China Daily Online*, Julio 5, 2010, http://www.chinadaily.com.cn/opinion/2010-07/05/content_10066757.htm.

227 Véase, Minxin Pei, *Corruption Threatens China’s Future*, *Carnegie Endowment for International Peace*, Policy Brief No. 55, p. 1 (Oct. 2007) (“Las encuestas de opinión de los funcionarios públicos y ciudadanos comunes en los últimos años identifican la corrupción como una de las principales preocupaciones del público”).

228 *Reeducación por el trabajo es una sanción administrada policialmente que puede resultar en cuatro años en un campo de trabajo*. Sarah Biddulph, *Legal Reform and Administrative Detention in China* 5-10 (2007) (donde se explica los tipos de facultades de detención).

229 Para un ejemplo reciente de la indignación pública sobre presuntos actos de corrupción, después de que decenas murieron en un accidente de tren, véase *China faces public anger in train weekend aftermath*, *VOA News*, 26 de julio 2011, disponible en <http://www.voanews.com/english/news/China-Faces-Public-Anger-in-Train-Wreck-Aftermath—126171408.html> (“Muchos cuestionan también la rápida construcción de las líneas ferroviarias nacionales de alta velocidad, en un programa que ha sido manchado por acusaciones de soborno y corrupción”).

230 Véase, Dressler, *Understanding Criminal Law*, § 9.10[A], p. 112 (5ta. ed. 2009).

en el ejercicio de una función pública delegada por el Estado²²³¹.

Dicho esto, es demasiado simplista decir que las garantías procesales para el presunto autor deben ser disminuidas solo porque el daño social es grande²³². El uso de una responsabilidad inversa de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito regulado en China, es más defendible cuando hay una relación racional entre los activos desproporcionados y los negocios incompatibles²³³. La fuente ilícita más común para los funcionarios es el participar en actos de corrupción como la colusión, el cohecho y la malversación de caudales públicos²³⁴.

El argumento de conexión racional en la inversión de la carga de la prueba se contradice con la preocupación de que el funcionario inocente no pueda ocuparse de su propia carga de la prueba, dado que no tiene las mismas facultades administrativas-investigadoras que un Fiscal para la obtención de datos o la comparecencia de testigos. Lo anterior se complementaría con la preocupación de los casos en los que exista una diferencia “no muy notable” entre los ingresos ilícitos y los lícitos del funcionario, lo cual dejaría a la discrecionalidad del Fiscal el denunciar o no. La Fiscalía Popular Suprema, para solucionar este problema, ha interpretado el elemento normativo del tipo penal del artículo 395 “relativa diferencia”, en una

cantidad de 300.000 RMB²³⁵. Para la persona promedio con un salario del Gobierno, sería sorprendente poseer el equivalente a decenas de miles de dólares estadounidenses²³⁶. Por el contrario, si el dinero en cuestión es mera bagatela, es más fácil demostrar documentalmente la diferencia para lograr el archivo de la investigación prejudicial.

Volviendo a la discusión en la parte I.B infra con respecto a la manera de asignar las cargas en los casos penales, no es lógico decir que los activos que están muy por encima del ingreso oficial sean necesariamente productos de actos de corrupción, pues los funcionarios pueden ejercer otras actividades como la cátedra universitaria o la participación en negocios que no colisionen con su competencia funcional. El acusado enfrenta a una inferencia adversa permisiva, por lo que es probable que se sienta presionado para responder documentalmente con información que disminuya la fuerza de la inferencia. En un paralelo, la posesión de la riqueza más allá del ingreso lícito debe dar lugar no solo a una inferencia, sino también a la presunción de que la riqueza es ilícita como exige claramente la naturaleza del tipo. En la medida que el sistema de justicia penal se concentra no solo en los resultados típicos, sino también en que estos vayan contra el orden jurídico; y puedan reprocharse a uno o varios autores (es decir, que las

231 Una investigación de los funcionarios a cargo de los ferrocarriles pone de relieve la amenaza que representa la corrupción para la seguridad pública. Desde marzo de 2011 informes de que funcionarios de ferrocarriles malversaron 187 millones de renminbi (moneda china), aproximadamente \$ 28,5 millones americanos, recibió una atención aún mayor después de que una colisión a alta velocidad mató a decenas de personas en julio de 2011. Véase David Barboza & Sharon LaFraniere, *Crash Raises Questions on China's Push to Build High-Speed Passenger Rail Lines*, N.Y. Times, Julio 26, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/07/27/world/asia/27china.html?pagewanted=all>; Jonathan Shieber, *New Revelations in China's Railway Corruption Scandal*, Wall Street J., China Real Time Report, Mar. 23, 2011, <http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2011/03/23/new-revelations-in-chinas-railway-corruption-scandal/>.

232 Cf. Ashworth, , supra nota 12, p. 97 (advertencia de que la presunción de inocencia “está siendo socavada por los imperativos alegados de la gobernanza en la sociedad del riesgo”).

233 Cf. Peter W. Schroth, *Corruption and Accountability of the Civil Service in the United States*, 54 Am. J. Comp. L. 553, 576 & n.138 (2006) (afirmando que la corrupción pura y simple de los funcionarios estadounidenses “no es un tema muy interesante” debido a la relativamente limpia fuerza moderna de la función pública).

234 Cf. Transparency International, *Corruptions Perceptions Index 2010*, disponible en http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results (la clasificación de países sobre la base de la percepción de corrupción con el ranking tiene a Estados Unidos en el puesto 78 y a China en el 22).

235 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña. Una revisión de las veinte más recientes condenas en el artículo 395, sobre la base de datos China Law Info mostró que la menor cantidad de ingresos no sustentados tenía como una cantidad mínima los 540.000 Renminbi y la mayor cantidad era de 33.640.000 RMB.

236 Los salarios de oficiales varía según la categoría y ubicación geográfica, pero palidecen en comparación con los 300.000 RMB. Véase Richard McGregor, *The Party: The Secret World of China's Communist Rulers* 140 (2010) (“Aun teniendo en cuenta las ventajas, tales como la vivienda, los automóviles y los beneficios de pensión de por vida, los salarios formales de efectivo incluso altos funcionarios son miserables e invariablemente incrementados por el ingreso ilícito”); 国家公务员级别和工资标准, Set. 5, 2009, disponible en http://blog.sina.com.cn/s/blog_664c519f0100m8ao.html (criterios para la inclusión de sueldos en los diferentes niveles funcionariales).

personas declaradas culpables de enriquecimiento ilícito sean realmente culpables), es necesaria también la equidad procesal, siendo importante tener en cuenta la facilidad con que los presuntos autores puedan ser capaces de responder con las pruebas de descargo para superar la inferencia o presunción.

Usemos un ejemplo extremo, supongamos que un cadáver es encontrado en el río y una persona es imputada por asesinato. Decirle a la parte imputada que se presume culpable hasta que se presenten pruebas para refutar esa presunción, lo pondría en una posición desfavorable de tener que probar un hecho negativo. Esto puede ser sencillo, si un imputado inocente tiene una coartada sólida o una evidencia que pueda dar con la identificación del verdadero asesino, pero podría ser muy problemático si este se encontraba en el lugar y momento de la muerte, o no existiera evidencia alguna del verdadero autor²³⁷. El imputado estaría en una posición aún peor si, como en el caso de Zhao Zuohai, el imputado fuese visto discutiendo con la víctima, o cuando muchas personas certifiquen el grado de enemistad de este con la víctima. En el caso de Zhao fue declarado culpable de asesinato en China, incluso sin una disposición de responsabilidad inversa de la carga de la prueba expresa en el tipo, luego fue declarado inocente una década más tarde; cuando se encontraron evidencias del verdadero asesino²³⁸.

En el enriquecimiento ilícito, a comparación de nuestro ejemplo anterior, la carga de la prueba de la parte imputada no enmarca tanta complejidad: no se necesita probar un hecho negativo, más bien, se debe explicar la forma en se entró en posesión de los bienes cuestionados. Una inversa responsabilidad probatoria en el enriquecimiento ilícito puede presentar una trampa para las personas que son propensas a la falta de memoria y el registro impreciso, pero no es

excesivamente incómodo el esperar que los funcionarios cuestionados realicen un propio seguimiento patrimonial, para explicar cómo importantes sumas de dinero llegan a sus manos, especialmente cuando la redacción del artículo 395 se encuentra vigente desde el año 1997. Exigir una explicación a la parte imputada en este escenario no es afectar el sentido de la justicia, de la misma forma que en el ejemplo del asesinato lo que se hace es la protección de bienes jurídicos²³⁹.

Más allá del argumento de que existe una conexión racional entre la riqueza inexplicable y las prácticas de corrupción, la disminución de las preocupaciones tanto de las posibilidades de que hechos que estén dentro de lo jurídicamente permisible sean calificados como delitos y la disminución de la presunción de inocencia, por mirar al acusado como un presunto culpable y darle la titularidad de la carga de la prueba. Es importante mencionar que no existirá mejor ente persecutor para justificar la licitud de los activos de un funcionario en cuestión, que él mismo²⁴⁰.

Es relativamente difícil para un Fiscal realizar un seguimiento de las finanzas personales del imputado, sobre todo cuando el acusado ha oscurecido las fuentes de sus activos. China está tomando medidas para aumentar la transparencia de las finanzas de los funcionarios²⁴¹. Medidas complementarias del Partido Comunista Chino, tomadas en los últimos años incluyen: “la exigencia del nombre real –del funcionario– en las cuentas financieras”, lo que prohibiría los actos jurídicos bancarios de interpósita persona, de esta manera se facilitarían los esfuerzos para encontrar activos específicos en el patrimonio de los funcionarios²⁴². Sería muy extraño que un funcionario culpable de forma honesta informe abiertamente sus ingresos ilegales como parte de las revelaciones de activos regulares, pero las irregularidades o entradas

237 Véase, Tini Tran, *Man Who Spent 11 Years in China Jail After Being Tortured Into False Confession Given \$96,000*, Assoc. Press, Mayo 13, 2010, <http://news.guelphmercury.com/article/631953>; 还原赵作海冤案形成过程: 乡村道德 审判成推手, 中国新闻周刊 [China News Weekly], Junio 3, 2010, <http://news.sina.com.cn/sd/2010-06-03/111520403624.shtml>.

238 赵作海获65万国家赔偿款: 拿钱的时候我可没鞠躬, 中国网 [China.Com.Cn], Mayo 17, 2010, http://www.china.com.cn/news/local/2010-05/17/content_20055952.htm (presentación de informes sobre la compensación recibida por Zhao después de la condena por asesinato que fuese anulada).

239 Cf. Mirjan Damaška, *The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 365, 381 (2011) (mirando a las salidas de los tribunales penales internacionales de los requisitos de los ensayos nacionales y pidiendo “si van más allá de los requisitos mínimos de exigencias internacionalmente reconocidas sobre juicios justos”).

240 Para una discusión diametralmente diferente, Véase Ashford & Risinger, *supra* nota 65, p. 180.

241 Véase, *supra* nota 193 y lo siguiente del texto.

242 Yu, *supra* nota 170, p. 173

sospechosas en los formularios de declaración podrían alertar a las autoridades a continuar con la investigación. La aplicación de la ley de blanqueo de dinero de 2006, puede mejorar el tema de la identificación y el procesamiento de las transacciones que se oscurecen –disfrazan– como fuentes ilegales de riqueza²⁴³. Con el tiempo, el empuje de China para los requisitos de información de activos podría disminuir la comodidad comparativa de los acusados que producen la información contra el Gobierno. En la actualidad, sin embargo, la preocupación de que los funcionarios corruptos efectivamente puedan ocultar las fuentes de su riqueza parece fundada.

Además de otros argumentos políticos a favor de la presunción de inocencia y en contra de la inversión de la carga de la prueba impuesta en el enriquecimiento ilícito, podría decirse que las garantías procesales materia de análisis se aplican con menos fuerza en China que en otros países. En primer lugar, el mantenimiento de una presunción de inocencia demostraría de relieve la importancia más allá del interés individual de la parte acusada de que se “debe mantener la confianza del público en la integridad y seguridad del ordenamiento jurídico”²⁴⁴. A la luz de las circunstancias actuales de China, en contra de la opinión de que una fuerte presunción de inocencia es necesaria para mantener la confianza pública en el ordenamiento jurídico, la confianza del público en realidad podría ser satisfecha por el debilitamiento de la presunción en los casos de presunto enriquecimiento ilícito. En un sistema donde existe la preocupación a voces de que los ricos y políticamente bien conectados se escapan del castigo penal, la confianza del público en el sistema legal podría desintegrarse si los casos fracasan

porque los Fiscales no pueden probar que los bienes fueron adquiridos a través de canales ilegales²⁴⁵. La conexión entre el artículo 395 y la confianza en el Gobierno es particularmente evidente, porque el artículo 395 está expresamente dirigido a personas que trabajan para el Gobierno²⁴⁶, enviando así un mensaje directo a la opinión pública: que el Gobierno está tomando en serio el enriquecimiento ilícito de sus propios empleados.

Una preocupación que secunda a la anterior en el contexto chino es que los líderes del nuevo orden puedan utilizar esta disposición para consolidar el poder encarcelando a los antiguos gobernantes²⁴⁷. El Partido Comunista Chino ha mantenido el Gobierno ininterrumpido durante más de sesenta años. A pesar de informes de algunos desacuerdos entre los líderes, la cara pública del Partido comunica una transición ordenada y periódica, como se ve en la entrega del poder de los líderes de la tercera generación, de la cuarta generación de la década de 2000²⁴⁸ y como se está llevando a cabo, con los líderes de la quinta generación. Es cierto que, a pesar de seguir un régimen partidario, el artículo 395 podría ser utilizado para atacar a los funcionarios que han caído en desgracia dentro del Partido²⁴⁹. Las rivalidades políticas se han acreditado como un factor en la remoción de funcionarios de alto rango por actos de corrupción. Es difícil, si no imposible, descubrir si los vientos políticos influyen en los procesamientos. Sin embargo, en base a los informes públicos disponibles, no hay ninguna indicación de que el artículo 395, esté siendo utilizado por funcionarios de alto rango como una espada legal contra sus rivales políticos²⁵⁰.

243 Véase, China Adopts Anti-Money Laundering Law, China Daily Online, Oct. 31, 2011, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/2006-10/31/content_721316.htm (“La ley demanda a instituciones financieras y a algunas no financieras a mantener un registro de los clientes y de sus operaciones, además de reportar las transacciones grandes y sospechosas”).

244 Kofele-Kale, supra 12, p. 920 (citando a Wigmore, Evidence § 2511, p. 407 (3ra. ed. 1940)).

245 Véase, Margaret K. Lewis, Leniency and Severity in China’s Death Penalty Debate, 24 Colum. J. Asian L. (próximamente 2011) (la discusión pública se centra en los derechos procesales disminuidos a la parte imputada).

246 Véase, Criminal Law, supra nota 9, art. 395 (aplicado a “国家工作人员”).

247 Cf. Okechukwu Oko, Subverting the Scourge of Corruption in Nigeria: A Reform Prospectus, 34 N.Y.U. J. INT’L L. & Pol. 397, 432 (2002) (“Órganos ad hoc, principalmente en forma de Comisiones y Tribunales de la investigación, han sido convocados por los regímenes militares entrantes para investigar las denuncias de corrupción y abuso de poder por la administración anterior”).

248 Véase, Patrick Chovanec, Primer on China’s Leadership Transition, Mayo 8, 2011, <http://chovanec.wordpress.com/2011/05/08/primer-on-chinas-leadership-transition>.

249 Véase, v.g., Richard Spencer, Party Boss Sacked After Shanghai Corruption Inquiry, The Telegraph, Set. 6, 2006, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/1529867/Party-boss-sacked-after-Shanghai-corruption-inquiry.html> (“Aunque la corrupción volvió a ser el motivo indicado, se creía que la víctima se había prestado para desafiar al entonces Presidente, Jiang Zemin, quien estaba tratando de consolidar su liderazgo en ese momento”).

250 Sobre la base de una búsqueda de casos en la base de datos China Law Info, se reveló que el noventa y ocho por ciento de casos, están relacionados con el artículo 395.

A modo de comparación, en Taiwán, los funcionarios de más alto rango de ambos Partidos se han enfrentado a través de imputaciones penales, unos afirmaban que los funcionarios del Partido rival usaban sus posiciones políticas para obtener beneficios personales. El Presidente Ma Ying-jeou fue absuelto de los cargos después de que las alegaciones resultaron carente de mérito. En comparación, el ex Presidente Chen Shui-bian y varios miembros de su familia fueron declarados culpables de numerosos cargos relacionados con la corrupción de su gobierno²⁵¹. El Presidente Ma está recientemente bajo el fuego de la acusación efectuada por ex Presidente Lee Teng-hui, por malversación de fondos²⁵².

Otra base para el conflictivo artículo 395, tiene sus raíces en la preocupación de que las obligaciones de divulgación de los activos e investigaciones sobre enriquecimiento ilícito potencial podrían infringir los derechos a la privacidad. Esta preocupación no tiene tanto asidero en China, esta preocupación solo se podría dar en países donde la privacidad es celosamente custodiada por la ley²⁵³.

A modo de ejemplo, no hay ningún requisito para que la Policía de China pueda obtener una orden judicial emitida para llevar a cabo una búsqueda financiera, sino que los únicos límites de tal búsqueda son los procedimientos internos de la Policía²⁵⁴. De esta forma se obliga a los funcionarios a revelar los bienes personales que poseen, parece menos sorprendente cuando se ve en este contexto. Dejando de lado los argumentos normativos de que China debe mejorar la protección de la intimidad personal, hay pocas

razones para que los ciudadanos chinos -por no hablar de los empleados del Gobierno-, deban esperar que el Gobierno no pueda exigir el acceso a sus finanzas personales²⁵⁵. La Constitución de la República Popular China estipula que los ciudadanos tienen el derecho al “secreto de la correspondencia”, este derecho es protegido por otras normas de menor jerarquía, pero añade una excepción importante para cuando es necesario “atender las necesidades de seguridad del Estado, de la investigación penal y la seguridad pública o de los requerimientos fiscales fundados...”²⁵⁶. Si China ratifica el PIDCP, la disposición que este contiene de que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o su correspondencia”, podría estimular un mayor debate interno sobre el derecho a la privacidad²⁵⁷. Sin embargo, no solo es el alcance de la calificación “arbitraria e ilegal”²⁵⁸, sino que también es determinante el tremendo poder de la Secretaría de Seguridad Pública en las escasas disposiciones legales de restricciones a los registros y confiscaciones.

Al explicar lo atractiva que puede ser la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, se debe resaltar la atención jurídica dada a la situación actual de China, teniéndose un claro reconocimiento de los rendimientos decrecientes marginales que vienen con los mecanismos de control de la corrupción. El hecho de que la adquisición de riqueza ilícita sea una gran preocupación no significa que China deba lanzar un número ilimitado de recursos legales en el cumplimiento del artículo 395. Una crítica fundamental al Gobierno, en la implementación de los controles anticorrupción, es que son un

251 Véase, Shelley Huang, Chen Shui-bian Gets Life, Taipei Times, Set. 12, 2009, disponible en <http://www.taipeitimes.com/News/front/archives/2009/09/12/2003453376>; véase también Xing Shi Su Song Fa [Código de Procedimiento Penal] art. 154 (Taiwan) (“Antes de una condena definitiva por medio de juicio, el acusado se presume que es inocente”. (traducción de la autora)).

252 Edward Wong, Ex-President of Taiwan is Charged with Graft, N.Y. Times, Junio 30, 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/07/01/world/asia/01taiwan.html?_r=2.

253 Véase, Richard Messick, Income and Assets Declarations: Issues to Consider in Developing a Disclosure Regime, U4 Anti-Corruption Resource Centre, Ur Issue 2009:6 p. 8 (“El inconveniente más importante de divulgación de información financiera no es ni el costo administrativo ni su impacto en la contratación de funcionarios públicos. Más bien es la invasión de la privacidad que da como resultado una intromisión de esta naturaleza”).

254 Véase, CPL, supra nota 109, art.43; véase también, Borrador del 2011 del CPL, supra nota 13, art. 49.

255 La falta de protección contra registros e incautaciones gubernamentales está en contraste con los complejos debates en los Estados Unidos de América sobre el alcance de la Cuarta Enmienda. Véase, e.g., Lloyd L. Weinreb, Generalities of the Fourth Amendment, 42 U. Chi. L. Rev. 47, 47 (1974) (“A propósito [de la Cuarta Enmienda] se manifiesta que las búsquedas del Gobierno que invaden la privacidad individual, no son “razonables” salvo que se trate de situaciones de gran envergadura para el interés público”).

256 Xianfa (中华人民共和国宪法) art. 40 (1982) (China).

257 PIDCP, supra nota 17, art. 17(1).

258 Human Rights Manual, supra nota 20, p. 227 (“El derecho internacional de derechos humanos no proporciona normas detalladas sobre la legalidad de búsquedas...”).

vehículo defectuoso de la lucha contra la corrupción²⁵⁹. Disposiciones para el control del enriquecimiento ilícito podrían dejar de frenar la adquisición ilegal de la riqueza y, peor aún, llevarían a personas inocentes a ser condenadas porque simplemente no son capaces de documentar adecuadamente las fuentes de su patrimonio. Normas de divulgación de activos y otros dispositivos destinados a erradicar las ganancias ilícitas también, invariablemente, añaden capas de burocracia en el proceso, como las auditorías y otras formas de análisis de reportes. Las reglas son más gravosas para las personas que deben dedicar tiempo y energía a cumplir con los requisitos de divulgación.

En resumen, la corrupción controla los costos de los puntos de rendimiento marginal decreciente con que se cuenta, en la medida en que las normas de divulgación de los activos son vistos como una herramienta profiláctica para prevenir la corrupción, entonces puede ser rentable a la luz del costo-beneficio²⁶⁰. Sin embargo, si las reglas son tan onerosas como para crear un pantano de burocracia y, potencialmente, hasta disuadir a los candidatos honestos a iniciar una carrera en la administración pública, entonces la rentabilidad se hace más sospechosa. Estas preocupaciones no deben ser consideradas cuando se calibra adecuadamente el uso de los mecanismos anticorrupción en los procesos de enriquecimiento ilícito. Aunque más allá del alcance de este artículo, un animado debate continúa entre los eruditos y los profesionales respecto a la eficacia de los mecanismos de lucha contra la corrupción y el nivel óptimo de vigilancia.

Por ejemplo, un punto de discusión es la posibilidad de que otras jurisdicciones puedan emular la Comisión Independiente de Hong Kong contra la Corrupción, la que es frecuentemente calificada como un excelente ejemplo de cómo los Gobiernos pueden utilizar un organismo de control para reducir sensiblemente la corrupción²⁶¹.

Incluso con una relajada carga sobre el Gobierno, el artículo 395 está lejos de ser una panacea para los problemas de China referidos a la corrupción. El Fiscal todavía tiene que identificar que el funcionario esté en posesión de la riqueza excesiva. El Tribunal también debe tener acceso a la parte imputada, mediante los requerimientos de extradición o algún otro tipo de procedimiento de repatriación en caso de que el funcionario haya huido al extranjero²⁶². No se plantea en este punto la interrogante de encontrar y repatriar los activos ilegales generados en otra jurisdicción a través de empresas off-shore²⁶³. Estas barreras prácticas, a la luz de las actuales normas legales de China y la corrupción rampante, hacen que la inversión de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito sea una herramienta lógica y atractiva para hacer cumplir la ley. Dicho esto, la redacción del artículo 395 no requiere de una reforma radical ni de un sistema de justicia penal distinto para ponerlo en práctica.

C. Modificación del Enfoque de China para el Enriquecimiento Ilícito

En el caso de China, donde existe una inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito, la disposición viene con varias

259 Véase, Frank Anechiarico & James Jacobs, *The Pursuit Of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective XII* (1996) (“No se debe suponer, como a menudo ha sido, que toda la corrupción controla más o incluso sobrepasa la eficiencia y la eficacia del Gobierno, o que tales medidas realmente reducen fácilmente la corrupción”).

260 Por ejemplo, la razón primaria para valorar la revelación de los sistemas en los Estados Unidos de América es profiláctico. Véase, U.S. Office of Government Ethics, *Public Financial Disclosure: A Reviewer’s Reference*, p. 1-1 (2da. ed. 2004) (“Aunque un informe de divulgación de información financiera a veces revela una violación de la ley o el reglamento, el objetivo principal de la divulgación es ayudar a las agencias a identificar los posibles conflictos de intereses entre las funciones oficiales de un archivero y sus intereses privados y financieros”).

261 Véase, Raj Kumar, *Human Rights Approaches of Corruption Control Mechanisms—Enhancing the Hong Kong Experience of Corruption Prevention Strategies*, 5 *San Diego Int’l L.J.* 323, 325 (2004) (“De hecho, Hong Kong [ICAC] se percibe en todo el mundo como un modelo efectivo de cómo un marco institucional puede luchar contra la corrupción con éxito”).

262 Un ejemplo notorio de un ciudadano chino que huye al extranjero para evitar los cargos relacionados con la corrupción es el de Lai Changxing, quien huyó a Canadá en 1999. Véase, Rod Mickleburgh, *Rare Jail Access Offered in Case of Chinese Fugitive*, *Globe and Mail*, Mar. 16, 2011. Aunque no es un funcionario del Gobierno mismo, Lai supuestamente realizaba su actividad lucrativa, sobornando a los funcionarios locales. Véase, Deng, et al., supra nota 200, P. 78. acaba de regresar a China de Canadá, Lai. *Lai Changxing’s Deportation is Upheld in Canada*, *Assoc. Press*, July 21, 2011, disponible en <http://www.nytimes.com/2011/07/22/world/americas/22canada.html>; *Top suspect in China’s biggest smuggling case repatriated from Canada*, *Xinhua News Agency*, Julio 23, 2011, http://news.xinhuanet.com/english2010/china/2011-07/23/c_131004091.htm.

263 Véase, Lewis, supra nota 4 (presentación de informes sobre Banco de la República Popular de China se filtraron informes sobre los funcionarios corruptos que movieron dinero al extranjero).

advertencias. El requisito de que el acusado deba explicar las fuentes de sus activos es menos problemático que el hecho de no aclarar lo que el acusado debe hacer para cumplir con esta carga y la falta de un proceso de juicio justo que permita al acusado montar una defensa sólida. Con el fin de que los imputados tengan una oportunidad significativa para cumplir con su carga, sería importante hacer revisiones tanto al artículo 395 per se y, en una escala más amplia, al sistema de justicia penal. El artículo 395 es más fácil de defender cuando se ve como una disposición penal discreta destinada a un problema social acuciante. A medida que exploremos hacia atrás y coloquemos el artículo 395 en el contexto más amplio del sistema de justicia penal de China, su aplicación se verá cada vez más preocupante. Podría decirse que es una disposición de inversión de la carga de la prueba clara, junto con una capacidad significativa para satisfacer sus necesidades de manera más factible que la disposición de directa responsabilidad de la carga de la prueba –a cargo del Fiscal–, junto con el fracaso actual de China de no dotar de fuerza las normas de procedimiento que cumplen el rol del principio de igualdad de armas en el proceso de adjudicación²⁶⁴. Por lo menos en el escenario descrito el imputado conoce la tarea por delante y en consecuencia puede tratar de responder.

En cuanto a la redacción del artículo 395, el uso de palabras vagas como “relativa diferencia” y “enorme desproporcionalidad” da mucha discreción sustancial a los Fiscales y Jueces en el juicio de subsunción de la conducta en el tipo. Del mismo modo, el término “ingreso ilegal” carece de especificidad²⁶⁵. Por otra parte, el artículo 395 claramente pone una carga para el imputado de explicar, pero el Código Penal no aclara qué es exactamente lo que un imputado debe hacer para cumplir con esta carga (es decir, la explicación debe ser muy creíble, meramente posible. ¿Qué norma estipula como cumplir con la carga de la prueba?).

Esta falta de claridad, en el artículo 395, puede entenderse como una vulneración al principio de legalidad en su fase de taxatividad de la norma penal. El artículo 395 es un tanto inusual –en la mayoría de delitos la carga de la prueba le pertenece a la Fiscalía– pues se le requerirá al imputado que explique sus finanzas o de otra manera será tomado como culpable. La regla general para que se forme la convicción de los operadores jurídicos, depende de que haya prueba suficiente y bien cada operador jurídico tendrá una visión de la suficiencia o falta de prueba en los casos concretos, en este mismo orden de ideas el requisito establecido en el artículo 395, que el funcionario debe “explicar” el origen de los ingresos, debe ir acompañado de circulares fiscales y judiciales para hallar un punto común de criterios de imputación.

China ha dado los primeros pasos para solucionar este problema. Sin embargo, pese a los esfuerzos iniciales en las Reglas de la Prueba de 2010 y el Proyecto del Código de Procedimiento Penal de 2011²⁶⁶ para especificar los estándares probatorios para los casos penales, las estadísticas han comprobado que la carga de casos del Fiscal en este tipo de delitos sigue siendo abundante. Ello porque, al no aplicarse o aplicarse incorrectamente tales disposiciones, para el Fiscal es más fácil denunciar, que archivar un delito; pues archivando corre el riesgo de ser sometido a una investigación por los órganos de control²⁶⁷. El significado de “más allá de toda duda razonable”, por la cual el ente persecutor del delito está legalmente obligada a superar la presunción de inocencia que rodea a todo imputado, en los Estados Unidos y otros países, es en realidad difícil de articular. La frase anteriormente mencionada es una directiva más estricta para el órgano juzgador que para el persecutor, su uso durante las deliberaciones es muy difícil y solamente resultará en algunas instrucciones que tengan la naturaleza de “complejas” –por el tipo de delito y el número de autores–²⁶⁸. Aún con sus defectos, más allá de un estándar de toda duda razonable, con el artículo 395

264 Véase Peerenboom, nota supra 119, p. 844-49 (describiendo el “rocoso camino a un sistema adversarial” de China); véase generalmente Mike McConville, *Criminal Justice in China: An empirical inquiry* (2011) (presentando una visión detallada de la justicia criminal en China y la brecha entre teoría y práctica).

265 Véase, supra nota 185-188 y el texto que lo acompaña.

266 Véase, supra nota 133-137 y el texto que lo acompaña.

267 Véase, generalmente John J. Capowski, *China’s Evidentiary and Procedural Reforms, the Federal Rules of Evidence, and the Harmonization of Civil and Common Law*, *Tex. Int’l L.J.* (próximo 2012) (borrador en el archivo de la autora) (análisis de las disposiciones de China Proyecto Ley de Evidencia de la Corte Popular).

268 Véase, generalmente Jon Newman, *Beyond a Reasonable Doubt*, 68 *N.Y.U. L. Rev.* 979 (1993); Sol Wachtler, *Do Juries See Beyond a Reasonable Doubt? A View From the Bench in Beyond a reasonable doubt 3* (Larry King ed.) (ensayo de un Juez que describe desafíos que enfrentan los jueces que tratan de definir la expresión de los jurados).

se hace hincapié que no se está frente a una norma penal clara. Sin una presunción explícita de la inocencia y la articulación de una norma exigente de la prueba, queda la molesta pregunta: ¿El Fiscal necesita hacer muy poco para probar su tesis inculpativa contra el imputado? Este problema persistirá incluso si China va tomando las medidas necesarias para caracterizar con mayor precisión las cargas legales, porque en realidad la internalización de la presunción de inocencia en la práctica diaria es un proceso largo y difícil. Como una indicación anecdótica de diferentes puntos de vista de la presunción de inocencia, un Juez estadounidense me habló de cuando un funcionario del gobierno chino que trabajó en temas de justicia penal visitó su Sala de Audiencias. En la Audiencia participaron varios miembros de una pandilla que fueron acusados de un asesinato macabro ante una evidencia irrefutable y una teoría del caso sólida. Cuando el Juez preguntó al visitante chino la impresión que tuvo sobre la audiencia, el visitante respondió: “Estoy impresionado por la seriedad con que se toma la presunción de inocencia”.

Revisando la tasa de condenas en casi un cien por ciento de casos, los observadores internacionales hacen hincapié en que la parte imputada en China de hoy, tiene pocas esperanzas de obtener un veredicto de inocencia. Esto es sin duda en parte, debido a la falta de una norma que circunscriba claramente la conducta ilícita para la condena y a la falta de un compromiso arraigado de salvaguardar la presunción de inocencia. Quince años después de la aplicación del Código de Procedimiento Penal, existe un aspecto muy particular, el que los testigos rara vez aparecen en los Tribunales y los juicios son por lo general más acerca de abogar por una sentencia indulgente que de impugnar los méritos de los cargos con argumentos serios²⁶⁹. Sobre el Proyecto 2011, es loable destacar la importancia de los testigos y la potestad dada a los Tribunales para castigar –administrativa y penalmente– a los testigos que no comparezcan²⁷⁰. Lo que queda por ver es como los Tribunales invocan este poder en la práctica de los juicios y como este poder va a

influir en la verdad material como objetivo del proceso penal. Debido a que el proyecto no va tan lejos como para incluir el derecho a la igualdad de armas, el Tribunal tendrá la potestad de aceptar o no una declaración testimonial y si media en el caso el careo de los testigos²⁷¹. Como se discutió en la Parte IV, los abogados que tratan de invocar los derechos procesales de su cliente se encontraran con las manos atadas y el Proyecto de 2011 deja mucho que desear en lo que respecta a fomentar el acceso a una defensa técnica más sólida. Al examinar el proyecto, el abogado defensor Zhang Peihong llama una reflexión e irónicamente se pregunta: “¿Los abogados? ¿Dónde están los abogados?”²⁷².

Aunque se perciba que un país no quiera poner el listón tan alto como para frustrar el enjuiciamiento efectivo de los culpables imputados, el riesgo de poner el listón tan bajo, como para que imputados auténticamente inocentes sean fácilmente encontrados culpables. Incluso si el desplazamiento la carga de la prueba no de lugar a la condena de imputados realmente inocentes, esto podría requerir que los acusados construyan sus casos de una manera que ofenda las nociones de justicia procedimental. Al evaluar el artículo 395, se debe estar consciente de su efecto costo–beneficio. Es importante mencionar que preventivo generalmente el bajar la barrera con respecto a la carga probatoria para el Gobierno y elevar el nivel con respecto a la carga que pesa sobre el imputado ha producido resultados positivos en la lucha contra la corrupción en China.

Reconocemos los méritos de un enfoque inverso de responsabilidad en la carga de la prueba, en el enriquecimiento ilícito como una herramienta para combatir la corrupción, pero lo hacemos “de mala gana” por temor a que en un futuro se abran puertas de responsabilidad inversa en varios tipos penales del Código Penal. Estas preocupaciones no son exclusivas de China. Si un país decide exigir que el imputado deba aportar pruebas a la mesa, ¿cómo puede disminuir la preocupación por la injusticia de la parte

269 Véase, Belkin, *supra* nota 123, p- 105 (“Este procedimiento de juicio “se parece más a una alocución prolongada de guilty plea en un procedimiento penal estadounidense que un Juicio que pone a prueba los hechos controvertidos o las explicaciones impugnativas de la evidencia”).

270 Véase, Borrador 2011 CPL, *supra* nota 13, arts. 186-87

271 Véase, Jerome A. Cohen & Yu Han, *China’s Struggle for Criminal Justice*, Set. 27, 2011, <http://www.usasialaw.org/?p=5928>.

272 Véase, Zhang, *supra* nota 148 (“律师哪? 律师在那里?”).

imputada que se presenta en un juicio pensando que lo salvaguarda la presunción de inocencia?

IV. INTERACCIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y OTROS DERECHOS

Si, como se argumentó en la Parte III, hay fuertes razones políticas para exigir que el imputado deba explicar el origen de los bienes en los casos de enriquecimiento ilícito, al menos en China, pueden darse reformas complementarias que disminuyan las preocupaciones sobre la injusticia que pesa sobre la doble responsabilidad de un imputado? Al analizar esta cuestión, proponemos que cualquier suspensión parcial o total de la presunción de inocencia, deba ser analizada en el contexto de su relación con otros derechos fundamentales de procedimiento, en particular el derecho al silencio y el derecho a un abogado (Parte IV). Sugerimos que se debería imponer métodos como el “test de proporcionalidad” si se desea diluir la presunción de inocencia, pero advertimos que este enfoque plantea desafíos especiales en el contexto de China (Parte IV B).

A. La interconexión de los derechos procesales

En primer lugar, en relación al derecho al silencio²⁷³, como la presunción de inocencia se ve disminuida por una presunción de culpabilidad, el derecho al silencio va a ser también disminuido por la presunción anteriormente descrita. La presunción de inocencia en su forma más básica requiere que el órgano persecutor para construir una teoría del caso contra el imputado utilice la Fact-Finder. El imputado está obligado a no decir nada si este lo cree conveniente en su estrategia de defensa. Sin embargo, en realidad, los Fiscales, especialmente si están frente a un caso mediático consideran que están haciendo un buen trabajo cuando presentan cargos con argumentos aparentes, y sostienen contra los imputados que el silencio no sería más que una aceptación tácita de los cargos a la luz de la opinión pública. Esto cambia en un caso no mediático, el silencio es una decisión estratégica que el acusado hace para mejorar sus posibilidades de absolución, pero este silencio es idóneo cuando es la otra parte, la que debe mover la carga de la prueba. Por lo tanto, en un contexto donde el imputado está

obligado a mover la carga de la prueba el silencio es prácticamente una condena segura.

Cuando se carga inversamente la titularidad de la carga de la prueba, como sucede en el enriquecimiento ilícito, el imputado no puede permanecer en silencio. ¿Cómo se puede “explicar” las fuentes de los activos, mientras se permanece en silencio? Incluso si el propio acusado no dijo una palabra, el derecho a la defensa sigue siendo necesario para tener una voz en el proceso, bien para llamar a alguna persona o presentar evidencia contable. La Corte Suprema de los EE.UU. ha citado a Wigmore en la descripción de la presunción de inocencia, definiéndola como “el derecho del acusado a permanecer inactivo y seguro hasta que la Fiscalía no haya logrado que se forme la convicción en el juzgador mediante las pruebas presentadas, es decir, el oponente de una reclamación o cargo se presume inocente, hasta que no haya certeza irrefutable de su culpabilidad en los hechos materia de imputación”²⁷⁴. Con una disposición de responsabilidad inversa, el acusado se enfrenta a una convicción casi segura de culpabilidad por el órgano juzgador, si es que este imputado permanece con una actitud pasiva. Resulta preocupante, como se explicó anteriormente, que la carga inversa de la prueba hacia el acusado, no solo lleve la disminución radical del derecho a la presunción de inocencia, sino también que disminuya derechos conexos a la misma, como lo es el derecho al silencio.

Mientras que la presunción de inocencia y derecho a guardar silencio tienen una relación directa en el sentido de que un cambio en una variable tiene efectos en la otra variable, en la misma dirección, el derecho a un abogado aparentemente tiene una relación diferente con la presunción de inocencia. La presunción de inocencia diluida no significa necesariamente aumentar o disminuir el derecho a un abogado. Sin embargo, muchos plantean que estos dos derechos deben ser vistos como que tienen una relación inversa. Cuanto más disminuye la presunción de inocencia, mayor será la necesidad de un abogado y, en particular, que este abogado tenga completo acceso a la información que pueda exculpar al imputado. Cuando una carga más pesada se coloca en el imputado, un

273 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3) (g) (“A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”); Véase también, Human Rights Manual, supra nota 20, p. 240-42 (discutir el apoyo al “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo / el derecho a permanecer en silencio” en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos).

274 Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478, 483 (1978) (citando 9 J. Wigmore, Evidence § 2511 p. 407 (3ra. ed. 1940)).

abogado es más necesario para ayudar al imputado a cumplir con esa carga. Por lo tanto, si un país decide poner en peligro el ideal de la presunción de inocencia, en parte podría aliviarse las preocupaciones sobre los imputados titulares de la carga de la prueba mediante el fortalecimiento del acceso a un abogado defensor y acceso a la información en posesión del gobierno. Como se explica en la Parte IV B, el derecho a un abogado y la falta de acceso a la información pública en China es un problema especialmente grave.

Normas internacionales de derechos humanos apoyan firmemente el derecho a asistencia letrada, independientemente de que exista o no una disposición legal que determine la inversa responsabilidad en la carga probatoria. Además, de esto establecen también que el imputado debe disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y comunicarse con su abogado defensor²⁷⁵, el PIDCP establece que los acusados tienen como garantía procesal mínima, lo siguiente:

A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...²⁷⁶.

Esta garantía es importante para reconocer el derecho a un defensor de su propia selección. Por otra parte, existe la cláusula “el intereses de la justicia así lo exija”, cláusula que debe aplicarse cuando el acusado se enfrenta a una disposición responsabilidad inversa. Cuando se enfrentan a la necesidad de refutar la presunción de culpabilidad, el imputado está en la necesidad especialmente grave de tener el acceso a un abogado defensor. La Corte Suprema de los EE.UU. describió con elocuencia la situación de un acusado uncounseled (no asesorado):

Incluso el hombre inteligente y letrado tiene poca y, a veces ninguna habilidad en la ciencia del derecho.

Si es imputado de delito, es incapaz, en general, de determinar por sí mismo si la imputación es legal o arbitraria. No está familiarizado con las reglas de la prueba. Sin la ayuda de un abogado, podrá ser sometido a juicio, sin una imputación adecuada, y condenado con evidencia incompetente, o evidencia pertinente a la cuestión o la improcedencia de lo contrario. El imputado carece de la habilidad y el conocimiento suficiente para preparar su defensa, a pesar de que se pueda tener estudios superiores. Se requiere siempre la mano guiadora de un abogado en cada paso del proceso. Sin ella, aunque un imputado no sea culpable, se enfrentará al peligro de la condena, porque él no sabe cómo establecer su inocencia²⁷⁷.

Un imputado que está acusado en virtud de una disposición de responsabilidad inversa de la carga probatoria y no está familiarizado con las reglas de la prueba, se verá seriamente en el reto de averiguar lo que es tanto su carga; y el tipo de prueba admisible para cumplir con esa carga.

Si el acusado es indigente, el abogado debe asistirlo a expensas del Estado. Para los casos de enriquecimiento ilícito, los acusados son funcionarios gubernamentales y por lo tanto es muy probable que tengan la capacidad para pagar un abogado. De hecho, los acusados que hayan participado efectivamente en el enriquecimiento ilícito estarían en una mejor posición para pagar, al contrario de los que no tuvieron tal enriquecimiento, porque tendrían que invertir sus ganancias lícitas en abogados, aunque el acusado inteligente debería tener cuidado de no levantar banderas rojas relativas a la fuente de los fondos utilizados para su defensa. Sin embargo, es posible que un imputado no tenga los medios para pagar un abogado. Como un ejemplo análogo, cuando dos ex banqueros de China fueron a juicio en el Distrito de Nevada por cargos derivados de la supuesta sustracción de casi medio billón de dólares de China y la entrada ilegal de este capital en los Estados Unidos de América, tenían un abogado de oficio, dado que parte de su tesis de defensa era acreditar su estado de quiebra²⁷⁸. Sin embargo, los banqueros fueron

275 PIDCP, supra nota 17, art. 14(3)(b).

276 Id. art. 14(3)(d); véase también Human Rights Manual, supra nota 20, p. 235-36 (discutir el derecho a la asistencia jurídica en los Tratados de Derechos Humanos, incluido el Pacto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión).

277 Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 69 (1932).

278 Véase, Supercrooks or Sitting Ducks?, Bloomberg Businessweek, Nov. 13, 2006, disponible en http://www.businessweek.com/magazine/content/06_46/b4009078.htm.

condenados posteriormente y se les ordenó pagar \$ 482 millones en reparación civil²⁷⁹.

No solo el imputado necesita un abogado, el imputado también debe tener acceso a la información y su letrado debe saber cómo utilizar esa información. El acceso a la información en el expediente contable de la entidad pública donde laboró el funcionario cuestionado es básica, pero es especialmente importante cuando el defensor debe preparar sus alegatos para refutar la presunción de culpabilidad. Sería terriblemente difícil entrar en cancha, para refutar la afirmación del fiscal sobre los activos ilícitos, si el acusado no está bien informado respecto a los activos en cuestión y la base fiscal para reclamar que son lícitos. Como tal, si una carga de prueba se desplazan a los imputados, los países que acepten este desplazamiento probatorio deben mejorar los derechos de acceso a información pública para reducir las preocupaciones tanto de que imputados inocentes sean declarados culpables como resultado de ser atrapados con la guardia baja y que los imputados, con independencia de que realmente poseen bienes ilícitos.

La provisión de un abogado, no sustituye completamente la preocupación que tendrá un imputado frente a la responsabilidad de tener una carga de la prueba y que antes de la elaboración de su teoría del caso ya se le tome como culpable. Aun así, el acceso gratuito a un letrado satisface en parte el derecho de defensa que goza el imputado, por el hecho de ser persona²⁸⁰.

B. Los desafíos que encuentran los imputados en la China de hoy

Mejorar el derecho al acceso a un abogado como un contrapeso a la diluida presunción de inocencia, plantea desafíos especiales en el contexto de China. El derecho a un abogado en China está limitado por la ley y la práctica²⁸¹. Hoy en día, hay una escasez de abogados defensores y, en la minoría de los casos en que se representa al imputado, los importantes retos de actuar como un celoso defensor y el montaje de una defensa eficaz crea la disyuntiva sobre si la elevación del nivel de prueba de parte, podrá generar —como debería ser— una antítesis sólida frente a la acusación del Fiscal, estudios estadísticos en China revelan que²⁸²: “Aunque no es difícil acceder a un abogado defensor, la mayoría de los acusados no están representados por un abogado durante el juicio... Incluso si la ley china exige que cada imputado sea representado por un abogado, China simplemente no tiene suficientes abogados para manejar todos los casos penales”²⁸³. Adicionalmente, debido a que el artículo 395, no entra en el ámbito de los delitos para los que pueda haber gratuidad en la asesoría legal, los acusados de cargos de enriquecimiento ilícito deben autofinanciar la asesoría de sus letrados²⁸⁴.

En la práctica, la capacidad de los abogados para acceder a los clientes que requieren asistencia y a la información sigue siendo muy restringida²⁸⁵. En las reformas sugeridas a la Ley de Enjuiciamiento

279 U.S. Department of Justice, Press Release, Former Bank of China Managers and Their Wives Sentenced for Stealing More Than \$485 Million, Laundering Money Through Las Vegas Casinos, Mayo 6, 2009, <http://www.fbi.gov/lasvegas/press-releases/2009/lv050609.htm>.

280 Cf. Damaška, *supra* nota 239, p. 387 (“Todo lo cual no quiere decir que no hay límites a la adaptación de las demandas de justicia a los contextos específicos. En todas las permutaciones a las que estas demandas pueden ser sometidas, a un núcleo mínimo elusivo, o kernel, no puede ser ignorado sin comprometer las duramente ganadas logros de la civilización”).

281 CPL, *supra* nota 109, art. 34; véase además Borrador del 2011 CPL, *supra* nota 13, art. 34.

282 Véase, Jerome A. Cohen et al., Report of the Mission to China of the Association of the Bar of the City of New York December 6–17, 2009, 48 Colum. J. Transnat'l L. 519, 525–27 (2010) (informar los impedimentos a la labor de los abogados en China); Dui Hua Human Rights Journal, Translation: How “Three Difficulties” of Criminal Defense Became “10 Difficulties” (Feb. 2, 2010), <http://www.duihuahrjournal.org/2011/02/translation-how-three-difficulties-of.html> (traduce y comenta en este artículo sobre las crecientes dificultades de llevar a cabo el trabajo de defensa penal en China).

283 Belkin, *supra* nota 123, p. 104; Véase también, MCCONVILLE, *supra* nota 120, p. 293-94 (informa de que “existen muchos acusados ante el tribunal sin ningún tipo de representación legal”).

284 CPL, *supra* nota 109, art. 34; Véase también Borrador 2011 CPL, *supra* nota 13, art. 34.

285 Véase, v.g., Qin Xudong, Rights of Defendants in Criminal Proceedings: To what extent can suspects defend themselves?, Caixing Online, Feb. 9, 2010, <http://english.caing.com/2010-02-09/100117003.html> (“Las actividades de los abogados bajo la mayoría de condiciones, incluidas las reuniones con su cliente, implica la participación o aprobación del personal de investigación, de acuerdo con la ley.”); Belkin, *supra* nota 123, p. 103 (la crítica de las reformas en 1996, se constituyen con miras a detener el pre-juzgamiento de los jueces a consecuencia de que limitan aún más el acceso de la defensa a la información).

Criminal, varios abogados de la República Popular China hicieron hincapié a los principales desafíos que enfrentan como: tratar de acceder a los archivos de casos, realizar investigaciones, y abogar por sus clientes en la Sala del Tribunal²⁸⁶. La revisión de 2007 efectuada a la Ley de Abogados²⁸⁷ tomó medidas menores para remediar estos problemas, pero las disposiciones más favorables en la Ley para el Acceso a la Información de los Imputados, no son consistentes con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que con frecuencia se ve ponderada en perjuicio del imputado. El Proyecto del CPL 2011 indica modestas mejoras mediante la armonización de disposiciones relativas a las reuniones con los clientes en la Ley de Abogados²⁸⁸, dar contenido a los procedimientos para acceder a los expedientes, e indicar claramente que los abogados pueden ser considerados letrados que ofrecerán la carga de la prueba (en comparación con solo la prestación de asistencia jurídica) durante la etapa de investigación²⁸⁹. La sugerencia del proyecto de un papel protagónico de la justicia gratuita aumenta las esperanzas de que las revisiones puedan dar lugar a algunos cambios significativos a pesar de que la mayor parte de la Ley, ha permaneciendo inalterada²⁹⁰. En términos prácticos, el Proyecto de CPL 2011 reformará algunas partes de las disposiciones actuales de procesamiento penal –más arraigadas al sistema inquisitivo–²⁹¹. Cuando se habla de la capacidad de los sospechosos de tener abogados presentes, el profesor Zhang Jianwei de la Universidad Tsinghua señaló que la realidad judicial no cambiaría, si no existe un reglamento o un mayor presupuesto gubernamental para implementar estos nuevos mecanismos²⁹². Más adelante, pidió a las autoridades del Gobierno limitar sus poderes para “medir a un tigre

por su piel” (与虎谋皮) –un proverbio chino para pedir a una persona a actuar contra sus propios intereses–²⁹³. En cuanto a los proyectos de procesamiento penal, parece que el tigre ha logrado mantener su piel casi intacta.

En algunas áreas del Proyecto de CPL de 2011, donde los derechos de los imputados parecen fortalecerse, hay serias dudas de que estas revisiones se traduzcan en la práctica. Por ejemplo, el abogado de Tian Wenchang pregunta el significado de las disposiciones sobre el acceso a los expedientes, de los casos en que su experiencia personal ha demostrado que las autoridades del gobierno pueden impedir dicho acceso, declarando improcedentes las solicitudes de copias o subiendo excesivamente las tasas para las copias simples y/o certificadas²⁹⁴. Por otra parte, respetados tratadistas chinos especializados en el procedimiento penal como Chen Weidong, ven de manera positiva las disposiciones relativas a las reuniones entre abogado y cliente, como indica el Proyecto de la Reforma de 2011²⁹⁵, a pesar que es necesario el consentimiento de los investigadores para cumplir la solicitud de entrevista con el defendido, en los delitos graves de cohecho y enriquecimiento ilícito²⁹⁶. Es muy necesario que si los abogados deben esperar una aprobación para acceder a la documentación, esta sea conservada en cadena de custodia para que se mantenga sin cambios²⁹⁷. El profesor Chen Guangzhong ha criticado que la Ley de Abogados siga con muchas lagunas y esto ocurre porque no se pone la defensa letrada al mismo peso que la parte acusadora representada por fiscal²⁹⁸.

Las revisiones del Código de Procedimiento Penal son correctas al, no implantar ningún mecanismo

286 Tian Wenchang & Chen Ruihua (田文昌, 陈瑞华), <中华人民共和国刑事诉讼法>律师建议稿与论证 4-5 (2007).

287 Véase, *Lawyer's Law*, supra nota 147, arts. 33-34.

288 Véase, 2011 Draft CPL, supra nota 13, art. 37.

289 Véase, id. art. 33.

290 Véase, id. art. 34.

291 Véase, id. art. 38.

292 Chen & Jiao, supra nota 149 (张健伟: “法工委有他的难处, 有一些规定如果写得太进步了, 很有可能最后难以落实, 最后摘掉.”).

293 Id. (张健伟: “现在是“与虎谋皮”式的立法, 要限缩国家机关权力, 首先要经过国家机关同意才行”).

294 Véase, Tian, supra nota 141.

295 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈卫东: “草案的规定带来一个重要的变化, 所有的案件都可以请律师了, 这是个前提. 限制会见的只有这三种, 我觉得这是一种进步”).

296 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 37.

297 Véase, id. art. 41.

298 Chen & Jiao, supra nota 149 (陈光中: “草案确实与律师法有差距, 辩方调查取证都要经过批准、同意, 规定得太死, 控辩不平等”).

legal para cambiar la redacción o interpretación del artículo 306 del Código Penal, que somete a los abogados de la responsabilidad penal si se falsifican pruebas o inducen a testigos para cambiar su testimonio²⁹⁹. Las condenas previstas en el artículo 306 no son comunes, pero la amenaza de la investigación y el enjuiciamiento, tienen un buen efecto disuasivo preventivo general. Sobre la base de 194 entrevistas con abogados dedicados a defensa penal de China y otros informantes, Sida Liu y Halliday Terence han encontrado que³⁰⁰: “el 62% de los encuestados sabía de casos de abogados locales que fueron detenidos o acusados de violar el artículo 306, y el 31% consideró que el artículo afecta sustancialmente su trabajo de defensa penal. Otro 42% informó de que el artículo no tenía un impacto relevante en su trabajo”³⁰¹.

Si por un lado le queda a la parte imputada su derecho a la impugnación, China no separa la culpa y las fases de la pena del juicio, un acusado que mantiene su tesis de inocencia se coloca en una situación precaria, dado que, al mismo tiempo deberá acreditar pruebas que podrán ser usadas en su contra y, las cuales al ser pruebas colectivas no podrán ser retiradas por estrategia procesal. No hace falta decir que esta es una posición difícil de sostener con eficacia, aunque sea por un abogado experto. El Proyecto de CPL 2011 tiene la desventaja potencial de implementar mecanismos en la determinación judicial de la pena, cuando el imputado se acoja a la confesión sincera, podemos observar como la tesis de reforma procesal en China se alinea más a un concepto que parte con la premisa que el imputado es culpable, en lugar de tener la premisa de que es inocente y darle mecanismos efectivos para que en un contexto de igualdad de armas demuestre su inocencia³⁰².

En vista de la gran cantidad de retos para plantear una defensa técnica en China, sin duda la inversa responsabilidad de la carga de la prueba en el enriquecimiento ilícito es una disposición que tienen problemas en su uso. Si China finalmente procede a regular un derecho expreso al silencio y/o la presunción de inocencia

en el Código de Procedimiento Penal, estos derechos quedarán solo en el papel, y seguirán siendo frágiles en la práctica, sin abogados defensores que puedan exponer las debilidades de la teoría del caso del fiscal, este desafío se amplificará con las disposiciones de responsabilidad inversa de la carga de la prueba.

V. CONCLUSIONES

Al escribir acerca de la presunción de inocencia en China, en un artículo de 1982, Timoteo Gelatt advirtió: “Los observadores extranjeros harían bien en tener cuidado con la formación de las primeras conclusiones sobre la presunción de inocencia en China, porque la última palabra sobre el tema está lejos de ser dicha”³⁰³. Treinta años después, seguimos sin conclusiones firmes. Sin embargo, las realidades políticas de la creciente preocupación sobre la corrupción, junto con las restricciones enérgicas al trabajo de la defensa penal indican; al menos en lo que respecta a los delitos de corrupción, que la garantía de la presunción de inocencia no tiene un futuro prometedor en China. Tomando una postura práctica, el enriquecimiento ilícito es un área donde las cifras estadísticas en China diluyen la presunción de inocencia a favor de los funcionarios implicados.

Teniendo en cuenta lo dispuesto sobre responsabilidad inversa en la carga de la prueba hacia el imputado, en el contexto del enriquecimiento ilícito, esta puede desencadenar un argumento que ilustre los horrores de los países que cada vez más reducen poco a poco la presunción de inocencia en nombre de otros valores. Cualquier asignación de flexibilidad debe hacerse con cautela y con franqueza. Si una mayor carga de la prueba se coloca sobre el hombro de la parte imputada, es particularmente importante centrarse en la capacidad del acusado para cumplir con esa carga. En consecuencia, propongo que, si la ley dice que “hay que explicar,” es muy necesario dotar medidas complementarias para proporcionar primeramente un abogado que efectivamente pueda guiar a la parte demandada en el proceso. Si el acusado se ve incapaz

299 Código Penal, supra nota 9, art. 306.

300 Gelatt, supra nota 17, p. 316.

301 Sida Liu & Terence C. Halliday, *Political Liberalism and Political Embeddedness: Understanding Politics in the Work of Chinese Criminal Defense Lawyers*, *Law & Soc’y Rev.* (próximo 2011) (Feb. 8, 2011, borrador p. 10).

302 Véase, Borrador 2011 CPL, supra nota 13, art. 117 (“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”).

303 Gelatt, supra nota 107, p. 316.

de cumplir con esta carga, a continuación, el abogado puede cambiar su enfoque –deducir medios técnicos de defensa- para ayudar con el plea bargaining.

Hoy en día, los acusados en China se enfrentan a una tarea de enormes proporciones cuando se trata de convencer al Tribunal que el imputado está entre ese uno por ciento que en realidad será absuelto de los delitos imputados. Este reto es aún más grande cuando el demandado tiene la carga de refutar un elemento del delito. China tras las reformas al Código de Procedimiento Penal presenta una oportunidad

para reconocer este desafío de manera abierta y tomar medidas tanto para mejorar la presunción de inocencia en general, y para proporcionar posibilidades de una defensa más sólida, sobre todo cuando uno es imputado de un delito por el cual la presunción se vio diluida. En cuanto a las revisiones al Código de Procedimiento Penal, que están a punto de ser promulgados como ley, somos de la opinión, que al parecer es el mejor de los modestos pasos hacia la mejora de los derechos de los acusados. Sin embargo, la última palabra sobre la presunción de inocencia en China todavía está lejos de ser dicha.

A CORRUPÇÃO E A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Elena BURGOA*

SUMÁRIO: I. O Contexto: Pacto Global e Corrupção. II. O Sector corporativo e as dinâmicas de corrupção. III. A repercussão dos métodos de integridade. IV. Alguns aspectos sobre o controlo legislativo (internacional e doméstico) sancionatório da corrupção. V. Considerações finais.

Actualmente ninguém duvida da importância do Global Compact, lançado pelas Nações Unidas para a solução dos vários desafios e ameaças globais, através da aceitação e da implementação de um conjunto de princípios básicos (*Ten Principles*) sobre Meio Ambiente, Direitos Humanos e do Trabalho, e corrupção. Reconhece-se, em forma de consenso universal, o valor dos 10 princípios do Pacto Global porque eles vêm da: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Declaração de Princípios da Organização Internacional do Trabalho, em matéria de direitos fundamentais no trabalho, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Neste cenário, cumpre, assim, destacar o último, o 10. Princípio acrescentado pelo Pacto Global da ONU, que tem assumido maior protagonismo e interesse no conceito de Responsabilidade Social Empresarial (SER), afirmando que “as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e suborno”.

I. O CONTEXTO: PACTO GLOBALE CORRUPÇÃO

Importa ter bem presente que o Pacto Global (*Global Compact*) pelas Nações Unidas (2000), a maior iniciativa global de cidadania corporativa, estimula as empresas de todo o mundo a alinhar as suas operações em dez princípios de conduta empresarial responsável e sustentável (*Ten Principles*)¹. Ou seja, pretende-se que sejam parte da solução dos vários desafios globais, através da aceitação e da implementação de princípios básicos, em matéria de Meio Ambiente, Direitos Humanos e do Trabalho, e da corrupção.

Na verdade, os 10 princípios do Pacto Global consagram o mais exigente e completo código ético para as empresas da modernidade pautarem a sua conduta com as diferentes partes interessadas. E, desde então, estão a penetrar gradualmente no ambiente corporativo de forma particularmente surpreendente e, simultaneamente, com outro conjunto relevante de iniciativas voluntárias².

* Professora de Derecho penal de la Universidad Nova de Lisboa, Portugal.

Este texto serviu de base à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais, subordinado ao tema “A responsabilidade social das empresas”, que teve lugar na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, a 26 de Novembro de 2010.

- 1 Refira-se que o Pacto Global das Nações Unidas, constitui uma rede lançada em 1999 pelo então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, para a implementação de uma série de princípios básicos relacionados com a Responsabilidade Social das Empresas. É uma iniciativa que compreende actores múltiplos. Assim, sob a coordenação da Oficina do Pacto Global, trabalham uma série de agências da ONU: a Oficina do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (ACNUR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa de Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (ONUUDI) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Participando, além disso, outras partes interessadas: as empresas, trabalhadores, organizações da sociedade civil e governos.
- 2 Sem dúvida, o Pacto Global representa uma iniciativa de relevo lançada pelas próprias empresas. É importante salientar que partindo da importância da luta contra a corrupção como um aspecto que incide directamente sobre a gestão das empresas, e simultaneamente, do interesse do sector empresarial em promover a auto-regulação como alternativa das regulações estatais – e ainda, o interesse de algumas empresas líderes em responsabilidade social por elevar o nível do comportamento social e ambiental do sector empresarial, tem surgido, paralelamente aos instrumentos internacionais, uma variedade de alternativas de carácter voluntário em diversos âmbitos com projecção no sector corporativo. Além do Pacto Global, podem identificar-se as seguintes iniciativas surgidas nos últimos 15 anos: as Regras do Código de Conduta da Câmara Internacional de Comercio (ICC) para combater

É importante compreender que estes Dez Princípios assumem especial relevância porque partem de um consenso universal, já que eles derivam da: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Declaração de Princípios da Organização Internacional do Trabalho em matéria de direitos fundamentais no trabalho, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. De entre estes desafios e ameaças globais que têm moldado a agenda internacional da RSE, o tema da corrupção tem vindo a conhecer maior visibilidade nos últimos anos, facto a que não é porventura alheio o esforço de diversas instâncias internacionais (como a OCDE, Nações Unidas, União Europeia, etc.) no lançamento de instrumentos normativos internacionais, e o desempenho de organizações internacionais não governamentais como Transparência Internacional. E, certamente também, da repercussão nos meios de comunicação de grandes escândalos envolvendo figuras públicas.

Hoje é consensual que a corrupção não é uma questão periférica, mas sim uma preocupação central para o sector de negócios - seja nos países em desenvolvimento, com nos emergentes ou nos industrializados. Neste sentido, o Relatório Global de Corrupção de 2009 afirma de forma contundente que “A corrupção é um desafio central e crescente para as empresas e sociedade, desde os vendedores informais nos países menos desenvolvidos até às empresas multinacionais em países industrializados, para cidadãos, comunidades e nações, no mundo inteiro”³.

Sendo, por isso, pacífico dizer que constitui um grave problema para grandes empresas, médias e

pequenas empresas, e empreendedores individuais. Só assim se compreende que o 10. Princípio acrescentado em 2004 pelo Pacto Global da ONU, que afirma que “as empresas devem: [...] 10. *Actuar contra qualquer forma de corrupção, incluindo a extorsão e suborno*” tenha aparecido cada vez com mais interesse e protagonismo no conceito e agenda RSE.

Assim, o aspecto mais importante e digno de elogio será porventura o compromisso que surge para as empresas signatárias do pacto Global com a adopção deste princípio. Além da obrigação de evitar o suborno, a extorsão e outras formas de corrupção, obriga a desenvolver políticas e programas anti-corrupção. Neste sentido, interessa destacar que para a implementação destas políticas e programas, a Oficina do Pacto Global promove a utilização de ferramentas, nesta matéria, disponibilizadas pela Transparência Internacional e pela Câmara Internacional de Comercio⁴. Em Portugal, os dados estão também lançados, pois a Rede Portuguesa Global Compact (RPGC), através da Associação Portuguesa de Ética Empresarial (APEE); tem como objectivo a aplicação e difusão dos princípios do GC.

A tarefa não é fácil, pois a política do pacto Global⁵ pede às empresas participantes (de todas as dimensões e sectores) o compromisso de fazer dos seus dez Princípios parte das suas estratégias e operações do dia-a-dia. Assim como, o de divulgar anualmente os avanços realizados na implementação dos dez princípios às partes interessadas (por exemplo, investidores, consumidores, sociedade civil, governo, etc.). Diga-se, já agora, que desde 2008 foram retiradas 630 empresas da lista

a Extorsão e o Suborno de 1996, sucessivamente actualizadas, v. <http://www.iccwbo.org/>; os Princípios empresariais para travar o Suborno, lançados por *Transparency International y Social Accountability International*, em Dezembro de 2002; a Iniciativa de Parceria Estratégica contra a Corrupção (os Princípios PACI), uma iniciativa do Foro Económico Mundial com o apoio de Transparência Internacional e o Instituto de Governabilidade de Basileia, de 2004 que promove um programa de tolerância zero envolvendo todas as partes interessadas na implementação de programas anti-corrupção internos efectivos; Na América Latina, o Pacto Empresarial para a Integridade e Contra a Corrupção, formulado em 2006 pelo Instituto Ethos; Directrizes da Câmara Internacional de Comercio (ICC) sobre o Canal de denúncias, de 2007, para a detecção de potenciais comportamentos corruptos ou fraudulentos realizados nas empresas; no sector das indústrias extractivas, está a Iniciativa para a Transparência das Indústrias Extractivas (EITI), lançada em 2002 na Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Joanesburgo que envolve diversos actores (governos, organismos internacionais, investidores, empresas e sociedade civil com o objecto de apoiar a governabilidade nos países ricos em recursos naturais através da verificação e divulgação dos pagamentos das empresas e das receitas governamentais provenientes do gás, petróleo, e recursos mineiros.

Refira-se, ainda, que na base das iniciativas empresariais de combate à corrupção está a ideia de que uma maior coesão empresarial é um requisito básico para o sucesso das medidas no sector.

3 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xv, v. <http://www.transparency.org/publications/gcr>.

4 V. <http://www.transparency.org/tools>; <http://www.iccwbo.org/policy/anticorruption/>.

5 V. <http://www.unglobalcompact.org/>.

de participantes do Pacto Global por falta de comunicação sobre os progressos realizados durante três anos consecutivos.

Consolida-se, assim, neste Décimo Princípio, um “complemento em positivo” das outras iniciativas⁶, ou seja, convida as próprias empresas a actuar contra a corrupção, a ter uma atitude pró-activa na gestão deste risco, enquanto que, na regulamentação das convenções internacionais, recomenda-se aos Estados que sancionem como crime determinados comportamentos. A consagração deste Décimo Princípio veio, também, confirmar e revalidar os mecanismos da ética privada empresarial, reforçando, por sua vez, a ética pública ao instar aos agentes privados a actuar contra as diversas formas de corrupção⁷.

Além do mais, o Decimo Princípio acaba por compreender o fenómeno numa perspectiva abrangente, isto é, incorpora uma noção muito ampla de corrupção. De facto, constitui um aspecto positivo a abstenção de atribuir à matéria qualquer definição do que se deve entender por corrupção, pois não se apresenta como tarefa fácil dar conta dos vários sentidos que foram já atribuídos à expressão. O conceito mais difundido de corrupção, acolhido entre outros por Transparência Internacional, é o de uso em proveito privado de um cargo ou função (pública). Não é, assim, de nenhum modo estranho, que neste âmbito, tenha prevalecido como um dado adquirido esta concepção, pois, de facto, a fórmula “incluindo a extorsão e o suborno” parece apontar para um amplo sentido de “uso indevido de posição para a obtenção de ganhos privados”.

No mundo dos factos, a escala e o alcance do suborno são inquietantes e dramáticos. Segundo dados do Relatório Global de 2009, duas de cada cinco empresas entrevistadas afirmam que os executivos foram solicitados a realizar pagamentos ao lidar com instituições públicas. E a metade estima que a corrupção aumenta os custos de projectos em, no mínimo, 10%. E uma em cada cinco empresas alega ter perdido negócios devido a pagamentos

ilegais por parte de um concorrente. E mais de um terço percebe um aumento da corrupção⁸. Além de que, em concreto, o suborno (tradicional) de funcionários públicos para ganhar contratos públicos, e agilizar procedimentos é uma preocupação central e constante. Numa pesquisa realizada pela *Transparency International*, em 2008 no sector empresarial com mais de 2.700 executivos de 26 países, quase dois quintos informaram que no ano anterior lhes tinha sido exigido o pagamento de suborno durante contactos com uma série de instituições que oferecem serviços essenciais para o sector de negócios, como autoridades fiscais ou provedores de serviços básicos (*Bribe Payers Index*” Berlim: TI, 2008). De igual modo, noutra pesquisa com mais de 1.000 executivos, quase um quinto alegou ter perdido oportunidades de negócios devido ao pagamento de subornos por um concorrente, e mais de um terço tinha a impressão de que a corrupção estava a aumentar. Idêntica leitura retira-se, também, de outro instrumento importante da TI: o Índice de Percepção da Corrupção de 2010, de representação ou percepção da corrupção pelos cidadãos. O CPI 2010 revela que quase 75% dos 178 países incluídos no Índice obtiveram uma pontuação abaixo de cinco, numa escala de 0 (percepção de altos níveis de corrupção) a 10 (percepção de baixos níveis de corrupção), indicando a existência de um grave problema de corrupção. Verifica-se que a tabela é liderada pela Dinamarca, Nova Zelândia e Singapura, com idêntica pontuação (9,3), seguidos da Finlândia e Suécia (9,2), sendo os últimos lugares ocupados pela Somália (1,1), Myanmar (1,4), Afeganistão (1,4) e Iraque (1,5)—quase sempre os países mais pobres, com governos instáveis ou envolvidos em conflitos. Portugal, com uma pontuação de 6 valores (em 10), encontra-se no 32 lugar dos 178 avaliados. Subiu uma posição no ranking anual da corrupção. Contudo, esta análise é superficial, uma vez que, como refere Paulo Morais, esta posição corresponde ao 34 lugar do ranking, sendo que dois dos países melhor classificados, Santa Lúcia e São Vicente & Grenadine, não foram este ano avaliados⁹. Repare-se que em 2009,

6 Pablo Garcia Mexia, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, N° 96, noviembre-diciembre 2004.

7 Como aponta Pablo Garcia Mexia, *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, N° 96, noviembre-diciembre 2004.

8 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xv, v.<http://www.transparency.org/publications/gcr>.

9 Vice-presidente da TIAC, v. <http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/>. A Transparência e Integridade – Associação Cívica (TIAC), ponto de contacto nacional da *Transparency International* em Portugal, foi criada em Lisboa, no 17 Setembro de 2010, tendo como missão contribuir para o fortalecimento da cidadania e promoção da transparência, da integridade e da responsabilidade.

Portugal ocupou a 35.^a posição, com 5,8 valores¹⁰. A propósito deste enquadramento é interessante notar, com Paulo Morais, que “*uma vez que a avaliação do comportamento destes índices internacionais deve ser feito ao longo do tempo, notamos que a tendência de Portugal na última década vem sendo de depreciação. No início da década, em 2000, ocupava a 23.^a posição, com um ranking de 6.4.*”. Porém, considera que apesar de “*numa observação transversal ao longo dos últimos anos há [haver] pois uma queda de cerca de meio valor e uma perda de dez posições no ranking. A variação verificada este ano (uma posição no ranking e 0.2 no score) não é significativa, pelo que se pode concluir que Portugal se mantém estável na escala*”¹¹.

Ainda assim, a par dos referidos aspectos negativos há boas notícias. Predominam, apesar de tudo, os aspectos positivos. Sendo que o próprio Relatório Global de Corrupção de 2009 diz –como mensagem central– que “*após uma primeira onda de activismo contra a corrupção e actividades de responsabilidades social empresarial (SER), as empresas no mundo inteiro possuem, hoje, uma responsabilidade mais evidente, um interesse próprio mais profundo e um potencial maior para assumir um papel no combate à corrupção*”¹². Note-se que também no sumário executivo de 2009 (TI, p. xiv), em jeito de conclusão, se acaba por afirmar que apesar destas representações e de grandes escândalos de corrupção divulgados, houve um progresso e desenvolvimento real em direcção a uma maior integridade empresarial.

II. O SECTOR CORPORATIVO E AS DINÂMICAS DE CORRUPÇÃO

Como facilmente se compreende, convém reconhecer que o sector privado é um agente principal, porque além de quem solicita ou recebe um suborno, está quem realiza o pagamento da vantagem. O que significa que é no sector corporativo que está a base das práticas corruptas, e também, a base, a linha de frente, na luta contra a corrupção. Vale a pena salientar que o sector privado tem um papel importante, e cada vez maior, no avanço do bem-estar das sociedades, comunidades e dos

indivíduos. Ora, o sector privado também pode falhar nessa tarefa, dado o potencial destrutivo e consequências negativas das práticas corruptas para o desenvolvimento económico e social (eliminação de desigualdades e da pobreza).

Como se sabe, a palavra corrupção não tem um significado unívoco. Todavia, a acepção mais corrente continua a ser a acolhida pela *Transparency International* que define corrupção como o “*abuso de poder confiado para ganhos particulares*”. O que para as empresas, isso representa mais do que a suposta necessidade de subornar funcionários públicos, isto é, vai além do conceito tradicional de corrupção. Consequentemente, embora na vida das empresas continue a ter grande relevo os pagamentos a funcionários e agentes políticos e públicos, uma parte significativa das práticas corruptas é localizada nas relações comerciais e relações internacionais. Novas formas de “realismo” de corrupção impõem-se, ameaçando um ambiente de negócios competitivo e sustentável. Assim, um amplo leque de práticas corruptas, que incluem corrupção no mercado e transacções transnacionais, vieram colocar em causa a tradicional visão redutora do fenómeno. Isto, através de evoluções normativas recentes com emergência de novas normas jurídicas consagradas neste domínio.

Contudo, o que é digno de nota e atenção é o facto de que em todas estas “realidades” de práticas corruptas as vantagens podem ser às empresas solicitadas, exigidas activamente (extorquidas) ou oferecidas pelas próprias empresas de forma proactiva. Porém, o discurso jurídico põe o foco na forma activa, isto é, na visão corruptora do terceiro (pessoa singular ou colectiva), como explicita o *nomen iuris* do ilícito: “Corrupção activa”. O terceiro, a empresa, na verdade é figura central, mas também deve ser pensada diversamente, como personagem passiva (“vítima”) em vez de apenas salientar uma ideologia corruptora. Mencione-se, a este respeito, a diferente linguagem do art. 1 (*A infracção por Corrupção de agentes públicos estrangeiros*) da Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, OCDE, em

10 V. uma tabela com a posição de Portugal nos últimos 10 anos, <http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/>.

11 V. <http://www.transparencia.pt/imprensa/pr/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2010/>.

12 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xiv, v. <http://www.transparency.org/publications/gcr>.

que o termo “corrupção activa” não foi usado deliberadamente para evitar que um possível leitor, não especializado, entenda que o corruptor sempre toma a iniciativa e o receptor da vantagem meramente se comporta como um objecto ou vítima pacífica, alertando que em muitas situações a iniciativa activa parte do receptor da vantagem¹³.

Ainda outro facto merece ser sublinhado: os riscos de corrupção no sector corporativo vão além dos pagamentos indevidos (suborno), pois incluem, entre muitos outros, fraude empresarial, manipulação de contas e uso de informação privilegiada. O que exige, claramente, uma abordagem integrada da integridade.

Mas as dinâmicas de corrupção mais significativas na vida das empresas vêm dos riscos relativos às interações com fornecedores e clientes¹⁴. Quanto a esta dinâmica, é claro que a corrupção nas relações comerciais com clientes e fornecedores pode levar à forma clássica de pagamento indevidos a funcionários públicos, mas pode envolver também, por exemplo, na corrupção no sector privado, o suborno de agentes de compras para ganhar negócios em detrimentos de outras empresas do sector. E até, num ambiente de mercado mais amplo, o abuso do poder confiado pode envolver o conluio de preços com concorrentes, lesando os mercados e os consumidores.

Uma breve palavra, ainda, para os terceiros, que estão entre as empresas e os clientes. De facto, estes constituem um dos problemas mais perigosos. Certo é que quando uma empresa se expande internacionalmente, os riscos de corrupção, à partida, nas relações com fornecedores, clientes e prestadores de serviços podem aumentar drasticamente. Mas, para além desses riscos, há este grave risco, pois, é recorrente que empresas transnacionais sem conhecimento do mercado local ou contactos de negócio, geralmente contratem representantes ou actores locais, que sem uma selecção cuidada poderão apelar para o pagamento indevido

de vantagens a fim de atingir os resultados para os quais foram contratados. O que implica uma externalização da corrupção.

Ora, um bom plano ou programa de prevenção de riscos requer considerar que a corrupção pode penetrar em todos os aspectos das operações de negócios. O denominador comum de todos os actos corruptos é que eles lesam, pelo menos, uma das partes envolvidas na transacção, resultando, assim, favorecidos um fornecedor ou prestador de serviços de qualidade inferior, ou menos diligente na prestação de serviços, um funcionário menos qualificado, etc. A longo prazo, todavia, todos os participantes do mercado, e a sociedade como um todo, resultam afectados. É claro que o pagamento de suborno aumenta a incerteza e os custos dos negócios para todos. Ao mesmo tempo, não se deve ignorar que fomenta uma cultura e prática de desonestidade e decadência moral, que abre as portas para a prática de outros tipos de actos empresariais ilícitos. Mas, talvez o efeito mais grave seja que o suborno solapa os princípios empresariais fundamentais da concorrência leal e da selecção baseada no mérito, pré-requisitos para que os mercados produzam inovação, eficiência, aumento de produtividade e crescimento. Em definitivo, em essência, a corrupção nas relações comerciais, tanto dentro do âmbito privado como entre os sectores público e privado, apresenta uma ameaça fundamental para a confiança nas economias de mercado e para o seu funcionamento.

Na verdade, existe hoje um forte consenso entre os economistas de que o suborno comercial, isto é, a chamada corrupção no sector privado tem consequências negativas para o funcionamento dos mercados e das economias. A corrupção no mercado impede a concorrência leal, os preços justos, provocando perda de oportunidades de negócio¹⁵.

Por outras palavras, constitui uma barreira à competitividade, um grave obstáculo ao desenvolvimento económico e social. Deste modo, veja-se

13 V. Comentários à Convenção sobre a luta contra a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais, Generalidades (1), <http://www.oecd.org>.

14 Embora, também seja significativa o potencial de corrupção na dinâmica de obtenção de financiamento, isto é, na obtenção de empréstimos bancários.

15 Neste sentido, a Câmara de Comércio Internacional refere: “O combate à corrupção no sector privado será um elemento primordial dos esforços em todo o mundo para criar um ambiente justo para todos os participantes do mercado, para promover a confiança dos sectores públicos e privado no Estado de Direito, e para reduzir os custos de operações transfronteiriças” Câmara de Comercio Internacional, 2006.

que, actualmente, o combate já ultrapassou a simples obrigação moral, para se transformar num problema económico. Aliás, exemplo desta equação corrupção/economia é dado na afirmação da OCDE, na sua Convenção contra a Corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transacções comerciais internacionais, de que “a corrupção deixou de ser um negócio como qualquer outro”. Assim, a “revolução de costumes” imposta, dadas as consequências negativas, não deve surpreender. Aliás, o argumento das empresas em combater a corrupção nunca foi mais forte, porque a corrupção, além de corroer o funcionamento do mercado, coloca em risco a própria reputação das empresas (outro activo importante).

Porém, o problema da corrupção (no sector privado e comércio internacional) não deve ser visto como um problema das grandes empresas. As pequenas e médias empresas (PMEs) são também vulneráveis à ameaça da corrupção. Por isso, o Relatório Global da Corrupção de 2009 encarrega-se de lembrar que “Ajudar as PMEs a resistir à corrupção é um componente essencial de qualquer iniciativa abrangente contra a corrupção e pode evitar que elas se tornem o elo mais fraco”. E, de facto, as empresas multinacionais apesar de enfrentarem riscos significativos de corrupção, estão excepcionalmente posicionadas para liderar (ajudar e apoiar) os mais pequenos a lidar com a corrupção.

III. A REPERCUSSÃO DOS MÉTODOS DE INTEGRIDADE

Pela enorme importância e interesse que a prevenção suscita em qualquer programa de combate à corrupção, como demonstra a própria Convenção das Nações Unidas ao dedicar o seu primeiro capítulo à prevenção, uma breve referência aos métodos de integridade não pode naturalmente ficar em claro nesta intervenção.

Assim, actualmente, o método mais promissor para o combate a corrupção nos negócios é preventivo: elevar a integridade corporativa para enfrentar os desafios que a corrupção coloca ao crescimento e desenvolvimento económico. É necessário ter presente a constatação que resulta do Relatório Global de Corrupção de TI de 2009, de que empresas com programas anticorrupção e normas éticas

reduziram em até 50% a incidência de corrupção, e se tornaram menos passíveis de perder oportunidades de negócios, comparadas com empresas sem esses programas.

Neste contexto, a forma mais sustentável de lidar com os riscos de corrupção é o desenvolvimento de um sistema amplo de integridade empresarial.

Esta cultura de integridade envolve princípios comuns (valores e atitudes) e práticas comuns (normas ou padrões de actuação). Também, é importante incluir elementos de dissuasão (ensinar que a violação das normas acarreta a punição).

Assinalando a importância de cultivar um amplo sistema de integridade, cumpre lembrar que as tentativas de combater os riscos de corrupção no sector empresarial e fortalecer a integridade corporativa passam, no âmbito empresarial, pela existência de uma variedade de mecanismos ou remédios internos para travar a corrupção, desde códigos de conduta, mecanismos de organização corporativa, incluindo a protecção de pessoas que informam sobre actividades ilegais (mecanismos de denúncia), e até o papel crescente dos investidores no incentivo à integridade empresarial. Ao mesmo tempo, convém não esquecer que o envolvimento de outras instâncias (auditores, média, organizações de consumidores e outros observadores da sociedade civil) é vital para deter a corrupção no sector privado. Combinadas, todas estas instâncias e actores anticorrupção formam um amplo sistema de integridade empresarial, proporcionando uma rede de controlos que tornam a integridade empresarial mais sólida e sustentável.

Decididamente, como assinalou o Relatório Global, o desenvolvimento de sistemas de integridade empresarial plenamente eficientes não é apenas uma questão de enfrentar a corrupção empresarial, mas também um mecanismo importante para a estabilidade financeira e económica¹⁶.

Deve dizer-se que, no caso de empresas transnacionais, a cultura de integridade terá de ser uniforme e global, aplicada em todas as nações e não ceder às práticas locais, mesmo que, a curto prazo, possa significar a perda de negócios. Quanto às PMEs, a prática revela que frequentemente a falta de recursos também é um grande desafio, pois a

16 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xxi, v.<http://www.transparency.org/publications/gcr>.

quantidade de pessoas, tempo e dinheiro necessários para criar programas de combate à corrupção será geralmente mais limitada do que em empresas de maior dimensão. Mais, se obter o *quantum* necessário para sobreviver já é uma pressão para muitas PMEs, quanto mais afectar recursos para enfrentar a corrupção. Perante esta constatação, justifica-se, pois, o recurso a sistemas alternativos, às redes de apoio para que as PMEs possam enfrentar a problemática da corrupção de forma coordenada. Neste sentido, não pode ser desprezada a assistência oferecida pela sociedade civil, concretamente a *Transparency International*, que desenvolveu recentemente uma ferramenta para ser usada pelas PMEs, fornecendo orientações muito claras e exemplos práticos sobre as questões envolvidas e os princípios empresariais para enfrentar as práticas corruptivas, isto é, para criar um programa efectivo de combate ao suborno¹⁷.

Parece-me, também, de utilidade recordar que o que se deverá procurar assegurar, como um incentivo para incorporar ou desenvolver práticas ou uma estratégia preventiva anticorrupção nos negócios, é a compreensão e consciencialização dos outros danos que a mesma causa, tais como a perda de reputação e possíveis condenações. De facto, uma boa reputação de integridade tende a ser cada vez mais importante para que as empresas se tornem atraentes para as instituições financeiras, e até nos processos selectivos para participar por exemplo nas cadeias de fornecimento de grandes empresas, a reputação, é um factor objecto de consideração. De enorme interesse, podem resultar a adopção de outras medidas incentivadoras, como por exemplo, a prática de benefícios, uma taxa de juros mais favorável por parte das entidades bancárias para empresas que tenham implementado planos de combate às práticas corruptivas, para motivar as PMEs a investir nestas iniciativas.

Várias são as formas de minimizar riscos de corrupção. A mais digna de nota é, sem dúvida, a adopção de um Código de Ética. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, entre as medidas a adoptar para prevenir a corrupção, encara como fundamental, no seu art. 12, N.º 2, al. b), relativo ao sector privado, “a promoção da elaboração de normas

e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluindo códigos de conduta para o correcto, digno e adequado desempenho das actividades económicas bem como para o exercício de todas as profissões pertinentes”.

Assim, o Código de Ética constitui um instrumento fundamental no quadro da Responsabilidade Social enquanto sistema de transmissão de valores e compromissos da empresa a todos os participantes envolvidos.

O conteúdo, de facto, é muito variado. Os códigos variam desde algumas folhas até uma centena. O seu conteúdo apresenta também diferenças. Existem planos específicos, mas a maioria contém tópicos ligados às questões de conformidade com as leis aplicáveis, isto é, baseiam-se apenas na legislação anticorrupção em causa.

A base para que um código ou plano de prevenção de riscos seja eficiente é que aborde questões que as partes interessadas esperam que a empresa ou instituição responda e que oriente sobre dilemas enfrentados por administradores e/ou funcionários, isto é, deverá ser completo. Curiosamente, sobre a aceitação de presentes, algumas empresas incorporam limites quantitativos para presentes (oferecidos ou recebidos), ou orientações claras (nada de presentes acima de um valor simbólico); outras são menos específicas (“na medida em que não comprometa ou “não viole a cultura local”). Muitas vezes funciona apenas como mecanismo de mera conformidade com as obrigações legais. Uma regra importante aqui seria adoptar padrões éticos superiores aos que exige a lei, por exemplo, nada de suborno, em nenhuma circunstância, em nenhum lugar.

O caso *Siemens* mostra a variedade e o tamanho das dificuldades a enfrentar para implementar os sistemas anti-corrupção. E fala, sobretudo, da inoperância na aplicação do Código de Conduta (que não faltava) e do sistema de integridade da empresa em particular. Embora, neste caso, não ficou claro, não foi apurado se os subornos praticados no estrangeiro foram resultado da política interna empresarial (um sistema de irresponsabilidade organizada de modo tácito) ou de concretas falhas na gestão.

17 Disponível em vários idiomas in www.transparency.org/tools v. Business Principles for Countering Bribery—*Small and Medium Enterprise (SME)*. (2.ª ed. 2009).

Não basta, portanto, a adesão a pactos voluntários, pois não assegura um comportamento socialmente responsável por parte da empresa. Para dar vida ao código empresarial será fundamental a monitorização por meio de supervisão interna e externa.

Actualmente, muitas empresas possuem um Código de Ética para os negócios. Mas, curiosamente, o Relatório Global de 2009 divulgou que “quase 90% das 200 principais companhias do mundo inteiro que adoptaram códigos empresariais, menos da metade relata que o cumprimento à legislação é fiscalizado”. E mesmo, nas mais de 3.000 empresas que publicaram relatórios de responsabilidade social empresarial em 2007, menos de um terço foi verificado por uma auditoria independente¹⁸.

Por fim, deve fazer-se referência à importância de algumas iniciativas e instrumentos lançados no sector público administrativo e sector empresarial do Estado. Assim, a iniciativa promovida pelo Conselho da Prevenção da Corrupção, na sequência de um questionário realizado junto das entidades públicas, veio a revelar a existência de desconformidades ao nível da execução e acompanhamento de aquisições públicas e concessão de subsídios, através da Recomendação N.º 1, de 1 de Julho de 2009, lançada a todas entidades públicas de elaboração de um plano de prevenção e gestão de riscos de corrupção e infracções conexas¹⁹.

Mas, sem dúvida, mais importante do que ter um plano de gestão de riscos de corrupção, importa que cada entidade proceda realisticamente à respectiva implementação e acompanhamento e, em função dessa tarefa, proceder também às necessárias actualizações (correções) que venham porventura a justificar-se. O que se justifica, pela natureza dinâmica do instrumento. De igual modo, é importante evitar a implementação de um código limitado, “padronizado”, pois, é necessário o desenvolvimento de um plano

ou código personalizado à situação particular da empresa ou instituição em causa, que reflecta a sua identidade, dilemas e estratégia. Predominam, apesar de tudo, a existência de planos desadequados, por terem adoptado uma espécie de modelo único, igual para instituições muito diferentes. De referir, também, que o CPC recomenda publicitar no *site* da respectiva entidade o Plano de Prevenção de Riscos de Corrupção²⁰.

Ora, tudo considerado, os planos de prevenção devem ser eficazes, por isso não podem, uma vez feitos, repousar no *site* das Instituições.

Como bem aponta Neville Cooper, fundador do *London's Institute of Business Ethics*, apesar de um Código, um Plano poder ser um instrumento importante: “Um código de ética não torna pessoas ou empresas éticas, assim como martelos e serras não produzem móveis. Em ambos casos, são ferramentas necessárias, mas que precisam de design e utilização inteligente”²¹.

IV. ALGUNS ASPECTOS SOBRE O CONTROLO LEGISLATIVO (INTERNACIONAL E DOMÉSTICO) SANCIONATÓRIO DA CORRUPÇÃO

Por fim, mas não menos importante, cumpre apontar alguns aspectos da responsabilidade criminal dos diferentes instrumentos internacionais e nacionais de combate à corrupção.

Tendo em consideração, como pano de fundo, que o direito penal nunca será suficiente para a eliminação da corrupção, mas que a certeza da punição pode inibir a prática de tais condutas.

Durante muitos anos as nações (desenvolvidas e em desenvolvimento) possuíram legislações pouco abrangentes e muito diversas. Apenas na década de 90 instituições regionais e internacionais como a OCDE, a ONU, esforçaram-se por combater o

18 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xix, v.<http://www.transparency.org/publications/ger>

19 V. <http://www.cpc.tcontas.pt/>. Segundo dados recentes, já mais de 900 organismos públicos se associaram a esta boa prática, provenientes das mais variadas entidades da Administração Pública. Como tal categoria de práticas era desconhecida na administração portuguesa, o CPC elaborou e divulgou um Guião para auxiliar as entidades a elaborar os seus próprios Planos de Gestão de Riscos (identificando os riscos de ocorrência de actos de corrupção e similares, e, em complemento, definir as medidas tendentes à respectiva prevenção. O mesmo esforço foi também desenvolvido pela Associação Nacional de Municípios (ANMP) que divulgou um Guião ajustado à realidade autárquica.

20 V. Recomendação N.º 1/2010, de 7 de Abril, http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacao_cpc_001_2010.pdf. Também, nas acções recomendadas ao sector privado, o Relatório Global de 2009 de TI insta à divulgação das suas actividades contra a corrupção.

21 Neville Cooper, *Developing a Code of Business Ethics* (Londres, Institute of Business Ethics, 1990).

problema da corrupção através de convenções destinadas a harmonizar as leis anticorrupção das diversas jurisdições nacionais. Um impulso notável veio também de outras instituições internacionais, como o Banco Mundial, preocupado com o alto índice de corrupção em programas de desenvolvimento, e de ONGs comprometidas com o combate à corrupção, como a *Transparency International*.

Como é sabido, actualmente existem cinco grandes convenções internacionais anticorrupção. Por ordem cronológica de entrada em vigor, são: A pioneira Convenção Inter-Americana Contra a Corrupção (CILC), adoptada pela Organização dos Estados Americanos em 1996, com entrada em vigor em 7 de Março de 1997, que constitui o primeiro tratado internacional que aborda o tema da corrupção e a primeira iniciativa jurídica regional do mundo em desenvolvimento²²; A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais, adoptada pela OCDE em 21 de Novembro de 1997, Fevereiro de 1999²³; A Convenção Penal contra a Corrupção adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho de Europa (COE) em 27 de Janeiro 1999, Julho de 2002; A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ONU, assinada em 15 de Dezembro de 2003, Mérida, entrada em vigor em 14 de Dezembro de 2005²⁴, o tratado internacional universal de combate à corrupção; e A Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate contra a Corrupção e Ofensas Relacionadas, adoptada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (AU) em Moçambique em 12 de Julho de 2003, e que entrou em vigor em 5 de Agosto de 2006.

Deve sublinhar-se que esta superabundância actual de instrumentos, de bases jurídicas para o combate da corrupção representa um grande avanço e constituem exemplo, paradigma da tendência legal contemporânea na matéria. Contudo, esta profusão (e até confusão) de iniciativas mostra também as dificuldades que o mundo e os países enfrentam nesta matéria. Por outro lado, deve lembrar-se que, de forma geral, os instrumentos jurídicos internacionais não têm eficácia directa no âmbito estatal, já que dependem da implementação de legislação interna para que as suas disposições sejam efectivamente aplicadas. No que toca a este combate, o Estado português, assumiu as obrigações internacionais constantes na Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas de 2003²⁵, na Convenção de Direito Criminal contra a Corrupção do Conselho de Europa, de 1999²⁶, na Convenção contra a Corrupção da OCDE, de 1997²⁷, e na Convenção da União Europeia sobre o combate contra a corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados membros da União Europeia, de 1997.

Todas estas Convenções (excepto a da OCDE) ultrapassam os casos clássicos de corrupção, incluindo uma série de outras infracções conexas, como desvio de fundos públicos e privados, tráfico de influências, enriquecimento ilícito e abuso de poder. Deve notar-se, todavia, quanto ao âmbito de aplicação, que muitas delas incidem apenas sobre o sector público, não abordando a incidência da corrupção no sector privado. Já a Convenção de Direito Criminal contra a Corrupção do Conselho de Europa, a Convenção das Nações Unidas e a Convenção da União Africana dirigem-se também à corrupção no sector privado.

- 22 V. O texto da Convenção Interamericana Contra a Corrupção in www.oas.org. Esta convenção engloba um amplo elenco de práticas corruptas, incluindo desde a corrupção puramente doméstica até a corrupção internacional, embora, seja mais flexível quanto aos crimes de corrupção internacional e de enriquecimento ilícito. Quanto ao crime de enriquecimento ilícito, considerado também um acto de corrupção, dispõe no art. IX que os Estados-parte adoptarão as medidas necessárias para tipificar como delito na sua legislação o aumento do património de um funcionário público que exceda, de modo significativo, a sua renda legítima durante o exercício das suas funções e que não possa justificar razoavelmente, sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico”.
- 23 Disponível em <http://www.oecd.org>. O que demonstra o reconhecimento, pelos países desenvolvidos, que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, a corrupção internacional – global – produz também efeitos adversos nos países fornecedores de pagamentos, comprometendo o desenvolvimento e o funcionamento das instituições ao distorcer a competição internacional livre e justa.
- 24 Disponível em <http://www.un.org>.
- 25 Aprovada pela resolução da AR N° 47/2007, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 97/2007.
- 26 Aprovada pela resolução da AR N° 68/2001, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 56/2001.
- 27 Aprovada pela resolução da AR N° 32/2000, e ratificada pelo Decreto da Presidência da República N° 19/2000.

Note-se, assim, que por este caminho, é conferida uma especial relevância jurídica (personalidade jurídica internacional), às entidades de carácter corporativo privado e entidades transnacionais, na medida em que muitas das normas convencionais de Direito Internacional são a estas dirigidas.

Importante, a este propósito, é lembrar que, segundo dados do Relatório Global de 2009, em França, na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos, todos os grandes investidores e exportadores estrangeiros e mais de 80% dos executivos fiscalizados admitiram “não estarem nada familiarizados” com uma das mais importantes bases jurídicas no comércio global, a Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transacções Comerciais Internacionais. E que, somente aproximadamente um terço das empresas dos sectores económicos com altos riscos de corrupção – ex. sector de construção e energia – mantinha programas de treino para que os executivos aprendessem a evitar as práticas corruptas²⁸. Ora, para o seu cumprimento caberá às distintas instâncias fornecer a informação adequada para a consciencialização das bases dos instrumentos.

Repare-se que, além do aluvião de instrumentos internacionais, no ordenamento português verifica-se, ao lado do regime constante do Código Penal, a existência de uma teia de diplomas avulsos que, além de constituir um obstáculo para os operadores jurídicos, dificulta o seu reconhecimento pelo público-alvo (funcionários, empresas e cidadãos) pelo que perdem visibilidade e potencial impacto para estimular o seu cumprimento. Aceitar, neste âmbito, uma presunção de conhecimento da lei equivaleria, hoje em dia, que se estabelecesse uma verdadeira ficção, tendo em conta a dispersão e abundância de legislação. Temos, ainda, o problema das PME's que, de um modo geral, pelo contexto complexo em que actuam, será difícil reconhecer ou compreender os limites exactos das práticas corruptivas, pelo que o combate terá que passar, inevitavelmente, pela tomada de consciência das boas práticas incorporadas nos códigos de conduta e pela informação sobre a legislação anticorrupção.

Entre os vários aspectos da legislação internacional e nacional, neste contexto, interessará, em especial, lembrar que as empresas ou entidades corporativas, enquanto pessoas jurídicas, assim como os seus trabalhadores e administradores, podem ser legalmente responsabilizados por corrupção. De facto, uma das melhorias da legislação portuguesa (na senda proposta pelas convenções internacionais) com um impacto significativo é a ideia de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática dos actos corruptos previstos nos arts. 372 a 374 CP (arts. 11 e 90-A a 90-M do CP, através da Lei 59/2007). Rigorosas sanções contra empresas poderão constituir uma sanção tão eficiente como as sanções criminais contra indivíduos.

Uma questão de interesse, que cumpre realçar, ainda a propósito da possibilidade de uma empresa responder criminalmente por estes crimes, é relativo à (ampla) exclusão pelo art. 11, N° 3, al. a) e b) do CP das pessoas colectivas públicas (entidades públicas empresariais e entidades concessionárias de serviços públicos). Contudo, anota a doutrina que essas entidades respondem criminalmente sempre que tenham agido sem as prerrogativas de poder público²⁹. Parece-me que essa é a decisão acertada, uma vez que a Convenção do Conselho de Europa excepciona apenas às “entidades públicas no exercício das prerrogativas de poderes públicos e das organizações internacionais públicas” (art. 1, al. d).

Em relação às sanções, numa referência sumária, os textos internacionais exigem sanções *efectivas, proporcionais e dissuasivas* para infracções de suborno, e exigem o confisco ou perda da vantagem do suborno ou de quaisquer ganhos dele provindos. A perda de vantagens é um tópico de alta relevância na agenda anti-corrupção. Repare-se que a Convenção das Nações Unidas dedica todo o Capítulo V à recuperação de activos. A este respeito, o legislador português, com a reforma operada pela Lei 32/2010, quis tomar posição e eliminar a restrição da perda das vantagens (directamente adquiridas) (art. 111, N° 2 CP).

É claro que a ameaça das sanções e consequências das sanções pode ser útil, mas também é importante que as empresas cumpram a lei por outros

28 Global Corruption Report 2009, *Corruption and the Private Sector*, p. xix, v.<http://www.transparency.org/publications/gcr>.

29 Paulo Pinto de Albuquerque (2010, p. 94).

motivos tão importantes quanto as sanções, tais como, reputação, credibilidade e valores, pois isso, motiva uma cultura empresarial de integridade. De facto, houve uma mudança de paradigma e hoje parte-se do entendimento (por inspiração da legislação americana) que as empresas podem estar sujeitas a sanções com multas elevadas, visto que as multas não podem representar um risco calculável de negócio. É de assinalar que no caso *Siemens*, a multinacional alemã foi condenada a pagar elevadíssimas multas. Contudo, o principal temor da empresa não radicava tanto nas multas quanto na ameaça de proibição de concorrer a licitações públicas. Note-se que, entre as sanções previstas no CP para as entidades colectivas, há que lembrar que podem ser aplicadas como penas acessórias, por exemplo, a interdição do exercício de actividade, a proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, e a privação do direito a subsídios, subvenções e incentivos outorgados pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas (arts. 90-A, 90-H, 90-I e 90 -J). Atendendo ao conteúdo restrito da norma do 90-H do CP, a proibição não pode abranger todos os contratos nem pode abranger todas as entidades (apenas uma categoria de pessoas ou entidades).

Em relação aos diversos instrumentos internacionais, pode dizer-se que a Convenção da OCDE (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais)³⁰ é a que teve maior incidência no sector empresarial, em primeiro lugar, porque desencadeou um processo de reavaliação dos códigos de ética empresariais. Em segundo lugar, porque estabeleceu regras essenciais na actuação das empresas privadas que lidam com funcionários públicos estrangeiros em negócios internacionais, estabelecendo como objectivo a criminalização da corrupção transnacional (“global”) pelos Estados-membros. Assim, este instrumento constitui, sem dúvida, uma conquista histórica na luta contra a corrupção além-fronteiras (“transfronteiriça”).

Para além da Convenção, a OCDE formulou também uma das primeiras iniciativas anti-corrupção, em 1976 (e posteriormente revisadas), as *Directrizes para Empresas Multinacionais*, que incluem um capítulo sobre boas práticas em matéria de corrupção, dedicando a secção VI às medidas contra a corrupção a adoptar pelas empresas multinacionais. Convém lembrar o seu valor como recomendações dirigidas pelos Governos às Multinacionais mas que não constituem um instrumento internacional dotado de força jurídica obrigatória. Trata-se apenas de um instrumento da categoria *soft law*. Ora, apesar de estar dirigidas às Empresas Multinacionais, como assinalam as próprias *Directrizes*, o seu objectivo não é introduzir diferenças de tratamento entre as empresas multinacionais e nacionais, pois incorporam práticas recomendáveis para todas elas. Esperando-se, em consequência, das empresas multinacionais e nacionais a mesma conduta. Neste enquadramento, de carácter voluntário, as empresas multinacionais podem ser denunciadas, no caso da sua transgressão, através do sistema monitorização da OCDE.

Refira-se que a OCDE possui uma estrutura institucional, grupos de trabalho, para assegurar a monitorização e o cumprimento desta Convenção³¹. Além disto, os objectivos desta Convenção são ainda reforçados pelas Recomendações da OCDE. Assim, a última *Recomendação* realizada em 26 de Novembro de 2009, justamente há um ano, dá passos concretos e significativos para o fortalecimento da Convenção, como a proibição de pagamentos de facilitação, tendo em conta o efeito corrosivo dos pagamentos de facilitação de pequeno porte, nomeadamente no desenvolvimento económico sustentável e para o Estado de Direito.

Apesar de todos os esforços adoptados, no âmbito da OCDE, que demonstram o reconhecimento pelos países desenvolvidos de que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros produz efeitos adversos também nos países dos fornecedores de pagamentos ilícitos, é inegável que a crise económica coloca problemas na concorrência internacional

30 A OCDE também desenvolveu As Directrizes.

31 No relatório sobre a aplicação da convenção da OCDE para combater a corrupção de funcionários estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, divulgado em Julho de 2010, mais da metade dos 36 integrantes receberam duras críticas. África do Sul, Áustria, Austrália, Brasil, Canadá, Chile, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, México, Nova Zelândia, Polónia, Portugal, República Checa e Turquia, são os países referidos pela TI como não cumpridores das Convenções da OCDE. Em conjunto, representam 15 por cento das exportações mundiais. Lembrando, ainda, que um terço das exportações mundiais são feitas por países que não integram a organização (China, Rússia e Índia).

pelo que pode gerar uma quebra das regras éticas assumidas.

O que interessa salientar é que a Convenção da OCDE trata exclusivamente da corrupção (“activa”) de funcionários públicos estrangeiros, isto é, feita a funcionários. Portanto, deixa de fora a corrupção “passiva” (feita por funcionários estrangeiros). Já, a Convenção Interamericana, do Conselho de Europa e a das Nações Unidas dirigem-se a atacar tanto a forma activa como a passiva. Portanto, para os fins da Convenção da OCDE, somente os agentes privados (pessoas singulares ou colectivas) são os sujeitos activos do crime.

Nos diversos países, assistiu-se, portanto, a um processo de penalização internacional de tais condutas ilícitas, que já produziu reflexo no ordenamento jurídico português (primeiro, no D-L 28/84, através da Lei 13/2001, e posteriormente através da Lei 20/2008). Em Portugal, tanto quanto se saiba, não houve, ainda, nenhuma condenação por estes crimes. Situação análoga parece ocorrer na generalidade dos países europeus.

Contudo, a própria Convenção da OCDE no seu art. 5 acautela que as investigações criminais e procedimentos criminais “não serão influenciados por considerações de interesse económico nacional, pelos possíveis efeitos sobre as relações com um outro Estado ou a identidade das pessoas singulares ou colectivas em causa”.

No que diz respeito aos chamados pagamentos de facilitação, isto é, o pagamento de funcionários públicos para obtenção de serviços rotineiros que seriam parte de suas obrigações, é uma matéria controversa. Importa referir que a Convenção das Nações Unidas (UNCAC) não inclui uma distinção explícita. E que a própria Convenção da OCDE até há pouco, antes da Recomendação de 2009, não classificava como ilegais os pagamentos de facilitação (parágrafo 1, comentário N° 9). Sucede que como o critério de distinção entre pagamentos facilitação (legais) e pagamentos ilegais era pouco claro e, portanto, altamente questionável, foi sugerida a sua eliminação. Repare-se que o facto de aceitar os pagamentos de facilitação legítimos teria um grande impacto, equivaleria a ter dois pesos e duas medidas, tendo em conta a pouca limpidez da distinção e, por outro lado, que a integridade é altamente desincentivada. Assim, alega-se, que os numerosos pagamentos de facilitação –geralmente pequenos pagamentos facilitadores

realizados pelas empresas “para fazer as coisas acontecerem” – são considerados prejudiciais, uma vez que se multiplicam ao longo do sistema e ajudam a alimentar burocracias e governos corruptos.

Importa, ainda, ter em conta que o fenómeno de corrupção no sector privado, a outra forma emergente de corrupção, tem recebido, em geral, uma atenção mais limitada dos textos internacionais, dos legisladores nacionais e da doutrina.

A nível internacional, como foi já referido, a Convenção sobre o Combate à Corrupção da Organização para a Coordenação e o Desenvolvimento económico (OCDE) é omissa, pois trata, apenas, do suborno de funcionários públicos estrangeiros. No que toca à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aborda a incidência da corrupção no sector privado mas somente requer que os países “considerem” a criminalização do suborno comercial (art. 21). Porém, a Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho de Europa (1999) requer, de forma contundente, que os países proibam o suborno no sector privado (v. arts. 7 e 8).

A nível dos distintos ordenamentos jurídicos nacionais, há grande diversidade na abordagem do suborno comercial (corrupção no sector privado). Assim, mesmo que um país não tenha uma lei específica sobre o suborno comercial como forma de corrupção, outras leis podem sancionar tais comportamentos. E tais leis podem abordar a regulação do fenómeno, partindo de pontos de vista diferentes, como por exemplo, do ponto de vista da violação das obrigações fiduciárias para com o proprietário da empresa, quebra de confiança para com o empregador, ou restrição da livre concorrência. Esta variedade de abordagens traz diferentes modelos de proibição, de sanções, e de paradigmas para enfrentar esta realidade. Ora, a existência de apenas proibições indirectas, além de provocar lacunas, poderá não produzir um efeito adequado de dissuasão (proporcional ao total dos danos causados pela corrupção). Pode apontar-se ainda, entre outros efeitos adversos, que a ausência de uma legislação uniforme impede uma tomada de consciência consistente por parte dos actores privados. Isto significa que se os actores privados são comumente proibidos de subornar clientes (funcionários) do sector público, as mesmas práticas no caso de clientes privados podem beneficiar de dificuldades de enquadramento legal e até serem consideradas legais, desde que não lesem os interesses das próprias empresas ou a concorrência.

Além, de que não há dúvida de que através dessa formas indirectas há mais dificuldades na obtenção de dados estatísticos sobre estes comportamentos corruptos. *Maxime*, quando esta possibilidade também conhece, porém, outros limites, pois, de facto, é difícil saber o *quantum* da corrupção no sector privado, sobretudo porque as empresas, frequentemente, são contrárias a adoptarem publicamente medidas de perseguição contra o suborno comercial, temendo um possível impacto negativo sobre a sua reputação.

Mas, ainda assim, é possível encontrar outros dados, por exemplo, no Estudo sobre pagadores suborno (*Bribe Payers Survey*), 2008 da *Transparency International*, que entrevistou mais de 2.700 executivos de 26 países, onde se refere que um em cada quatro entrevistados indicou que a corrupção no sector privado prejudica a operação e o crescimento do seu negócio, o que faz dessa forma de corrupção um obstáculo mais amplamente relatado do que outras questões, como por exemplo, questões de infra-estrutura ou de funcionamento do sistema judiciário.

No que toca ao Direito português, a obrigação de criminalizar decorre da ratificação da Convenção do Conselho de Europa e da Decisão-Quadro 2003/568/JAI (que revogou a anterior Acção Comum 98/742/JAI sobre a matéria).

Esta matéria, o regime jurídico da corrupção no sector privado, apesar da sua história muito recente, foi já alvo de diversas alterações pelo legislador português. Assim, o legislador começou por introduzir significativamente, através da Lei 108/2001, a corrupção no sector privado e no comércio internacional no Decreto-Lei N° 24/84, relativo as infracções contra a economia e contra a saúde pública). Mas, fazendo uso das reservas admissíveis, limitou a tipicidade do crime de corrupção privada, incorporando a exigência de causação de um resultado típico (“*a distorção da concorrência ou um prejuízo para terceiros*”). Porém, com esta fórmula técnico-legislativa, consagrando um crime dano e resultado, o legislador esvaziava o conteúdo prático deste tipo de crime, atribuindo-lhe apenas uma função simbólica.

A Lei 20/2008, caducadas as reservas apostas à Convenção do Conselho de Europa, levou a cabo algumas alterações de natureza material da redacção originária, razoáveis e justificadas. Correcto foi o alargamento do âmbito de punibilidade, através da transformação em crimes de perigo abstracto, uma vez que, tais condutas já não exigem distorção da concorrência nem prejuízo patrimonial efectivo para terceiro, e, portanto, apenas é necessário que a realização da conduta (solicitar ou aceitar/dar ou prometer) vise a prática de “*um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais*” (arts. 8, N° 1, art. 9, N° 1 Lei 20/08). Também parece correcta a qualificação (agravação) do crime, através de uma fórmula de perigo abstracto-concreto, quando a conduta “*for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros*” (arts. 8, N° 2, art. 9, N° 2 Lei 20/08).

No que toca ao bem jurídico protegido, não obstante ter em vista a prática de “actos ou omissões que constituam uma violação dos seus deveres funcionais”, parece-me que é no horizonte da qualificação de crime de perigo abstracto-concreto que se refracta o bem jurídico protegido. Assim, pode-se assegurar que o crime de corrupção no sector privado visa defender dois bens jurídicos, com carácter disjuntivo, a concorrência leal e o património de terceiro³². O texto da norma não deixa espaço para dúvidas. E isso era tanto mais verdade na legislação anterior quando o legislador, optando por inserir os crimes em apreço no D-L 24/84, não duvida da sua natureza económico-patrimonial³³.

Outro aspecto interessante da formulação da Lei 20/2008, é que se definiu, se tipificou de forma bastante abrangente o crime de corrupção privada, isto é, sem definir o âmbito de aplicação, de actuação. Repare-se que os textos internacionais incorporam restrições na descrição do tipo incriminador. Assim, a Convenção do Conselho de Europa caracteriza a conduta “no âmbito de uma actividade comercial”, a Decisão-Quadro impõe que tenha lugar “no exercício de actividades profissionais”, e a Convenção das Nações Unidas que tenha lugar “no decurso de actividades

32 Também assim, Paulo Pinto de Albuquerque (2010, p. 988).

33 Porém, Carlos de Almeida (2010) comenta, citando doutrina espanhola, que no tipo base descrito no N° 1 visa tutelar apenas a confiança e lealdade nas relações de trabalho (embora direccionada aos interesses patrimoniais do outro contraente), e que no tipo qualificado do N° 2, a esse bem jurídico acresce a lealdade da concorrência e o património.

económicas, financeiras ou comerciais”. Problema delicado será o da compreensão destas referidas ou omissas expressões.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir daqui, é, de facto, possível considerar que a integração do Décimo Princípio do Pacto Global na agenda da RSE enviou um sinal forte a todo o mundo da responsabilidade das empresas nos desafios para minimizar a corrupção. Não tendo ignorado isto, as empresas têm intensificado esforços para a sensibilização e implementação do mesmo. De igual modo, as instâncias internacionais e nacionais também conseguiram avanços importantes. Mas, parece claro que as melhores regras ou instrumentos são inúteis se não forem aplicadas. Mas tanto quanto pudemos apurar, a implementação do Décimo Princípio constitui um dos desafios de mais difícil implementação. Ilustrativo, mostrando a falta de consciência e de sensibilidade para este desafio é a publicidade requintada e continuada (2009-2011) de uma conhecida multinacional sobre um café de “corpo e alma” – Nespresso.

Mal se compreendendo a actuação de um actor charmoso a mostrar que não resiste à tentação divina da corrupção. Insinuando ainda ...um Alto poder divino corrupto. Mas, em contrapartida, repare-se que a mesma empresa, por outro lado, noutra anúncio complementar da saga publicitária, preocupa-se em deixar claro que, isso sim, as questões ambientais foram integradas (consciencializadas) na política da empresa através da reciclagem 100 % das cápsulas de alumínio.

Daí que a luta contra a corrupção é um processo contínuo que precisa de dedicação e de apoio transversal, isto é, deve envolver um conjunto de intervenientes (governantes, empresas, cidadãos, meios de comunicação, etc.). Isto significa, entre outras coisas, que há, de facto, que realizar esforços para promover uma efectiva “parceria pública privada” nas questões do combate à corrupção.

Há, desde logo, um longo caminho a percorrer. E o caminho faz-se caminhando, como advertiu o poeta A. Machado.

EL ENTE INSECURITAS Y LA INSEGURIDAD DEL DERECHO PENAL. REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO ALEMÁN*

María LAURA BÖHM**

Sumario: Introducción. I. La administración y el combate del delito. II. Construcciones actuales de la política criminal alemana. III. Un antecedente: El *Gefährder* alemán. IV. Derecho *anti-insecuritas*: guerra a los riesgos. V. El *ente insecuritas*. VI. Reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal.. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El sistema penal y el derecho penal de cada Estado por supuesto que tienen rasgos propios que no se reiteran en otros contextos. No obstante ello, es posible distinguir similitudes entre distintos ordenamientos así como entre las prácticas y los discursos en que esos ordenamientos tienen lugar, ya sea por motivos históricos (cuando, por ejemplo, un sistema ya establecido resultó modelo a importar por nuevos sistemas, como es el caso del derecho penal y la dogmática alemana en el ámbito latinoamericano) o por ponerse en marcha políticas que responden a coyunturas y necesidades que se replican en distintos contextos. Esto es, a mi entender, lo que sucede hoy con el curso que ha ido adoptando el discurso penal desde fines del pasado siglo XX en gran parte del así llamado mundo occidental. Ya sea Alemania, Estados Unidos o Argentina, una palmaria obsesión por la seguridad –con lo difuso que es este concepto y la diversidad de significados que puede adoptar en uno y otro contexto– ha reformulado los términos del discurso penal. El tema de este trabajo es cuáles son los aspectos novedosos o que cuanto menos parecen novedosos en este discurso así como el funcionamiento de los dispositivos por él construídos. La base del análisis fueron dispositivos político-criminales del ámbito alemán. Se presentan a partir de ello dos conceptos nuevos destinados a hacer más visibles estas

transformaciones –con la pretensión de que la mayor visibilidad facilite la resistencia que pueda ejercerse contra ellas–: Sostengo en el presente trabajo que el derecho penal ha devenido en muchos campos en un *derecho anti-insecuritas*, que ya no se dirige contra potenciales o actuales ofensores, sino contra *entes insecuritas*.

Para tratar este tema se discurre en primer término sobre las (aparentemente) divergentes corrientes que pueden observarse en el ámbito del control del delito (apartado 1). Me adentraré luego en la descripción de dos construcciones recientes de la política criminal alemana, que ponen en evidencia una cierta preferencia por la implementación de técnicas fuertemente intrusivas, propias de las corrientes de perfil más bien bélico frente al delito, y que sin embargo son puestas en marcha haciendo uso de herramientas habituales en el ámbito de la administración de riesgos, lo que conlleva una amplitud y difusa actuación del derecho (apartado 2). A continuación se presentará una figura crítica en el ámbito de las políticas criminales y de seguridad alemanas –aquel destinatario considerado por las fuerzas de seguridad un *Gefährder*– (apartado 3), para luego explicar el funcionamiento de esta nueva versión del sistema y del derecho penal que llamo *derecho anti-insecuritas* (no limitada al ámbito germano), que se muestra interesada en combatir la inseguridad y no en prevenir, investigar y juzgar la

* Texto originalmente publicado en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, N° 3, Abril 2012, pp. 156- 80.

** Abogada (UBA), Diplomas en Criminología (UNLZ y Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Dr. Phil., Hamburg Universität). Actualmente investigadora post-doctoral (Georg-August-Universität Göttingen) en calidad de becaria de la Fundación Alexander von Humboldt. Miembro co-fundadora del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC, Buenos Aires), miembro co-fundadora y coordinadora del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen (GLIPGö, Göttingen), y miembro del Grupo de Estudios en Derecho Penal Internacional (KAS/Göttingen). Todo comentario o consulta sobre el texto será bienvenido y puede enviarse a la siguiente dirección: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de.

comisión de delitos concretos (apartado 4). El destinatario de este derecho, quien ya no es un ‘criminal’ o ‘infractor’, sino una figura difusa, construida como antítesis de la seguridad por las agencias de política criminal y de seguridad de acuerdo a parámetros de riesgo y combatida luego como enemiga, es decir, el *ente securitas* también estará delineado (apartado 5). Por último se presentarán unas breves reflexiones sobre la violencia del Derecho, el Estado de Derecho y la inseguridad del derecho penal (apartado 6).

I. LA ADMINISTRACIÓN Y EL COMBATE DEL DELITO

En textos anteriores he analizado las correlaciones y diferencias existentes entre el análisis sociojurídico del inglés David Garland y la propuesta teórica del jurista alemán Günter Jakobs respecto de las políticas y legislación criminales de las últimas décadas en los ámbitos anglosajón y alemán.¹ Aquí me limitaré a repasar someramente las ideas centrales de sus trabajos a fin de facilitar el abordaje del presente texto. Garland críticamente describe una doble respuesta al crimen por parte de las agencias de control y de quienes teorizan al respecto –analiza fundamentalmente Estados Unidos y el Reino Unido– y explica una *criminology of the alien other* que se contrapone a una *criminology of the self* o *criminology of the everyday life*.² Mientras que en el primer caso se responde al delito tratando al criminal como un otro, extraño y peligroso que debe ser excluido del grupo social, en el segundo caso se entiende al delito como un factor más de la sociedad moderna en la que a diario se toman decisiones, se asumen y se previenen riesgos.

Mientras que en el primer caso la forma de acción es definida políticamente –hay muchas emociones y por lo tanto intereses en juego cuando se hace público un hecho violento de gravedad– y tiene una fuerte carga ofensiva y emocional, en el segundo la respuesta es más bien técnico-administrativa, orientada a la prevención situacional de oportunidades de riesgo. Esta doble respuesta que Garland críticamente analiza se deja superponer parcialmente a la propuesta de Jakobs en el ámbito jurídico-penal.³ Günther Jakobs advirtió hace ya unos años que la legislación penal alemana estaba sufriendo transformaciones de envergadura. Los ‘terroristas’ fueron uno de los grupos que le llamaron la atención, porque la legislación sancionada para ‘combatirlos’ distaba mucho de seguir los lineamientos tradicionales del derecho penal liberal.⁴ A partir del estudio de ese y de otros ejemplos (autores –o sospechosos– de delitos sexuales, de delitos económicos, o involucrados en el crimen organizado, ‘traficantes’), Jakobs llegó a la conclusión de que existe una legislación con nuevas reglas, que no se dirige a ciudadanos que simplemente violan la ley, sino contra “enemigos” que por resultar un peligro para los ciudadanos y para el propio sistema jurídico y político, son “combatidos”, y “reguladamente excluidos”⁵.

Esto que él llamó Derecho Penal del Enemigo (*Feindstrafrecht*) significa, básicamente, recorte de garantías procesales, escalas penales desproporcionadamente altas, conversión en delito de los más remotos e imprecisos vestigios de preparación de un delito, y una comunicación “bélica” y no “jurídica”⁶ con sus destinatarios, quienes, en esta lógica, son

1 Böhm 2006, 2007, 2007a y 2007b.

2 Cfr. Garland 1996, 1997 y 2005.

3 En el mes de julio de 2007 se realizó en la ciudad de Frankfurt una jornada de tres días en que se trató específicamente el trabajo *The Culture of Control* de David Garland, su recepción teórica en Alemania y la utilidad del análisis para la realidad alemana. Invitado especial fue el mismo Garland, quien tuvo la oportunidad de intercambiar al respecto con los investigadores alemanes. El libro de la jornada fue publicado como número especial del *Kriminologisches Journal* (Beiheft 9, 2007) y ofrece –entre otros temas– variados enfoques sobre la concordancia/discordancia entre los estudios de Jakobs y de Garland.

4 En el presente trabajo se presentan entre comillas dobles (“ ”) las citas textuales, como es de uso habitual, y se presentan entre comillas simples (‘ ’) los términos cuyo significado es considerado particularmente polémico, y de los cuales –aunque sería deseable– un análisis profundo escapa al ámbito temático propuesto en este artículo. Este último entrecomillado tiene por único fin destacar el carácter problemático de la terminología que circula en el discurso penal, pero que necesariamente debe ser utilizada en los textos que, como el presente, se dedican precisamente al estudio de las prácticas generadas en y por ese discurso. La utilización de cursivas, por su parte, no indica citas textuales –salvo en los casos de transcripciones del idioma original, en las notas al pie–, sino términos extranjeros y/o una idea que desea destacarse.

5 Jakobs 2000: 53/54, 2004: 95 (“tales medidas no tienen lugar fuera del derecho, pero los acusados, en tanto son atrapados por ellas, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos en una forma jurídicamente ordenada” [“solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf”]) y 2003: *passim*.

6 Jakobs 2004: 90.

considerados individuos – o incluso llamados “peligros”, pero no “personas”.⁸ Puede discutirse acerca del valor que Jakobs da a esta legislación.⁹ Lo que no es discutible, es que esta legislación existe. Puede también discutirse acerca de qué tan novedosa es este tipo de legislación de lucha contra un ‘enemigo interno’ (de las cuales ha habido muchas¹⁰); lo que no es objeto de discusión es que la generalidad, ubicuidad y hasta casi podría decirse *normalidad* con que esta legislación viene siendo sancionada la alejan claramente de toda legislación de emergencia que pudiera haberse dado con anterioridad. Es decir, ya ni siquiera es necesario aludir en primer término a esa pretendida situación de emergencia (la que antes habilitaba la acción legislativa aparentemente contraria a los dictados del Estado de Derecho) para que la legislación penal de combate sea aceptada –aunque, como se verá, el rasgo de excepcionalidad sigue estando presente–. Pareciera bastar con decir que esa legislación o práctica es necesaria para proteger al Estado de Derecho y la Seguridad general.¹¹ Aquellos que siguen comportándose como ciudadanos, por otro lado, son investigados y juzgados de acuerdo con las reglas habituales –de raigambre liberal– por el derecho penal que, en terminología de Jakobs, deviene así en

un Derecho Penal del Ciudadano (*Bürgerstrafrecht*).

De acuerdo con el análisis sociojurídico de Garland respecto de parte del mundo anglosajón, teniendo también en cuenta la propuesta jurídicopenal de Jakobs en cuanto a la legislación alemana,¹² y tanto en lo relativo a cómo son entendidos los destinatarios de las medidas de prevención o los destinatarios de la ley penal, como en cuanto a cómo son entendidos y definidos los campos del delito sobre los que se actúa, pareciera haber dos modelos en juego: Un primer modelo de defensa y combate de enemigos, extraños al grupo y ofensivos, para lo cual debe actuarse en forma *inmediata y violenta* –sin garantías, con altas penas, con reglas flexibles en el proceso penal, etc.–; el otro modelo de control y minimización de riesgos, en que el vocabulario es menos ofensivo, pero más *difuso* –en todo momento, en todo lugar se generan riesgos para algo o para alguien, por lo que en todo momento y en todo lugar (y respecto casi de cualquiera) se podría o debería intervenir a fin de minimizar los riesgos e impedir futuros daños.

Esta aparente dicotomía en las racionalidades de la política y del derecho penal (que en investigaciones anteriores descarté como dicotomía y presenté como

7 Jakobs 2004: 90 (“El Derecho Penal del Ciudadano procura conservar la validez de la norma, el Derecho Penal del Enemigo [...] combate peligros” [*“Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht (...) bekämpft Gefahren”*]).

8 Jakobs 2000: 53 (“de momento no-personas” [*“aktuell Unpersonen”*]). Debo recordar en este punto (a fin de evitar las erradas lecturas que tan habitualmente se observan en los análisis del trabajo de Günther Jakobs), que el término “persona” utilizado por él no es equivalente al término *ser humano*. En el discurso de Jakobs el “enemigo” pierde su calidad de “persona” –en el sentido de que pierde el reconocimiento de su rol y de su capacidad de comunicación social–, pero eso no significa la pérdida de su calidad de ser humano y, por lo tanto, no implica en forma automática el desconocimiento de sus Derechos Humanos.

9 Sobre las discusiones al respecto, pueden mencionarse como dato anecdótico las críticas sufridas por el criminólogo crítico Fritz Sack. El viejo y querido profesor es un crítico agudo de la idea del Derecho Penal del Enemigo, rescatando sin embargo en sus conferencias y textos el enorme valor descriptivo del trabajo de Günther Jakobs (véase al respecto Sack 2007). Lamentablemente muchos colegas alemanes no han sabido diferenciar la descripción y el análisis legislativos realizados por Jakobs (que lo llevaron a hablar de Derecho Penal del Enemigo ya en el año 1985, aunque con recelo) de la posterior valoración o incluso defensa que este autor realizó de tal desarrollo y de ese concepto como idea a concretarse político-criminalmente, a partir de la conocida conferencia de 1999 (cfr. Jakobs 2000). En una conversación que sostuvimos en Göttingen en septiembre de 2011, el Prof. Jakobs volvió a confirmar que su concepto del Derecho Penal del Enemigo no es meramente descriptivo, sino también prescriptivo. Normativamente, sostiene, la diferenciación por él analizada es necesaria (la conversación con el Prof. Jakobs está disponible – en alemán – en: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Lehre/escuela-de-verano-2011.html>, y estará disponible próximamente en castellano en el *Boletín GLIPGö 3/ mayo 2012*, de difusión online).

10 Cfr. sobre este punto de vista, por todos y con diversas referencias históricas, Scheerer/ Böhm/ Viquez 2006; Zaffaroni 2006.

11 Cfr. Jakobs 2005. Aquí es interesante resaltar un punto de contacto, pero a la vez de innegable diferencia con la idea de enemigo de Carl Schmitt en *El concepto de lo político (Der Begriff des Politischen)*, 1963 – orig. 1927). Para Jakobs, se trata de enemigos, y por lo tanto, se está en guerra, como lo formulaba también Schmitt. Sin embargo, la “diferenciación amigo-enemigo” (*“Freund-Feind-Differenzierung”*) de Schmitt es el núcleo del concepto de lo político, mientras que para Jakobs esta distinción se realiza dentro del ámbito jurídico. El derecho penal se hace cargo de una tarea propia del ámbito político, en que la seguridad debe ser definida. El sistema penal, de esta manera, se hace cargo del fin de Seguridad que se atribuye al Estado.

12 Es importante destacar que Jakobs, en distintas oportunidades, ha dejado en claro que su estudio se limita a la realidad jurídicopenal alemana, sin poder afirmar si el mismo es aplicable a otros contextos. Cfr. como ejemplo de esta afirmación, la entrevista antes mencionada (*supra* nota 9).

complementariedad o simbiosis en las prácticas de la(s) política(s) criminal(es) actuales¹³) no solo no es tal, sino que luego del análisis de algunos dispositivos político-criminales, puede afirmarse que en ellos se encuentran íntimamente relacionadas ambas lógicas: el control de riesgo y el combate de enemigos, lo que implica (si se me permite la metáfora) un *crescendo* de las facultades de intervención del sistema penal, que llega a hacer sonar al sistema penal y al derecho penal que (no) lo explica en un estridente *fortissimo*. Por esta razón es que considero pertinente utilizar incluso otro término para referirnos a este derecho que –como se verá– tiene por fin proveer seguridad y combatir la inseguridad. En el próximo apartado describo dos dispositivos que dan cuenta de un *derecho anti-inseguritas*.

II. CONSTRUCCIONES ACTUALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL ALEMANA

En los documentos parlamentarios y en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) relativas a la *vigilancia auditiva encubierta* y a la *medida de internamiento preventivo impuesto con posterioridad* (es decir, *con posterioridad a la sentencia condenatoria*) se encuentra un espacio elocuente en cuanto a qué posibilidades discursivas alberga el derecho penal actual, y qué transformaciones implican estas posibilidades discursivas en la práctica político-criminal. Se trata de dos construcciones o dispositivos –discurso materializado en una intervención– del discurso penal que fueron motivo de fuertes discusiones tanto académicas como en la opinión pública, justamente por mostrarse algo distintos a un ‘tradicional’ derecho penal: El primer caso es el internamiento preventivo impuesto tardíamente o con ulterioridad (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), incorporado al Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, “StGB”) en 2004 previo dictamen favorable del Tribunal Constitucional en igual año, y que fue abolido en 2011, previa sentencia de

2009 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El segundo caso es el de la vigilancia auditiva domiciliaria (*akustische Wohnraumüberwachung*) incorporado primeramente al Código Procesal Penal alemán (*Strafprozessordnung*, “StPO”) en 1998, controlado constitucionalmente en 2004 y reformado de acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional en 2005. En este segundo caso no se trató únicamente de una reforma procesal, sino también de la reforma conjunta del art. 13 de la Constitución (*Grundgesetz*, “GG”) que hizo posible la introducción de tal medida. En ambos casos, como se verá, los mecanismos institucionales del Estado de Derecho funcionaron con plenitud y dieron lugar a dispositivos no acordes con el derecho penal conocido, sino más bien propios de un derecho exclusivamente dirigido a procurar seguridad.

A. Internamiento preventivo impuesto con posterioridad a la sentencia condenatoria

La medida de internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia condenatoria que estaba prevista en el § 66b StGB, era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se trataba del internamiento preventivo –inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida– de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.).

Este dispositivo fue legislado *con posterioridad* a su aceptación constitucional por el Tribunal Constitucional, es decir, fue primero anunciada su conformidad con el ordenamiento constitucional y luego sancionada, lo cual da cuenta de una peculiar práctica legislativa, solo explicable si se lee en el contexto de la obsesión securitizante que, precisamente, trastoca los términos habituales del discurso y la práctica penal¹⁴. La medida nació con base en discutibles

13 En otros sitios ya he desarrollado el argumento, con base en distintos ejemplos, de que esta dicotomía es solo aparente y que en realidad la actuación de ambas lógicas es complementaria. Cfr. Böhm 2006: 245, 2007: 179 ss.; 2007a: 98 ss., 2007b: 254 ss.

14 Con el término securitizante se hace referencia aquí al concepto *securitization*. Este concepto fue desarrollado por Barry Buzan, Ole Waever y Jaap de Wilde en su obra *Security: A New Framework for Analysis* (Buzan/ Waever/ de Wilde 1998) y fue bien sintetizado por Williams: Se trata de “procesos en los cuales el ‘acto de habla’ de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un ‘tema de seguridad’, desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como ‘amenaza existencial’, que evoca y justifica medidas extremas”. (Williams 1998: 435 – “*processes in which the socially and politically successful ‘speech act’ of labelling an issue a ‘security issue’ removes it from the realm of normal day-to-day politics, casting it as an ‘existential threat’ calling for and justifying extreme measures*”). Buzan, Waever y de Wilde son teóricos de las relaciones internacionales y tomaron por base de estudio y aplicación de su idea precisamente el ámbito de las relaciones exteriores entre Estados nacionales. La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en castellano) consiste en que si se encuentra un motivo medianamente plausible de por qué un Estado se ve amenazado por otro (lo cual incluye la

argumentos que llevaron a su sanción a nivel estadual como medida excepcional de emergencia, como defensa (*Gefahrenabwehr*). Dado que no se lograba la mayoría necesaria para que la medida pudiera ser incluida en el código penal mediante sanción federal (precisamente por la violación de derechos e inconstitucionalidad que tal medida implicaría), y con el fin de evitar la soltura de ocho condenados prontos a recuperar su libertad, los Estados de Baviera y Sajonia Anhalt decidieron sancionar excepcionalmente la posibilidad del internamiento como medida de defensa para esos ocho casos concretos, lo cual se hizo precisamente mediante leyes de carácter preventivo-policia, es decir, no penales, y por lo tanto dentro de su competencia legislativa¹⁵. La medida fue inmediatamente aplicada a los condenados en cuestión, considerados de alto riesgo para la seguridad. Mediante estas leyes estos quedaron automáticamente en custodia preventiva después de haber cumplido su condena¹⁶.

El Tribunal Constitucional, al momento de decidir la competencia legislativa de estos Estados el 10 de febrero de 2004¹⁷ declaró nulas tales leyes por entender que la medida de seguridad en cuestión pertenecía al ámbito del derecho penal y por lo tanto la

competencia legislativa correspondiente era la federal. No obstante, el Tribunal Constitucional habilitó la continuidad de la vigencia de ambas leyes y fijó un plazo de más de siete meses (hasta el 30 de septiembre de 2004) al cabo del cual, en caso de no haber para ese momento legislación federal que habilitara la continuación del encierro de los sujetos en custodia, estos deberían ser dejados en libertad. Según el Tribunal Constitucional, en ambos Estados había condenados prontos a recuperar la libertad, sobre quienes existía la certeza de que eran altamente peligrosos y no debían ser dejados en libertad; la inseguridad que causaría su soltura era vista como un hecho cierto.¹⁸ Asimismo, el Tribunal anunció que en principio no había reparos constitucionales para la sanción de una ley que posibilitara la imposición ulterior del encierro preventivo¹⁹.

Los legisladores del *Bundestag*, es decir, del parlamento federal, entendieron la sentencia del Tribunal Constitucional como visto favorable e incluso como mandato: la ley es necesaria para aplicarla (retroactivamente) a sujetos altamente peligrosos y evitar así que puedan recuperar su libertad una vez cumplida su condena²⁰. La ley fue sancionada el 23 de julio de 2004, incorporándose en el Código Penal

posibilidad de la mera construcción de este motivo), quedando en peligro su propia existencia, el pretendido foco de la amenaza puede ser transformado en forma relativamente sencilla en un objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza. De esta manera, mediante medidas de excepción lo ilegal deviene legal. Para un estudio detallado de este concepto desde distintas perspectivas académicas y nacionales véase *C.A.S.E. Collective* 2006. (Sobre esta temática se encuentra en preparación un texto de mi autoría, en castellano – *Securitización* –, a publicarse en 2012; breves referencias sobre el tema en su relación con la economía neoliberal presento en *Böhm* 2012).

- 15 *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001* (Ley de Bavaria sobre el internamiento de infractores de alta peligrosidad en especial situación de riesgo de reincidencia); y *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG) vom 6. März 2002* (Ley del Estado de Sajonia Anhalt sobre el internamiento de personas en especial situación de riesgo de reincidencia con el fin de la defensa de peligros severos para la Seguridad y el Orden públicos).
- 16 Detallado sobre estas reflexiones y proyectos *Bender* 2007, p. 26 ss.
- 17 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190).
- 18 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 236.
- 19 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 10.02.2004 (BVerfGE 109, 190), p. 238 s.
- 20 Cfr. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/100, *Bundestag*), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (*Plenarprotokoll* 15/115, *Bundestag*), p. 10553. Sobre la exigencia de sanción penal que significó la decisión del Tribunal Constitucional véanse los críticos comentarios de *Laubenthal* (2004: 744), *Kinzig* 2008 (“(...)le exigió suavemente, que sancionaran las disposiciones correspondientes...” [“...ihn sanft auffordert, die entsprechende Vorschrift zu erlassen(...)”], p. 48), *Mushoff* (2008: 40), quien describe al procedimiento de dejar a los detenidos encerrados sin base legal mientras se espera la sanción de la nueva ley como un “*Novum*” constitucional. Véase también *Pestalozza* (2004), quien ya en el título de su comentario habla de un forzado cierre de una laguna en la legislación federal mediante la medida de seguridad de aplicación posterior (“*widerwillen sperrenden Bundesstücke bei der Sicherungsverwahrung*”) y denomina la decisión del Tribunal Constitucional como “mala praxis” (“*Kunstfehler*”) (p. 606).

el § 66b²¹ con votación incluso de quienes seguían teniendo reservas acerca de la constitucionalidad de la medida²². El dispositivo de la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* se sancionó y se aplicó retroactivamente²³.

Debido a la falta de previsibilidad de la imposición de la medida y a la falta de conexión entre hecho y decisión, y expresamente estableciendo que ni una medida de seguridad ni la agravación de sus condiciones pueden aplicarse retroactivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó en diciembre del 2009 a Alemania por violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos²⁴. El 22 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que abolió parcialmente la medida de seguridad ulterior²⁵. Según la nueva normativa la medida solo podía ser aplicada en combinación o a continuación de concluirse la medida de seguridad de internamiento en una clínica psiquiátrica, lo cual hasta la reforma estaba previsto solo como tercera variante. Es decir que el internamiento preventivo ulterior ya no era aplicable a continuación de una pena de prisión. Finalmente, el 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional determinó la incompatibilidad de la normativa de la medida de seguridad ulterior con el art. 2 (2), 2da. oración –Derecho a la libertad– (y en relación con los arts. 104 y 20) de la Constitución

alemana. Tanto la normativa anterior como la medida que perduró por la ley del 22 de diciembre de 2010 fueron declaradas inconstitucionales²⁶. Esta última decisión del Tribunal Constitucional y la nueva interpretación legal dada en la misma son resultado directo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la supremacía dada a su jurisprudencia, la cual debe ser entendida como ayuda interpretativa para el derecho constitucional alemán.

El escarpado camino desde su sanción hasta su abolición, plagado de redefiniciones y reinterpretaciones de los principios del Estado de Derecho y los derechos por él reconocidos, se explica por el avance excesivo que significaba esta medida sobre los derechos individuales. Este avance fue permanentemente justificado por parte de los actores intervinientes en las distintas instancias de construcción de la medida, que veían en ella la única posibilidad de acción contra la inseguridad generada por los sujetos destinatarios. Con este fin, la decisión e imposición con posterioridad al dictado y obtención de firmeza de la sentencia condenatoria implicaba una agudización, que sin duda llegaba a significar un salto cualitativo respecto de las viejas conocidas medidas de seguridad, cuya imposición cuanto menos está ligada en forma directa con características o actitudes observadas y valoradas respecto del hecho concreto.²⁷ En el caso del

- 21 *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 23.07.2004 (Ley sobre la introducción del internamiento preventivo de imposición ulterior) (BGBl. I, p. 1838).
- 22 Conf. Sesión plenaria Nro. 100 del 25 de marzo de 2004 (*Plenarprotokoll 15/100, Bundestag*), p. 8995, y Sesión plenaria Nro. 115 del 18 de junio de 2004 (*Plenarprotokoll 15/115, Bundestag*), p. 10553.
- 23 Este discurso se vio incluso intensificado por otra sentencia del Tribunal Constitucional, también relativa a la *Sicherungsverwahrung*. Esta sentencia había sido dictada una semana antes de la recién expuesta (5 de febrero de 2004, BVerfG 109, 133) y en ella el Tribunal Constitucional ya había resuelto y decidido la constitucionalidad de una reforma legislativa que agravaba las condiciones de imposición de la medida de seguridad (la reforma quitaba un límite máximo de diez años para la primera imposición de la medida “Ley para combatir los delitos sexuales y otros tipos penales peligrosos” (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*”) del 26.01.1998 -) y había considerado constitucional que tal agravamiento se aplicara retroactivamente a un condenado ya sometido a la medida. El fundamento del Tribunal Constitucional fue básicamente que las medidas de seguridad no están cubiertas por el principio de irretroactividad de la ley penal, ya que se trata precisamente de medidas preventivas, y no pertenecen por lo tanto al campo de la “penalidad”, sí protegidas por el principio en cuestión. Problemático es sin embargo, que en una sentencia se explique la “no penalidad” de la medida, y se acepte por lo tanto su retroactividad, y en otra se argumente en cambio su “naturaleza penal” para establecer la competencia federal.
- 24 TEDH, *M. vs. Germany*, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland).
- 25 *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen* (Ley sobre el nuevo ordenamiento del derecho del internamiento preventivo y sobre las regulaciones complementarias) del 22.12.2010 (BGBl. I, p. 2300).
- 26 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 4.05.2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1–178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html).
- 27 Si bien la idea y las discusiones respecto a la inclusión de una medida de seguridad (*tradicional*) en el código penal se inician a fines del siglo XIX con Franz von Liszt, tal inclusión en el sistema penal alemán se concreta en noviembre de 1933 (Deutsches Reichsgesetzblatt Teil I 1867-1945, p. 995-999). Desde entonces no ha abandonado su lugar en el código penal alemán (sí lo abandonó en la DDR, donde paradójicamente se consideró que tal medida era de “contenido fascista” y se la abolió) (Sentencia del Tribunal Supremo de la DDR del 23 de diciembre de 1952). En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial los

internamiento preventivo decidido y aplicado con posterioridad a la sentencia, en cambio, distintos factores de riesgo podían ser detectados durante el tiempo de cumplimiento de la condena y podían llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera el condenado con los agentes del servicio penitenciario, el rechazo de un tratamiento terapéutico, etc.²⁸ De esta manera, con base en un pronóstico realizado durante el encierro, se podía decidir que el detenido era altamente peligroso y que no podía ser “soltado en la sociedad” por existir la probabilidad de que cometería nuevos hechos delictivos de gravedad que impliquen grave daño físico y/o psíquico a la víctima.²⁹ Obsérvese que al momento de la condena ni se había advertido ni se había sospechado la necesidad de imposición de la medida de seguridad, por lo que la peligrosidad pronosticada con posterioridad necesariamente tuvo que haber sido puesta de manifiesto “durante la ejecución de la pena”.³⁰ Por esto puede considerarse como un requisito puramente formal el que se exigiese en la ley (y también por parte del Tribunal Constitucional) que esta imposición tardía de la medida debía basarse tanto en el hecho de la causa que originara la condena como en el desenvolvimiento posterior en prisión del condenado. La pretendida “apreciación general”³¹ de la situación se reducía a la observación del detenido durante su encierro. Se trataba por lo tanto de una medida de seguridad que podía imponerse sin que existiese una vinculación directa entre el hecho que había ocasionado la sentencia condenatoria (probablemente cometido varios años atrás)

y los diagnósticos y dictámenes de personalidad (realizados poco tiempo antes de cumplirse el tiempo de prisión). Faltaba por lo tanto el vínculo entre un hecho delictivo y la decisión del internamiento.

Únicamente factores de riesgo (difusos, definidos de acuerdo a parámetros emergentes de la situación de encierro) que daban cuenta de una futura inseguridad eran los que fundaban la exclusión (física), con el fin de procurar seguridad.

B. Vigilancia acústica domiciliaria³²

La *vigilancia acústica domiciliaria* (*akustische Wohnraumüberwachung*, también llamada “*Großer Lauschangriff*”³³) había sido originariamente habilitada como medida preventiva en casos de peligro inminente para la seguridad de la población, es decir en estado de necesidad; y fue luego extendida y habilitada como instrumento de investigación en el proceso penal en 1998. Se planeó fundamentalmente para el ámbito del crimen organizado y resultó así legislada para la persecución penal en el caso de casi cien figuras penales diferentes, ya que dada la vaguedad y amplitud misma del concepto ‘crimen organizado’, y por no estar tipificado como figura penal en el código penal alemán, debieron ser considerados numerosos tipos penales que podrían verse involucrados en la forma ‘organizada’ del crimen. Para que dicha reforma procesal penal fuera posible, fue necesaria una reforma constitucional. Así, fue discutida y aprobada la reforma del art. 13 de la Constitución que establece la inviolabilidad de domicilio³⁴, por medio

gobiernos de ocupación evaluaron seriamente quitarla del ordenamiento por entenderla contraria al derecho liberal y expresión propia y resabio del régimen nacionalsocialista (*Etzel* 1992), lo que nunca llegó a concretarse debido a las atenciones y dificultades políticas de mayor urgencia que requería la así llamada guerra fría. Si se aumentaron los requisitos y condiciones para su imposición, lo que llevó a disminuir las posibilidades de su aplicación. En los últimos años, sin embargo, estos requisitos fueron aliviándose paulatinamente y se llegó incluso en el año 2004 a aceptar constitucionalmente y legislar la posibilidad de la imposición *tardía* de la medida, reforma a la cual me estoy refiriendo en este apartado y que, como se vio *supra*, ha dejado de estar vigente recientemente.

- 28 Para una profundización sobre los factores de riesgo considerados, y el comentario de la doctrina y del TEDH al respecto véase *Böhm* 2011: 119 (en especial nota 493).
- 29 *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* v. 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838).
- 30 Cfr. § 66b StGB en su versión original (“*während des Vollzugs der Maßregel*”).
- 31 Cfr. § 66b StGB (“*Gesamtwürdigung*”).
- 32 En la descripción de esta medida retomo fundamentalmente lo expuesto en *Böhm* 2011a: 156 ss.
- 33 *Großer Lauschangriff* podría ser traducido como “Gran vigilancia secreta”, pero representa a su vez un juego de palabras ya que el término “Angriff” significa a su vez *ataque, asalto, ofensiva*. Se trataría entonces –para disgusto de los parlamentarios que rechazan la terminología por sus motes de ilegalidad– de un gran asalto o ataque al domicilio para escuchar secretamente lo que sucede en su interior.
- 34 Véase el art. 13 de la Constitución federal alemana en su versión actual, en la que luego que es establecido el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio (“1. El domicilio es inviolable”), se exceptúa clara y ampliamente tal principio por ej. en el tercer párrafo: “3. Cuando determinados hechos justifiquen la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una

de la cual el concepto de “vivienda” y de “domicilio privado” de los habitantes, hasta entonces entendido como reducto de retiro e intimidad personal, fue reducido a su mínima expresión, y su protección fue cubierta de excepciones.³⁵ Tanto la reforma procesal como la ley que reformó la Constitución fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal declaró inconstitucional varias de las disposiciones de la reforma de la ley común (procesal), por entender que no eran acordes con el art. 1 de la Constitución que declara inviolable la dignidad humana, ya que la forma y casos para los cuales se regulaba dicha vigilancia no aseguraban la protección del ámbito “de intimidad más personal”³⁶ del individuo. El Tribunal sentó criterios indicadores (*Indikatoren*) que debían ser contemplados legislativamente a fin de resguardar ese ámbito de intimidad del individuo en el cual no puede, bajo ningún aspecto, involucrarse el Estado. A fin que se modificaran estos aspectos, el Tribunal fijó un plazo al legislador, quien a tiempo (para evitar la nulidad de la reforma completa) cumplió formalmente con las pautas impuestas por el Tribunal Constitucional y sancionó una nueva ley el 24 de junio de 2005.³⁷ El Tribunal consideró en su sentencia, sin embargo, que la ley por la cual se reformaba el art. 13 de la Constitución era acorde con las exigencias de la misma en cuanto no violaba las “cláusulas de eternidad”³⁸ del art. 79 de la Constitución. Esto significa que según el *Bundesverfassungsgericht* las restricciones que constitucionalmente se introdujeron al principio de inviolabilidad del domicilio no contradicen ni sistemática, ni sustancialmente el espíritu constitucional.³⁹ De acuerdo con el Tribunal Constitucional, ni la dignidad humana, ni la inviolabilidad de domicilio, ni la prohibición de obligar a declarar

contra sí mismo, todas garantías constitucionales, se ven afectadas por una medida que permite al Estado instalar micrófonos en la vivienda de sus habitantes a fin de investigar un delito – o a fin de esclarecer la conformación de ‘estructuras criminales’ – y obtener pruebas.⁴⁰ La inviolabilidad del domicilio, sin embargo, se relativizó y el domicilio devino violable. De este modo la diversidad y número de supuestos en que las escuchas domiciliarias son posibles implican una ampliación significativa de las facultades investigativas del Estado –no ya solo para prevenir peligros inminentes, sino incluso para investigar a sus habitantes– durante el proceso penal, y un debilitamiento extremo de la posición del destinatario de ese sistema penal. De los argumentos vertidos por los legisladores y retomados en su mayoría por el Tribunal Constitucional se colige que el ‘crimen organizado’ atenta contra la seguridad y que por tal motivo debe ser combatido y neutralizado – sea cual fuere el lugar en que se encuentre –. Según el referente y el momento de la discusión, se ha argüido (acumulativamente) que el ‘crimen organizado’ representaría un peligro para la sociedad, para la integridad del sistema institucional y del Estado de Derecho, para la “seguridad general”, para el dedicado padre de familia, para la integridad física de los jóvenes, para el sistema económico, y un largo etcétera.⁴¹ El ‘crimen organizado’ es presentado como una estructura riesgosa, de la cual pueden emerger todo tipo de daños, y por lo tanto, un cúmulo de factores de inseguridad que debe ser controlado a cualquier precio (fue incluso discutida la necesidad de incluir la vigilancia visual, lo cual sin embargo no contó con el apoyo de la mayoría). El ‘crimen organizado’ es una figura difusa, que es –literalmente reproducido en los documentos– “todo

autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpaado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez”. (Modificado 26/03/1998).

35 *Gesetz zur Änderung des Arts. 13 GG* (Ley para la reforma del art. 13 de la Constitución Federal) del 26.03.98 (BGBl I 98, 610).

36 Sobre la “teoría de las esferas” (esfera privada nuclear del desenvolvimiento íntimo de la vida, esfera privada, y esfera social) y su aplicación en este caso véase *Wartjen* (2007, p. 48 ss.).

37 *Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24.06.2005* (Ley para la implementación de la Decisión del Tribunal Constitucional del 3 de marzo de 2004 (vigilancia acústica domiciliaria)) (BGBl. I., p. 1841).

38 La así llamada “cláusula de eternidad” está contenida en el art. 79, tercer párrafo de la Constitución alemana, en el cual se prohíbe entre otros cambios, la modificación de los principios sentados en los arts. 1 y 20 de la Constitución. Según el voto minoritario en la sentencia del Tribunal Constitucional, dicha cláusula es claramente violada por las excepciones constitucionalmente establecidas en la reforma al art. 13 en cuestión, que se encuentra directamente ligado al art. 1 de la Constitución, el cual establece la inviolabilidad de la dignidad humana.

39 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98).

40 En similar sentido el análisis en *Wartjen* (2007).

y nada⁴² y que sin embargo fue base argumentativa del Tribunal Constitucional al aceptar la constitucionalidad de la reforma constitucional.⁴³ Al explicar la necesidad de la reforma en la actualidad, los parlamentarios recordaron, por ejemplo, que “antes no se lavaba tanto dinero como ahora”,⁴⁴ o que hay que ser conscientes del peligro que representan “las bandas rumanas”⁴⁵, o los “traficantes de tabaco vietnamitas”.⁴⁶ Para que la sociedad, para que los ciudadanos se sepan protegidos, se argumentó, se requiere la ampliación de facultades, porque no es posible que el crimen organizado “se valga del así llamado derecho a la privacidad”⁴⁷ para pergeñar sus delitos. El respeto de este espacio no puede ir en desmedro del derecho a la protección de los ciudadanos, tarea de obligatorio cumplimiento estatal.⁴⁸ El ‘crimen organizado’ fue presentado como una amenaza existencial, para cuya neutralización correspondería aplicar – vía penal – reglas especiales.

Es interesante mencionar que cuando en el año 2005 se realizaron las modificaciones exigidas por el Tribunal Constitucional al ordenamiento procesal, en los fundamentos del Proyecto del Poder Ejecutivo y en las discusiones legislativas se incorporó al terrorismo como segundo objeto y justificante de la reforma. Se dijo que estaba probado que el terrorismo

podía investigarse mejor si se habilitaban las escuchas⁴⁹ (los informes a los que se hacía referencia en los documentos parlamentarios, sin embargo, explicaban más bien las dificultades de obtener pruebas para casos de terrorismo mediante escuchas domiciliarias⁵⁰). Así, se fortalecieron los argumentos en favor de las escuchas domiciliarias sumando otro gran ámbito – el terrorismo – a los fenómenos que pondrían en peligro a la seguridad general, pero no se discutió realmente ni se fundamentó la necesidad político-criminal de tal medida. Nadie podía negar – y si podía, no lo hizo – que el ‘terrorismo’ es una amenaza a la seguridad, y dado que se había frustrado recientemente la explosión de una bomba en la ciudad de Köln, la necesidad y emergencia de la medida se justificaron por sí mismas.

III. UN ANTECEDENTE: EL *GEFÄHRDER* ALEMÁN

En estos dispositivos no se investigan y sancionan criminales, sino que se combaten – en terminología alemana – *Gefährder*, algo así como *el que pone a en peligro a la seguridad*⁵¹, que en inglés llamo *endangerer*, y en castellano sugiero denominarlo *ente insecuritas*.⁵² El objetivo de muchas nuevas medidas de política criminal y de nuevas leyes penales y

41 Cfr. Sesión plenaria N° 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17704; Sesión plenaria Nr. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), pp. 19518, 19536, 19552.

42 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17692; así como la Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279, p. 338 ss. Sobre esta idea del ‘crimen organizado’ como todo y nada a la vez – que parcialmente comparto – resulta sumamente informativa y esclarecedora la investigación de *Fernández Steinko* (2008), en la cual precisamente mitos y realidades del ‘crimen organizado’ son escudriñados en profundidad.

43 El ‘crimen organizado’ resultaría ser una amenaza más severa para la República Federal de Alemania que la que representó el bloque soviético durante la división misma del país, o que el peligro representado en la década de 1970 por la RAF (Fracción del Ejército Rojo – *Rote Armee Fraktion*), por eso la reforma constitucional que restringe la inviolabilidad del domicilio no fue necesaria en su momento, y sí ahora con el fin de investigar delitos y obtener elementos de prueba.

44 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19531.

45 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19531.

46 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17704.

47 Cfr. Sesión plenaria Nro. 197 del 9 de octubre de 1997 (*Plenarprotokoll* 13/197, *Bundestag*), p. 17683.

48 Cfr. Sesión plenaria Nro. 214 del 16 de enero de 1998 (*Plenarprotokoll* 13/214, *Bundestag*), p. 19549.

49 Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 10 s.

50 *Meyer-Wieck* 2005: 365 f. Para más fuentes sobre esta contradictoria utilización del material de los expertos véase *Böhm* 2011: 159 s.

51 En idioma alemán el término *Gefahr* es el equivalente al término *peligro* en castellano. En alemán, además, existe el verbo correspondiente, *gefährden*, que no tiene equivalente en castellano, pero que puede traducirse como el *poner a algo o a alguien en peligro*. De ese término se deriva la substantivización aplicada a personas o fenómenos: *Gefährder*.

52 El término que originalmente utilicé para explicar al *Gefährder* en castellano, fue *homo insecuritas*. Este término se plegaba a una terminología ya conocida en el ámbito de la criminología y la sociología (*homo criminalis*, *homo oeconomicus*, etc.), aunque no abarcaba completamente la idea de la figura bajo estudio que se caracteriza, precisamente, por la indefinición del sujeto sobre el que recae: No solo individuos, sino también problemas o fenómenos sociales pueden ser contruidos y perseguidos como *Gefährder* (el crimen organizado, por ejemplo). Por este motivo el término *homo insecuritas* fue reemplazado por el término *ente insecuritas*, que sí da mejor cuenta de la abstracción de la figura, así como de su contingencia. Agradezco al Prof. Armando Fernández Steinko de la Universidad Autónoma de Madrid por haber disparado esta inquietud terminológica que me permitió revisar el concepto inicial.

procesales no está apuntado hacia un determinado delito que quiere prevenirse y punirse, sino a la inseguridad en general, y a quienes parecen generar esa inseguridad. Estas medidas no se dirigen a ‘criminales’ o ‘infractores’, sino a un *Gefährder* u *ente insecuritas*, que es construido político-criminalmente como la negación misma de la seguridad general.

El significado del término *Gefährder* utilizado en el ámbito de las oficinas estatales y la Ofical Federal del Crimen (*Bundeskriminalamt*) alemanas fue explicado el 21 de noviembre de 2006 en el *Bundestag* por el Secretario de Estado August Hanning: “Un *Gefährder* es una persona en la cual determinados hechos justifican pensar que, por motivos políticos, va a cometer delitos de alta gravedad, en especial aquellos previstos en el § 100a del Código Procesal Penal”.⁵³ De acuerdo con esta idea, es posible someter a medidas estatales a los individuos, independientemente de la comisión o intento de comisión de algún delito. En cuanto a algún tipo de normativa que regule esta posibilidad de intervención estatal, el mismo Secretario aclaró en la misma oportunidad, que no es necesario

tener una base legal para determinar el contenido del concepto ni para que el mismo pueda fundar las medidas de intervención.⁵⁴ Esta definición ya había sido aceptada a nivel federal en el año 2004,⁵⁵ sin embargo, ni por parte del *Bundeskriminalamt* ni por parte de las Oficinas del Crimen estatales se presentaron regulaciones para el uso en la práctica –ni para las consecuencias– de las distintas acepciones del concepto *Gefährder*.⁵⁶

A partir de la entrevista del entonces Ministro del Interior *Wolfgang Schäuble* con la revista de crítica política *Der Spiegel*, en julio de 2007, el concepto adquirió un nuevo significado.⁵⁷ Se asoció la idea del *Gefährder* a la de ‘musulmán extremista o fundamentalista’, de manera que de ahí en adelante comenzó a utilizarse el concepto *Islamistischer Gefährder*. La figura del *Gefährder* es pensada por Schäuble y luego así también puesta en circulación, como una amenaza que no puede ser combatida por el Estado de Derecho en la forma tradicional en que el Estado de Derecho trata con sus ciudadanos –incluso con sus ciudadanos infractores–. En la entrevista mencionada, Schäuble

53 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 9. El §100a StPO se refiere a la posibilidad de vigilancia de las telecomunicaciones respecto de un determinado grupo de figuras penales. El siguiente catálogo entonces es el que se tiene por base para restringir (!?) la posibilidad de utilizar medidas especiales respecto de quien es considerado *Gefährder*: Del *Código Penal* se mencionan – advertencia: lo que sigue es la enumeración acorde al §100a StPO pero *no* se trata de una transcripción/traducción textual de la normativa –: a) Delitos de traición a la paz, de alta traición, de puesta en peligro del orden democrático de derecho, entre otros, según §§ 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89a, 94 a 100a; b) Corrupción de legisladores según § 108e; c) Delitos contra la defensa estadual según §§ 109d a 109h; d) Delitos contra el orden público según §§ 129 a 130; e) Falsificación de dinero y de valores según §§ 146 y 151, ambas en combinación con otras figuras; f) Delitos contra la autodeterminación sexual según §§ 176a, 176b, 177 párrafo (párr.) 2(2) y § 179 párr. 5(2); g) Difusión, adquisición y posesión de impresiones de pornografía infantil y juvenil según § 184b párrs. 1 a 3, § 184c párr. 3; h) Asesinato y homicidio según §§ 211 y 212; i) Delitos contra la libertad personal según §§ 232 a 233a, 234, 234a, 239a y 239b; j) Hurto en banda según § 244 párr. 1(2) y hurto en banda agravado según § 244a; k) Delitos de robo y extorsión según § 249 a 255; l) encubrimiento profesional, encubrimiento en banda y encubrimiento en banda profesional según §§ 260 y 260a; m) Lavado de Dinero y ocultación de valores dinerarios obtenidos ilegalmente según § 261 párrs. 1, 2 y 4; n) Estafa y estafa por computadora bajo ciertas condiciones–§ 263 párr. 3, 2da. oración y §263 párr. 5, ambos en combinación con § 263a párr. 2; o) Estafa de subvenciones fundamentalmente según § 264; p) Delitos de falsificación de documentos fundamentalmente según § 267; q) Bancarrota según las condiciones establecidas en § 283a 2da. oración; r) Delitos contra la competencia según § 298 y, bajo ciertas condiciones, § 299; s) Delitos de peligro común de acuerdo fundamentalmente a los §§ 306 a 306c, y numerales escogidos de los §§ 307 a 310, 313 a 315, 315b, 316a y 316 c; t) Cohecho pasivo y activo según §§ 332 y 334. A estos grupos de delitos se suman en el listado delitos escogidos que están previstos en leyes especiales. Así, las leyes que también están incluidas (parcialmente) en el catálogo del § 100a StPO son las siguientes: Ley del orden tributario (*Abgabenordnung*), Ley de Medicamentos (*Arzneimittelgesetz*), Ley del procedimiento de asilo (*Asylverfahrensgesetz*), Ley de residencia (*Aufenthaltsgesetz*), Ley de economía exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*), Ley de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*), Ley de control de materias primas (*Grundstoffüberwachungsgesetz*), Ley sobre el control de armas de guerra (*Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen*), Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*) y Ley de armas (*Waffengesetz*). Puede advertirse de este extenso catálogo, que prácticamente cualquier sujeto del que pueda sospecharse que pueda estar interesado en la comisión de un delito, puede ser considerado *Gefährder*.

54 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

55 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 10.

56 Documento parlamentario BT-Drs. 16/3570, p. 6, pregunta 11.

57 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007. Schäuble ya había utilizado – sin mayor repercusión – este concepto con anterioridad (cfr. periódico *Süddeutsche Zeitung* 16.12.2005; véase al respecto *Krasmann* 2007: 79 ss.). Para una transcripción parcial de la entrevista del *Spiegel* – en castellano – véase Böhm 2008: 25 ss.

expresó su preocupación en cuanto a que el Estado no pueda avanzar respecto de las personas mientras que estas no han cometido –ni intentado– algún hecho penalmente relevante. Así se preguntaba: “Si, por ejemplo, potenciales terroristas, así llamados *Gefährder*, no pueden ser expulsados – qué hacemos con ellos? (...). La otra pregunta, entonces, es: ¿Se puede tratar a tales *Gefährder* como combatientes e internarlos?”.⁵⁸ Schäuble aseguró en la entrevista, que esta inquietud no significaba que él promoviera un internamiento preventivo para musulmanes; sin embargo, aseveró que sí exigía que se aclarase “si nuestro Estado de Derecho alcanza para enfrentar las nuevas amenazas”.⁵⁹ Aparentemente estas personas tendrían un estado intermedio que sencillamente reniega de toda presunción de inocencia, pero que por otro lado no justifica una acusación concreta y formal de acuerdo con las reglas de un proceso penal ordinario. Un *Gefährder* no es culpable, pero tampoco es inocente. Un *Gefährder* es construido y percibido como una figura que más asemeja un combatiente que un ciudadano, y es percibido lisa y llanamente como una amenaza.

El término *Islamistischer Gefährder*, a partir de aquella entrevista, ha sido utilizado insistentemente en el ámbito político al tratarse el tema de la ‘guerra contra el terrorismo’ en Alemania.⁶⁰ Esta guerra se dirige contra quien pone en peligro la seguridad general básicamente por ser musulmán fundamentalista, sean estos sujetos que son vistos como potencialmente peligrosos para la seguridad nacional a causa de su identidad religiosa o nacional, a causa de su relación con sujetos sospechados de participar en actividades terroristas, etc. Se argumenta que es necesario reunir tanta información como sea posible sobre estos individuos, a fin de conocer y prevenir todo posible futuro movimiento por parte de ellos: las medidas investigativas devienen de esta manera mucho más flexibles y difusas (por ejemplo en la vigilancia, la recolección de datos, etc.), mientras que las formas de intervención particular (por ejemplo la detención o el interrogatorio) se hacen más rígidos y agresivos.

La figura del *Gefährder*, sin embargo, no se construye únicamente en forma expresa por las agencias de seguridad y de policía, ni se utiliza exclusivamente en el ámbito político relacionado con las medidas anti-terroristas. El ‘crimen organizado’, por ejemplo, e

incluso autores de delitos sexuales violentos, como se vio en el apartado anterior, han sido redefinidos *implícitamente* como *Gefährder*, como *entes inseguritas*, en distintas reformas legales y decisiones judiciales por lo menos durante los últimos quince años. Se los ve como figuras de alto-riesgo que amenazan la seguridad general. Por ello fue reclamado por políticos en general, y por legisladores e incluso por el Tribunal Constitucional Alemán, el privarlos de sus derechos (privacidad, libertad) incluso antes que su potencial lesividad se corporice en situaciones de daño concretas.

Una difusa *seguridad* y su opuesto constitutivo, la *inseguridad* – que debía combatirse mediante el sistema penal –, fueron ganando protagonismo en el discurso penal de los últimos años. Se invocó de esta manera, sin mención expresa, la necesidad de que el sistema penal actúe como un *derecho anti-inseguritas*.

IV. DERECHO ANTI-INSECURITAS: GUERRA A LOS RIESGOS

Con el *derecho anti-inseguritas* se pone de manifiesto una nueva versión del derecho penal, que se muestra en ejemplos como los analizados de la vigilancia acústica domiciliaria y el – ya no vigente – internamiento preventivo dispuesto con ulterioridad. El difuso fin perseguido por el sistema penal en ambos casos, la ‘seguridad’, amplía y hace a su vez difusos los medios con que el sistema penal puede contar para alcanzar ese fin. El discurso penal que construyó estos dispositivos, así como la forma en que estos dispositivos fueron construidos pueden leerse más bien como una combinación de ambas racionalidades: control de riesgos y combate de enemigos, lo que presenta en el derecho penal una combinación relativamente novedosa de amplitud y dureza. La *amplitud* de este derecho está dada por la lógica de la administración de riesgos que empapa su funcionamiento, y la *dureza* está dada por estar este derecho regido a su vez por la lógica del combate. No se trata únicamente de la administración de riesgos, como se veía en muchos de los dispositivos de la *criminology of the everyday life*, ni se trata del directo combate de enemigos, como se manejan las prácticas de la *criminology of the alien other*. En el *derecho anti-inseguritas* ambas lógicas se muestran no solo complementarias

58 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32 [cursiva MLB].

59 *Der Spiegel*, Nr. 28/ 9.7.2007, p. 32.

60 Cfr. en detalle y críticamente *von Denkowski* 2007, 2008; *Thiede* 2008.

la una de la otra,⁶¹ sino que están vinculadas la una a la otra en complejos campos de intervención conjunta. Ambas lógicas ya no son diferenciables en su actuación, están fundidas y actúan conjuntamente, se trata de administración de riesgos *más* combate al enemigo. Sin esta fusión, el funcionamiento sería bien otro, ya conocido: *Administración de riesgos sin combate al enemigo* sería simplemente administración y control difusos, incluso una minimización de situaciones de riesgo mediante la implementación de penas con fines preventivo-generales, mediante programas de prevención para potenciales víctimas a fin de evitarse situaciones de riesgo, etc.; *El combate al enemigo sin administración de riesgos* sería una intervención agresiva dirigida contra sujetos definidos en forma concreta mediante el aumento de las escalas penales para pocos tipos penales específicos, y/o mediante una ampliación definida claramente de las facultades de persecución penal para tipos penales específicos, etc. La fusión de la racionalidad del riesgo con la racionalidad de la guerra, en cambio, conduce a una ilimitada ampliación y endurecimiento del derecho penal.⁶² Este *derecho anti-insecuritas*, como se ha dicho respecto de las pretensiones del derecho penal alemán, nunca se verá a sí mismo “lo suficientemente amplio ni estricto”,⁶³ por lo que tiene una necesidad constante de expansión y endurecimiento. Los riesgos no solo son administrados, sino que son neutralizados. Los enemigos no se definen concretamente, sino que son contruidos ubicuamente según categorías y factores de riesgo abstractos.

1. ¿Riesgos?

Antes de avanzar con la aplicación de la idea del riesgo a la política criminal y el derecho penal, es necesaria una breve nota sobre la cuestión de los riesgos en general. Podría decirse que si bien la temática es realmente antigua, recién a partir de la década de

1980 comenzó a tratarse la cuestión de los riesgos en forma ubicua en distintas ciencias. El trabajo de Ulrich Beck (*Risikogesellschaft*), sin duda, tuvo mucho que ver en eso. En esta obra, en castellano *la sociedad del riesgo*, este autor explica que esta sociedad es una consecuencia o continuación del proceso de la modernización, ya que los riesgos son dependientes del sistema de producción – importante en este sentido es que Beck refiere su idea de riesgos, básicamente, a las creaciones humanas (y no a los seres humanos en sí!). Estos riesgos son muchas veces irreversibles, generalmente invisibles, basados en interpretaciones causales, es decir, dependientes del conocimiento, y abiertos a procesos sociales de definición (lo cual pone en evidencia su potencial político). Desde una perspectiva temporal, los riesgos son a la vez reales e irreales, actuales y futuros.⁶⁴ Enseguida luego de la aparición de su trabajo, se hicieron oír las primeras críticas, de quienes destacaron que los riesgos –que Beck parecía asimilar a la idea de peligro– no son sino un peligro que se hace calculable, imputable y sancionable.⁶⁵ La aparente neutralidad de los riesgos de Beck, por lo tanto, no fue fácilmente aceptada en el ámbito de las ciencias sociales. Distintos estudios de aquella época en adelante han puesto de manifiesto que el concepto del riesgo es particularmente polisémico. Un repaso por algunas de las ideas al respecto sustenta esta afirmación: El riesgo es entendido, según el autor que lo explique –en un espectro que cubre desde una tangibilidad casi física, hasta el construcción más arbitraria– como algo: “real y objetivo”, o “subjetivamente condicionado”, o “intermediado socialmente”, o bien “transformado socialmente”, o “real y construido socialmente”, o, simplemente, “construido socialmente” (esta última perspectiva en sus dos vertientes del enfoque de la gubernamentalidad y del enfoque sistémico).⁶⁶

61 Ver ya *supra* nota 13 y texto principal.

62 En igual sentido se ha pronunciado Frisch (2009: 405), quien recientemente ha advertido sobre la “ampliación y endurecimiento de la legislación” (“*Ausweitung und Verschärfung der Sanktionierung*”) en el Derecho Europeo. El autor investiga “la agudización del derecho penal que combate la peligrosidad” (“*Verschärfungen des Gefährlichkeit bekämpfenden Strafrechts*”, p. 395 ss.), entre los que cuenta la medida de internamiento preventivo dispuesta con ulterioridad (p. 396) y la utilización de micrófonos en domicilios particulares (p. 397).

63 Kunz 2006: 85.

64 Cfr. Beck 1986: *passim*.

65 Cfr. Evers/Nowotny 1987.

66 Todos en Zinn 2008: 1 ss. El autor introduce la temática en la obra colectiva dedicada precisamente a las teorías sociales que trabajan el tema del riesgo y aporta cuantiosas referencias sobre los distintos conceptos y corrientes sociológicas al respecto. Para un análisis detallado del concepto del riesgo en el ámbito de la sociología y su aplicación a la política criminal véase Böhm 2011: 44 ss.

Entender a los riesgos como construcciones sociales ha sido tal vez la manera más útil de pensar esta problemática y de comprender, por ejemplo, la funcionalidad que el trabajo con “riesgos” (y no con hechos delictivos) ha tenido para las agencias de intervención –volviendo a nuestro campo– en el ámbito de la política criminal.

Robert Castel lo ha dicho con mucha claridad, en dos pasajes que me permito transcribir:

“Un riesgo no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o *factores* que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables. [...] La presencia de un conjunto o de determinados factores de riesgo desencadena automáticamente una señal”.⁶⁷

“Para ser considerado sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, basta con presentar algunas particularidades que los especialistas, responsables de la definición de una política preventiva, han instituido en factores de riesgo”.⁶⁸

Hablar de riesgo, por lo tanto, significa en este sentido hablar de la adscripción de una cierta calidad que, en el ámbito de la política criminal, habilita la intervención del sistema penal. Los riesgos, en este entendimiento, deben ser administrados a fin de prevenir que ocurran a futuro daños concretos – lo cual es diferente de la idea de un delito cometido, que debe ser investigado y eventualmente sancionado.

2. La administración de riesgos en el ámbito del control del delito

La idea de la administración de riesgos está vinculada a la lógica de los cálculos actuariales. Tanto en la justicia actuarial (*actuarial justice*) como en el derecho anti-inseguritas los procesos de des-subjetivación y de des-reconocimiento de derechos juegan un rol muy importante. En ambos casos la figura del ‘criminal’ se disuelve y pasa a hablarse de ‘riesgos’ y ‘peligros’. Así, ya no son hechos o acciones, sino la puesta en peligro de la seguridad, los que adquieren relevancia para el sistema penal. Todo factor que pudiera dejar presumir esta puesta en peligro es colocado en una matrix o co-construido junto a otros factores de riesgo.⁶⁹ De todas formas, “esto no significa que los individuos desaparecen en el sistema penal. Permanecen, pero cada vez más son entendidos no como sujetos coherentes, ya sea como agentes morales, psicológicos o económicos, sino como miembros de una subpoblación particular y su intersección de indicadores categoriales”.⁷⁰

Es decir, no se necesita hacer nada, para ser construido como *ente inseguritas* y perder los derechos más básicos. La detención preventiva impuesta con posterioridad no era una *preventive detention*, en el sentido de que no era un encierro previo a un primer proceso penal. De todas formas, era un encierro que, como la *preventive detention*, no era –formalmente– una pena. De ambas puede decirse, que su fin consiste en “proteger la ‘seguridad de la comunidad’”.⁷¹ Por este motivo ese encierro era considerado por fuera y sin las restricciones y límites jurídicos tradicionales.⁷² Se trataba, como señaló en su momento el Tribunal Constitucional alemán, de “dominar una situación de potencial peligro”.⁷³ En este sentido,

67 Castel 1986: 229 s.

68 Castel 1986: 232.

69 Estos factores pueden ser relevados y contruidos como factores de riesgo a partir de interminables catálogos de tipos penales, o a partir de la acumulación y registro de características sospechas en los registros de los servicios secretos, o del comportamiento llamativo de un condenado durante su tiempo en prisión, etc. Sobre el funcionamiento de esta lógica véase en detalle Castel 1986: *passim*, Feeley/Simon 1995: *passim*.

70 Feeley/Simon 1994: 178 (“*This does not mean that individuals disappear in criminal justice. They remain, but increasingly they are grasped not as coherent subjects, whether understood as moral, psychological or economic agents, but as members of particular subpopulations and the intersection of various categorical indicators*”).

71 Feeley/Simon 1994: 180.

72 En el caso *Salerno* (Supreme Court of the United States, *United States v. Salerno*, 481 U. S. 739 (1987)), explican Feeley y Simon, esto fue establecido claramente: “La detención preventiva no provoca el mismo nivel de protección de otras decisiones de detención penal, porque la soltura previa al juicio busca administrar riesgos más que sancionar” (“*Preventive detention does not trigger the same level of protection as other penal detention decisions because pre-trial release is intended to manage risks rather than punish*”)., Feeley/Simon 1994: 181.

73 Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 188 (“*die Beherrschung einer Gefährdungslage*”).

entonces, puede hablarse de la difusión o “volatili-ty”⁷⁴ del discurso penal. Krasmann afirma que “ya no es decisiva la infracción a la norma, sino un peligro abstracto; así como la abstracción de ese peligro por parte de personas concretas o de acciones individuales, lo que hace que el margen de intervención sea no solo indefinido, sino también manejable en forma variable”.⁷⁵

Si se piensa no tanto en peligros, sino más bien en riesgos –téngase presente el carácter contingente y abstracto de la construcción de riesgos que se señaló en párrafos anteriores–, la construcción de las temidas acciones y estados que ponen en peligro la seguridad, se vuelven todavía más difusa. Precisamente la supuesta puesta en peligro de los objetos a proteger, formulados también en forma abierta y poco definida, posibilita la exclusión, que significa mucho más que una administración del riesgo. Vormbaum explica críticamente que la “flexibilización” del derecho penal lleva a la predominancia de la idea de un fin o final (*Zweckidee*), en lugar de la idea jurídica (*Rechtsidee*): Cada objetivo medianamente plausible, generalmente formulado como objetivo de protección u objetivo de lucha, cuenta con una alta probabilidad de recibir apoyo por parte del sistema penal.⁷⁶

Así también había sido observado tiempo antes en el ámbito estadounidense:

“La acción del gobierno contra la actividad criminal, aún cuando esté mezclada con funciones punitivas tradicionales, cada vez más está sujeta a estándares constitucionales diferentes porque en lugar de enfatizarse los fines de justicia pública, se enfatiza como objetivo la administración de riesgos. Es más preventiva que reactiva. No aspira a sancionar sino a excluir a aquellos que muestran inclinaciones criminales. No está dirigida a una norma pública general, sino a la seguridad dentro de un ámbito especializado y funcionalmente definido”.⁷⁷

No se trata por lo tanto del control o administración de grupos o zonas considerados estadísticamente riesgosos, sino más bien del combate, neutralización y exclusión de estas figuras construidas como *entes inseguritas*.

3. Funcionamiento del derecho anti-inseguritas

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que en estos dispositivos el derecho penal devino un *derecho anti-inseguritas* de actuación difusa e intervención agresiva. Su función ya no es perseguir y eventualmente sancionar delitos e infractores, ni crímenes y criminales, sino hacerse cargo de la prevision de fenómenos de alto riesgo, o de su construcción y, a continuación, intervenir directamente sobre esos sujetos o fenómenos que presuntamente ponen en peligro esa seguridad. El funcionamiento de este *derecho anti-inseguritas* puede resumirse de la siguiente manera:

i. *Previsión de cada posible futuro daño para la seguridad general*: por ejemplo, corrupción, economía paralela, peleas de ‘gángsters’ provocadas por el ‘crimen organizado’; crímenes violentos y/o sexuales cometidos por sujetos ya condenados;

ii. *Diseño (construcción) de patrones de riesgo*: por ejemplo, en el caso del ‘crimen organizado’, la nacionalidad, la religión, el idioma, el círculo de amigos, la ocupación. En el caso de los potenciales ofensores sexuales: los crímenes cometidos, la conducta cotidiana en prisión, la relación con el personal penitenciario, etc.

iii. *Intervención (por medios de un derecho pretendidamente excepcional), con el fin de neutralizer estos riesgos*: El derecho a la privacidad del domicilio y el derecho a la libertad fueron rechazados a fin de proceder en casos sin crimen: la idea es evitar los daños antes que ocurran. La referencia a la obra *minority report*, en este contexto, resulta obligada: previsión e intervención están directamente vinculadas.⁷⁸ No

74 Ashworth/Zedner 2008: 38. Cfr. también de estos autores, quienes analizan críticamente la dispersión del sistema y estudian las posibilidades y límites de lo que han dado en llamar “justicia preventiva” (*preventive justice*) en el proyecto que llevan adelante en la Universidad de Oxford, Zedner 2007 y Ashworth/Zedner 2011.

75 Krasmann 2007: 85 ([Es] “ist jetzt nicht mehr die Verletzung einer Norm entscheidend, sondern eine abstrakte Gefahr, und es ist die Abstraktion der Gefahr von konkreten Personen und individuellem Handeln, welche die Schwelle der Intervention nicht nur unbestimmt, sondern auch variabel handhabbar macht”).

76 Vormbaum 2009: 273.

77 Feeley/Simon 1994: 185 (“Government action against criminal activity, even when mixed with traditional punitive functions, is increasingly subject to a different constitutional standard because instead of emphasising the goals of public justice, it emphasises the goals of risk management. It is preventive rather than responsive. It seeks not to punish but to exclude those with criminal proclivities. It is directed not at a general public norm but at security within a specialized and functionally defined arena”).

78 La referencia es al relato de ciencia ficción de Philip K. Dick, *Minority Report* (1986), que fue la historia en que se basó luego la película de igual título, dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Tom Cruise (2002). Aunque en la versión filmica el

son relevantes los cursos causales, porque el riesgo no es una causa, sino la adscripción de una posibilidad futura.

iv. *Exclusion de los factores y entes riesgosos*: Exclusión de sus derechos, exclusión de la sociedad, exclusión del aparato legal tradicional. Los *entes insecuritas* como el ‘crimen organizado’ o los ‘ofensores sexuales altamente riesgosos’ ya no son sujetos de derecho, ya que son reconstruidos como el opuesto a la sociedad y a la ‘seguridad general’. Son, al concluir esta cadena funcional, tratados como ‘enemigos’.

4. Rasgos distintivos del derecho anti-insecuritas

Bosquejado el funcionamiento del *derecho anti-insecuritas*, cabe intentar reseñar algunos rasgos que lo caracterizan, antes de adentrarnos en la figura a la que él se dirige.

a. *Violento*. El *derecho anti-insecuritas* es violento. No necesariamente en sentido físico (aunque sí lo era, por ejemplo, en el caso de los vomitivos administrados por la fuerza⁷⁹), pero sí en el sentido de imposición de medidas severamente restrictivas de los derechos y libertades fundamentales (privacidad, libertad, protesta, circulación, etc.), que permiten sí la intervención agresiva del derecho. La división “categorial” que Günther Jakobs hace entre “*Derecho penal y mera fuerza penal*” (“*Strafrecht und bloße Strafgewalt*”⁸⁰) en este *derecho anti-insecuritas*

desaparece totalmente. El *derecho anti-insecuritas* es presentado, por legisladores y jueces, como derecho.⁸¹

b. *Inmediato*. No hay distancia ni previsibilidad en la actuación del *derecho anti-insecuritas*: los policías deben escuchar *en directo* las conversaciones que tienen lugar en el domicilio a fin de decidir, de acuerdo a los indicadores dados por el Tribunal Constitucional, en qué momento detener la escucha y grabación para no violar el derecho a la intimidad⁸², lo que, como se ha indicado correctamente por parte de los detractores de esta solución del Tribunal, conlleva necesariamente la violación del derecho a la intimidad, ya que en el momento en que se advierte que las acciones han pasado a tener carácter íntimo, ya es tarde; respecto de la medida de internamiento, la decisión de quedar en prisión era adoptada según informes internos tomando por base la relación cotidiana del condenado y el servicio penitenciario, es decir, sin posibilidad de evaluación externa. La inmediatez – contraria a la distancia y neutralidad – se advierte tanto en la forma en que el derecho es dicho, es decir, legislado (piénsese, por ejemplo en la medida de internamiento sancionada para ser aplicaba retroactivamente a ocho condenados ya excedidos en su tiempo de cumplimiento de la pena impuesta), como en la forma en que el derecho es aplicado (respecto del ‘terrorismo’ como *ente insecuritas*, piénsese en la nueva figura penal que deja abierta la consideración de

desenlace es distinto al del relato original, en ambos casos se presenta la idea de una unidad especial dentro de la Policía, unidad que interviene respecto de sujetos a quienes juzga y aísla, con base en el informe aportado por mutantes que perciben y pre-conocen la próxima comisión de un crimen. En la historia – como en muchos casos en la realidad jurídico-penal actual – los centros de detención están colmados de sujetos que no son culpables – puesto que no han cometido ni intentado cometer ningún delito –, pero que tampoco pueden ser tenidos por inocentes, dada la (presunta) certeza respecto de la futura comisión de delitos por parte de ellos. Esos sujetos, de estar en libertad, como explica el protagonista de la historia, representarían una amenaza para la seguridad general.

79 Las prácticas policiales de suministro forzado de vomitivos (*polizeiliche Brechmitteleinsätze*) nunca fueron legisladas. Se trataba de operativos policiales practicados en el marco de investigaciones antidrogas en que se obligaba al presunto *dealer* a ingerir medios vomitivos (en caso de negación el suministro era forzado vía sonda) a fin de obtener la prueba del delito, las así llamadas “Bubbles” que contendrían la sustancia en cuestión (cfr. al respecto *Pollähne/Kemper* 2007). No obstante la gravedad de la cuestión, el fallo del Tribunal Constitucional que debió expedirse sobre una apelación presentada por parte de un afectado no avanzó sobre el fondo de la causa por motivos formales, aunque sí lo hizo luego el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró dichas prácticas asimilables a la tortura y de tipo inhumano y humillante, por lo que debieron ser suspendidas, dejando sin embargo ya dos víctimas mortales tras de sí. (Fallo del TEDH: *Jalloh v. Germany*, Fallo del 11.07.2006 (Az. 54810/00), disponible en inglés en: www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/00/54810-00.php [estado al 3.03.2012]).

80 *Jakobs* 2000: 55 [cursiva en original].

81 En este punto debo aclarar que el uso que aquí se hace del término derecho es general y compatible con la idea de *Recht* en alemán. No se desconoce la diferenciación – que en otros casos he sostenido – entre sistema penal (como poder de policía) y derecho penal (como dique de contención de ese poder de policía) que plantean *Zaffaroni, Alagia y Slokar* (2000: 17 ss.), pero a los fines del presente texto fue recomendable, precisamente para descartar el funcionamiento “irracional” del *derecho anti-insecuritas* (de las agencias punitivas y del discurso jurídico-penal) evitar la diferenciación de estas categorías.

82 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98), p. 324.

cuándo un acto es o no considerado preparación de acto peligroso para el Estado⁸³).

c. *Policial*. Este derecho es policial, precisamente en el sentido de que no hay distancia temporoespacial (que es la que confiere *previsibilidad y neutralidad* al derecho en abstracto), sino que la intervención es *in situ* y decidida mayormente por agentes policiales, de fuerzas de seguridad, de inteligencia etc. Es la idea de policía analizada y criticada por Walter Benjamin en su obra *Para una crítica de la violencia (Zur Kritik der Gewalt)*⁸⁴ donde sin embargo él entendía que la policía era la encargada de hacer algo así como el trabajo sucio, que el derecho no se podía permitir.⁸⁵ Hoy vemos que es a través de este derecho y del sistema penal, que las intervenciones han perdido neutralidad y distancia. Esta característica está estrechamente relacionada con el hecho de que muchas de las medidas en cuestión tuvieron su origen precisamente en leyes excepcionales de tipo policial y de defensa, que luego fueron incorporadas y regularizadas en leyes penales ordinarias. Esa lógica policial es la que se introdujo mediante las reformas legales y constitucionales en el ordenamiento ordinario.

d. *Formal*. Las formas legales son mantenidas, e incluso exigidas. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, impuso el sistema de indicadores que formalmente limitan la implementación de la vigilancia acústica domiciliaria, aunque en la realidad –tal

como fue indicado por los propios agentes que deberían aplicar la medida– sean impracticables⁸⁶; también respecto de la medida de vigilancia acústica domiciliaria se exigió formalmente por parte del Tribunal Constitucional que se considerara su aplicación exclusivamente para casos realmente severos arguyendo que esa era la voluntad restrictiva del legislador constitucional –delitos con penas máximas superiores a los cinco años–, y eso fue saltado por el legislador común (que, debe destacarse este punto, era el mismo que el legislador constitucional) al evaluar subir las penas de ciertos delitos para que pudieran ser incluidos en el catálogo de delitos afectados por la medida.⁸⁷ La forma legal, como analiza Giorgio Agamben⁸⁸, confiere muchas veces a la ley una indiscutible validez, aunque esta validez, de hecho, no tenga significado. Este *derecho anti-insecuritas* es emitido mediante pasos formalmente correctos y revisada su constitucionalidad (existen proyectos legislativos, sesiones parlamentarias, modificaciones constitucionales, controles de constitucionalidad), que le confieren legalidad y validez – lo que sin lugar a dudas coloca en muy incómoda posición a quienes lo criticamos.

e. *Constitucional*. Uno de los aspectos más interesantes, según mi criterio, es que todas estas medidas y la persecución de *entes insecuritas* como entes que ponen en peligro la seguridad, son co-construidos por el

83 Estas nuevas figuras penales fueron introducidas al Código Penal alemán mediante la *Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado (Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten vom 30. Juli 2009, BGBl. I, 49, S. 2437)*. Se trata del § 89a StGB: Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*); y del § 91 StGB: Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*). En ambos casos se legisla el adelantamiento de la punibilidad por lo que ya no se trata de la sanción de injusto y culpabilidad, sino de la prevención de una amenaza. Rackow (2011) criticó duramente esta reforma por entender que puede definirse en forma totalmente arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. En un pasaje cita los propios fundamentos de la ley y analiza la gravedad de tal ambigüedad. Los fundamentos rezan, con respecto al § 89a párr. 1 [BT-Drs. 16/11735, p. 12.]: “Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, tal como se lo imagina el autor, en tales circunstancias sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad”. Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow que por lo tanto deberá extraerse del potencial de impacto del acto preparado – ¡y esto de acuerdo a la *imaginación* del autor de la *preparación!* –, si ya su preparación ‘afecta’ o no la seguridad interior.

84 Benjamin 1965.

85 Benjamin 1965: 44. Para una profundización sobre la crítica de Walter Benjamin al derecho y la policía y su aplicación a la temática aquí presentada véase Böhm 2011: 253 ss., especialmente 259 ss.

86 Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 23, 25; Cfr. Sesión plenaria Nro. 152 del 21 de enero de 2005 (*Plenarprotokoll* 15/152, *Bundestag*), p. 14291. Para la profundización de esta problemática y más referencias sobre las críticas a la sentencia del Tribunal Constitucional al respecto véase Böhm 2011: 185 ss.

87 Cfr. Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo (BT-Drs. 15/4533), p. 22; ver también la posición contraria en el mismo documento, p. 27.

88 Cfr. Agamben 2002, 2006.

Tribunal Constitucional. Se trata de la institución que explica y da forma a los principios del Estado de Derecho plasmados en la *Grundgesetz*, es decir, que el Tribunal es el modelador último de lo que significa en concreto la idea abstracta del Estado de Derecho. Y es precisamente este Tribunal –como ha sucedido en forma similar en otros sitios, como con la *Supreme Court* de Estados Unidos, por ejemplo⁸⁹– el que ha reformulado los términos de ese Estado de Derecho, haciendo posible la construcción de un *derecho anti-insecuritas*. Que esta instancia puede ser guardiana de la Constitución (*Verfassungshüter*), pero no de los derechos fundamentales, queda en evidencia si se piensa en el caso del suministro de vomitivos antes mencionado, en que recién por intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decidió no aplicar más ese método⁹⁰, lo cual volvió a reiterarse respecto del internamiento preventivo impuesto con posterioridad, que solo fue abolido luego que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a Alemania. Es decir, estas medidas no se han evitado o anulado apelando al Estado de Derecho, sino –en todo caso– en el ámbito del discurso y la protección de los Derechos Humanos.

f. *Pretendidamente excepcional*. Tanto por parte de los legisladores, como por parte del Tribunal Constitucional se pretende estar tratando con fenómenos excepcionales (el ‘crimen organizado’ habría adquirido dimensiones nunca antes vistas, el ‘crimen organizado’ está acaparando y erosionando el Estado de Derecho, la vigilancia acústica es una medida extremadamente excepcional etc.), que sin embargo

son presentados como ubicuos, presentes en todos lados, de modo que al instrumentario (originado en medidas excepcionales policiales y de defensa ante peligros inminentes, pero que incluyen luego su aplicación, por ejemplo, a más de cien figuras penales) se lo introduce como necesario en el ordenamiento ordinario, sin límites temporoespaciales que pudieran explicar la idea de excepcionalidad o emergencia.

V. EL ENTE INSECURITAS

El *derecho anti-insecuritas* va más allá de la lógica del riesgo, y más allá de la lógica del combate. El sistema penal actúa como una peculiar cinta de Moebius.⁹¹ *Es difícil definir límites temporales, locales y temáticos.*⁹² Las garantías constitucionales no son reformuladas para lograr una mejor administración, sino con el único fin de la exclusión física y jurídica de aquellos que ponen en riesgo la seguridad general. Riesgos-enemigos y enemigos-riesgosos son nuevas figuras en el derecho penal: *entes insecuritas*.

Como se vio, los riesgos no son ‘cosas reales’, no son hechos o daños visibles ni sujetos identificables. Los riesgos son más bien formas de entender, decodificar y hacer previsible una determinada situación o un determinado estado de cosas como disparador (a partir de la acumulación de factores analizables) de eventuales daños en el futuro. Es decir, algo o alguien puede ser construido como riesgo o no, pero *nada ni nadie es un riesgo en sí*. Por ejemplo: haber cometido un delito es un indicador de que pueden ser cometidos nuevos delitos, por lo que es considerado como un factor a ser considerado en la “cuadrícula

89 Respecto del ya antes mencionado caso *Salerno* (cfr. *supra* nota 72), sostienen *Feeley y Simon* (1994: 181), que “Las Cortes son una fuerza que podría hacer mucho para ralentar el desarrollo de la justicia actuarial. [...] Sin embargo, (...) la Corte está comprometida con reformular los valores de la jurisprudencia constitucional penal desde una orientación profundamente inspirada por la justicia actuarial” (“*The courts are one force that could do much to slow the development of actuarial justice. [...] However, [...] the Court is engaged in rethinking the values of constitutional criminal jurisprudence from an orientation deeply informed by actuarial justice*”). También al comentar el fallo *Sokolow* (Supreme Court of the United States, *United States v. Sokolow*, 490 U. S. 1 (1989)) *Feeley y Simon* (1994: 182) advierten sobre esta participación de la instancia judicial superior en la conformación de nuevas interpretaciones que restringen los derechos fundamentales, y afirman que la *Supreme Court* prescinde de exigir toda constatación formal con respecto a la forma en que la policía aseguró el material probatorio relevante que fue la base para la subsiguiente entrega de los sospechosos a la justicia: “[La Corte Suprema] pone en evidencia una nueva voluntad de permitir la expansión de las facultades de requisa y secuestro de la policía sin un correspondiente ajuste de las garantías constitucionales respecto del individuo”. (“[The Supreme Court] signalled a new willingness to allow the expansion of search and seizure powers of the police without any corresponding adjustment of constitutional protections to the individual”).

90 Cfr. *supra* nota 79.

91 Sobre la continuidad y difusión de los límites véase *Bigo* (2001), quien utiliza la idea de la cinta de Moebius al explicar críticamente el funcionamiento poco diferenciable entre la seguridad interior y la seguridad exterior. Así también *Opitz* (2008: 204) habla del “cruce de diferenciaciones” (“Durchkreuzungen von Unterscheidungen”) en el ámbito de la seguridad, las cuales no permiten distinguir, por ejemplo, entre civil/militar, legal/ilegal, nacional/internacional, seguridad interior/ seguridad exterior, y que aún no permiten vislumbrar si se trata de una completa erosión de límites, o más bien de una nueva delimitación.

92 Observaciones similares pueden hacerse respecto del derecho penal en el ámbito del terrorismo. Ver al respecto *Stolle* 2008; *von Denkowski* 2008.

de cálculo de riesgos”; ser extranjero también es un factor de riesgo en las cuadrículas de construcción y previsión de riesgos relativa al ‘crimen organizado’, lo que sumado a haber cometido un delito anteriormente aumentaría el nivel de riesgo –por acumulación de factores–, y esto requeriría mayor atención y habilitaría a su vez mayor intervención del sistema penal que quiera controlar el riesgo que implica el ‘crimen organizado’. El ‘crimen organizado’ y el condenado por delitos graves son fácilmente construidos –como se pudo advertir apartados atrás– como haces que “aún muchos factores de riesgo”⁹³, lo que permitiría construirlos a ellos mismos como riesgos serios para la ‘seguridad’ (*entes-insecuritas*), que (de acuerdo a la lógica del *derecho anti-insecuritas*) deben ser no solo controlados, sino que incluso excluidos y neutralizados. Cuando los riesgos son meramente controlados, la intervención no es primeramente violenta.⁹⁴ Pero, como se vio, los dispositivos estudiados pusieron más bien de manifiesto que una vez que los riesgos son construidos y clasificados, en caso de considerarse de mucha gravedad para la seguridad, terminan siendo excluidos y neutralizados. Ese es el momento en que el ciudadano común o aquellos vinculados con el fenómeno riesgoso, son construidos como riesgo a combatir: pierden sus derechos, pierden su estatus de sujeto jurídico, y son reconstruidos como otros. Es decir, no lo eran desde un principio (como era, en cambio, pensado el ‘anormal’, el ‘individuo peligroso’ de la escuela positiva), sino que mediante la racionalidad del riesgo son reconstruidos como entes opuestos a la seguridad.

El *ente insecuritas* no es pensado como una figura corporal. Por la lógica de la administración de riesgos, los destinatarios del sistema penal son *desubjetivados*. Ni el ‘infractor’ de la escuela clásica ni el ‘criminal’ de la escuela positiva pueden pensarse sin una vinculación directa con un individuo corporal. El *ente insecuritas*, en cambio, es una figura abstracta. En el *derecho anti-insecuritas* no hay tipos penales

concretos ni la descripción de anomalías, que podrían valer como manifestaciones de un peligro. Las figuras a las que se les pueden adscribir factores de (alto) riesgo, por lo tanto, no son vistas como anormales, sino que son puestas a distancia de la sociedad en forma legal o física, ante la eventualidad de su dañosidad, y con el solo fin de la seguridad. Son *hechas ‘extrañas’*, continuando con el proceso de desubjetivación: el *ente insecuritas* se ve desubjetivado (*entusbjektiviert*), convertido en extraño (*entfremdet*), y desprovisto de sus derechos (*entrechtlicht*),⁹⁵ ya que no se lo considera más un sujeto de derecho. Dado que los factores que pueden considerarse como riesgosos para la seguridad son incontables y pueden ser de una infinita variedad, las medidas que pueden considerarse propias de un *derecho anti-insecuritas* se caracterizarán por la amplitud y la poca definición al momento de señalar los destinatarios de las medidas en cuestión. Es decir, no será fácil definir una relación causal entre un hecho concreto que pretende evitarse y un individuo concreto que pondría la causalidad en movimiento. Para la adscripción de factores de riesgo y la consiguiente legitimación de la intervención penal no es necesaria la atribución de un daño a quien puso en movimiento (voluntaria o culpablemente) un curso causal. A un infractor de la ley penal se le atribuye –según las reglas tradicionales del derecho penal– un daño o un delito cuando ese infractor, causalmente, puede ser hecho responsable de ese daño o de la comisión o tentativa de ese delito. También es posible que quien no pueda ser considerado responsable sea considerado, sin embargo, ‘peligroso’ y penalmente disculpado. En el caso del *ente insecuritas*, en cambio, no se atribuye un hecho delictivo concreto, sino que es reprochado un daño que eventualmente podría tener lugar en el futuro; se lo hace penalmente responsable de una presunta probabilidad de que se concrete tal situación. La explicación de este funcionamiento reside en la lógica del riesgo: *los factores de riesgo son solo indicadores,*

93 Decisión del Tribunal Constitucional del 5.02.2004, BVerfGE 109, 133 (BVerfG, 2 BvR 2029/01), p. 158 ([*Ein Anteil der Probanden*] “*versammele eine derartige Haufung von Risikofaktoren auf sich(...)*”).

94 Un ejemplo lo brinda la medida adoptada por la ciudad de Hamburgo: Para ‘administrar’ el ‘riesgo’ que representaban para los pasantes los jóvenes que tomaban cerveza, consumían estupefacientes o pedían dinero en la estación central de trenes, se decidió hacer sonar música clásica a gran volumen en las estradas de la estación, donde ellos se instalaban, para provocar su hastío y que se retirasen a otro sitio, lo cual dio el resultado esperado. Ver al respecto la nota con el sugestivo título “La dictadura de los tonos suaves” (“*Die Diktatur der sanften Klänge*”) que explica el efecto de la música clásica en los “drogadictos y vagabundos”, los cuales sentirían una especie de alergia por ella (<http://www.zeit.de/zeit-wissen/2005/04/Muzak.xml> [estado al 4 de marzo de 2012]).

95 Cfr. para el análisis íntegro de acuerdo a la terminología alemana Böhm 2011: 303 ss. Cfr. en similar sentido Arnold (2006: 305), quien critica a Jakobs, porque este último presenta al “enemigo” como “sin derechos” (“*rechtlos*”).

que deben calcularse acumulativamente, pero que por sí solos no tienen consecuencia alguna. De esta manera, para la disminución o neutralización de los riesgos calculados se pone en funcionamiento un instrumental amplio y difuso, que no cumple con los requisitos de determinación y transparencia que debería seguir el derecho y el proceso penal.

De acuerdo a lo dicho, dado que no se trata de investigar, juzgar y eventualmente condenar la comisión de un delito, sino de detectar situaciones y factores de riesgo para la seguridad, procurando –mediante el sistema penal– proveer esa seguridad, los problemas que estas construcciones acarrearán, si se las analiza con los parámetros tradicionales del derecho penal, son muchos y de diversa índole:

a. *No son figuras necesariamente físicas*: por ejemplo, ‘terrorismo’, ‘crimen organizado’;

b. *No necesariamente hay relación causal entre una acción y un resultado delictivo*: por ejemplo, el ser ‘inmigrante ilegal’ es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad, aunque no se cometa delito; el tener conducta difícil en la cárcel es visto como factor de riesgo que conlleva inseguridad y la continuación del encierro, aunque no se haya cometido nuevo delito;

c. *Estas figuras acarrearán (porque les fueron adscritos) factores de riesgo,⁹⁶ lo que implica la contingencia de su construcción*: por ejemplo, hoy extremista musulmán, mañana extremista cristiano, hoy inmigrante vietnamés riesgoso para el mercado del tabaco, mañana inmigrante polaco riesgoso para el mercado automotriz, etc.;

d. *Son contruidos e investigados como figuras difusas*: por ejemplo, conocidos de conocidos que podrían estar preparando actos de terrorismo o delitos vinculados con el ‘crimen organizado’ y son escuchados en sus domicilios.

Estos entes *insecuritas*, destinatarios de medidas como la vigilancia acústica domiciliaria o la otrora

detención preventiva impuesta con ulterioridad son presentados por las políticas criminales respectivas al mismo tiempo como un peligro a temer, como un riesgo construido, como una situación de peligro a dominar, como un extraño sin subjetividad y sin derecho, y como un enemigo a vencer. Se implementan distintos instrumentos para la construcción y combate del ente *insecuritas*. Se formulan fenómenos de oposición a la seguridad, se redactan cuadrículas con factores y pronosis de riesgo, se deciden restricciones de derechos, leyes inconstitucionales son declaradas válidas, e intervenciones inmediatas de intervención son ampliadas preventivamente.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA VIOLENCIA DEL DERECHO, EL ESTADO DE DERECHO Y LA INSEGURIDAD DEL DERECHO PENAL

1. La violencia del Derecho

Negar o disimular la violencia propia del derecho aumenta esa violencia, ya que se recurre irreflexivamente al derecho penal y se multiplican permanentemente sus posibilidades (violentas) de intervención, lo que facilita la formación de un derecho anti-insecuritas.

No es nuevo decir que el derecho es violento. Walter Benjamin ha señalado largamente el carácter violento del derecho, con fuertes elementos de la inmediatez policial que legisla, aplica y juzga en un mismo acto e intensifica por lo tanto esa violencia.⁹⁷ Jacques Derrida ha retomado estas ideas y las ha aplicado al derecho en su texto *Fuerza de ley*,⁹⁸ en que dejó en claro que el derecho requiere de la fuerza que haga posible su aplicación, y deja en claro que justamente esta cercanía entre ley y fuerza hacen imposible toda idea de justicia (idea neutra general imposible de aplicarse en un acto jurídico concreto). Michel Foucault, por su parte, resaltó la función del derecho como instrumento del poder (“la ley no puede no estar armada”) y la lógica necesidad de que esa aplicación vaya de la mano con la posibilidad de aplicar o suspender

96 En alemán es muy ilustrativo el término *Gefahrenträger*, que significa precisamente “el que acarrea o lleva consigo peligros”, y también ha sido muy utilizado en el ámbito de las políticas anti-terroristas. En nuestro análisis podría hablarse, en esa línea, de *Risikenträger* (“el que acarrea o lleva consigo riesgos”). Sin embargo, esta terminología podría dar confusamente a pensar que el sujeto en cuestión lleva en sí mismo ese riesgo, mientras que es precisamente una característica de la lógica actuarial, que los riesgos no existen en sí, sino que son resultado de adscripciones –más o menos arbitrarias– y del análisis de su acumulación: quien hoy es considerado riesgoso, puede no serlo a partir de un nuevo cálculo realizado en una nueva matrix (aunque, dicha sea la verdad, lamentablemente la experiencia indica que es más fácil ser atrapado en una matrix de factores de riesgo, que salir de ella).

97 Benjamin 1965.

98 Derrida 1997.

ese derecho de acuerdo a la necesidad (bio)política del momento.⁹⁹ La excepción, la decisión en cuanto a esa suspensión temporal de la ley, fue estudiada también por Giorgio Agamben, quien retoma aquellas reflexiones de Foucault y las actualiza en la idea, hoy bastante expandida, de que no estamos viviendo en tiempos en que el derecho cada tanto tiene que acudir a la excepción, sino en tiempos, en que la excepción ha devenido en regla.¹⁰⁰ Entiendo, sin embargo, que no se trata de una excepción hecha regla, sino de una regla que se instala argumentando excepción.¹⁰¹

Teniendo entonces en cuenta la violencia ínsita del derecho, como primer paso en el análisis de toda práctica jurídico-penal, debería partirse de la importancia de reducir su ámbito de aplicación e implementación, lo cual indudablemente conllevaría, entre otras consecuencias, a dificultar la construcción de más espacios de actuación del *derecho anti-insecuritas* (expresión máxima de la irracionalidad –en terminología zaffaroniana– del tradicional poder punitivo).

2. El Estado de Derecho¹⁰²

La idea del Estado de Derecho no es suficientemente precisa como para impedir la construcción del derecho anti-insecuritas. Los dispositivos aquí analizados son completamente acordes con el Estado de Derecho (“rechtsstaatlich”) y fueron construidos por mecanismos formalmente propios del Estado de Derecho, así como legitimados (co-construidos) por el Tribunal Constitucional alemán.

Que la fusión entre la lógica del riesgo y la lógica de la guerra sea novedosa no significa que las condiciones estructurales pre-existentes y que han hecho posible este desarrollo no hayan estado ya – ¡probablemente desde siempre! – en la misma lógica interna del derecho. Ya en las redes del discurso del derecho moderno e ilustrado se encuentran las condiciones para la construcción de las figuras y las medidas de la actualidad. Hoy simplemente esta fusión hace

más visibles esa lógica y sus retículos.

La cuestión es si esta forma de actuación penal, llevada adelante por las distintas políticas criminales (de seguridad), pueden ser *realmente* compatibles con el Estado de Derecho. Pareciera que este *derecho anti-insecuritas* y su lógica ponen en crisis las posibilidades del Estado de Derecho. Sin embargo, es el propio Estado de Derecho a través de sus instituciones el que reinterpretando las ideas de seguridad y libertad, lo habilita.

Una limitación del *derecho anti-insecuritas* únicamente será posible previa revisión de los componentes discursivos que atraviesan al derecho, y luego de una profunda revisión de la función del discurso penal en su conjunto. La relación de medio-fin que se está dando en el *derecho anti-insecuritas* (el derecho penal como *medio* para obtener el *fin* seguridad) debe ser dejada de lado. Sin embargo, esta eliminación no debe esperarse que tenga lugar gracias al auxilio de los principios del Estado de Derecho ni de sus actores. Precisamente estos principios (legales, constitucionales) son los que han sido reinterpretados por esos actores y han dado lugar al *derecho anti-insecuritas*, ya que también se encuentran atravesados y formados por el ansia securitizante¹⁰³. Esto es, las exigencias de nuevas medidas y límites menos rígidos para tratar con los *entes insecuritas* y el terrorismo, con el ‘crimen organizado’ y con la violencia sexual –por mencionar solo los ámbitos aquí tratados– se han hecho más y más fuertes en los últimos años y se han reunido incluso en derredor de un único concepto: la seguridad. La inseguridad puede acechar (o, mejor es decir, puede ser percibida/construida) en todo espacio social. Los *entes insecuritas* no son construidos y combatidos como situaciones de excepción ni existe estado de emergencia (aunque se alegue); no se suspende el orden constitucional con regímenes autoritarios, ni se recurre a leyes o decretos excepcionales. Todo transcurre por los

99 Foucault 2002: 174. Esta idea está desarrollada y es siempre nuevamente pensada a lo largo de toda la obra del pensador francés. Puede sugerirse especialmente, sin embargo, la lectura de Foucault 1995 (*La verdad y las formas jurídicas*), en particular la tercera conferencia.

100 Agamben 2002: 130; y 2004: *passim*.

101 Sobre esta idea así como para un análisis detallado de las ideas de los cuatro pensadores referidos véase Böhm 2011: 252 ss., donde la crítica al derecho por ellos realizada es aplicada a los casos aquí en estudio (véase respectivamente sobre Benjamin p. 253 ss., sobre Derrida 266 ss., sobre Foucault p. 276 ss. y sobre Agamben p. 290 ss.).

102 Primeras ideas sobre la problemática situación en que se encuentra el concepto del Estado de Derecho en el marco del desarrollo político-criminal de las últimas décadas fueron desarrolladas en Böhm 2008 y 2011a.

103 Sobre la idea de securitización cfr. ya supra nota 14.

canales previstos por un orden constitucional regular propio de un Estado de Derecho democrático que por vías regulares construye y combate peligros, amenazas, todo aquello que puede *insegurar* al Estado y/o a la sociedad.

El ministro Schäuble incluso, en la entrevista antes mencionada, llegó a plantear y preguntarse la solución para un caso hipotético, claramente violatorio de los procedimientos propios de un Estado de Derecho, pero muy ilustrativo:

“*Schäuble*: Supongamos que alguien supiera en qué cueva está sentado Osama Bin Laden. Se podría disparar un misil teledirigido para matarlo.

Spiegel: Probablemente el gobierno federal mandaría primero un fiscal, para detener a Bin Laden...

Schäuble: ... y mientras tanto los americanos lo ejecutarían con un misil, y la mayoría de la gente diría: Gracias a Dios. Pero seamos sinceros: las cuestiones de derecho permanecerían totalmente confusas [...]. Deberíamos intentar aclarar dichas cuestiones lo más preciso posible en nuestro derecho constitucional y crear los fundamentos jurídicos que nos den las libertades necesarias en la lucha contra el terrorismo”.¹⁰⁴

Que la solución estadounidense sugerida por Schäuble en su ejemplo de 2007 se haya hecho realidad en 2011, resulta una curiosa coincidencia. O no. Más bien podría pensarse que la entrevista con el ministro del Interior alemán probablemente puso en evidencia los procesos de redefinición que vienen teniendo lugar en los últimos años. Como se vio en apartados anteriores, las reformas que el ministro exigía en 2007 para que el Estado de Derecho estuviera a la altura de las circunstancias, habían empezado a darse con anterioridad también en otros ámbitos. Tanto reformas legislativas y constitucionales como sentencias del Tribunal Constitucional, ya con anterioridad, habían empezado a delinear estas transformaciones del derecho penal que cada vez más se perfila como instrumento protector de la seguridad general, y perseguidor de toda posible inseguridad.

3. La inseguridad del derecho penal

Un derecho penal que tiene por fin la ‘seguridad’ o ‘el bienestar general’ se coloca en la situación de tener que actuar ilimitadamente. Cada límite (procesal, constitucional, etc.) a su actuación es leído como una

renuncia a ese fin. Este es el problema nuclear del ilimitado, agresivo y difuso derecho anti-inseguritas.

El derecho penal de la actualidad está siendo re-editado en términos de seguridad. Viejas lógicas jurídicas están siendo actualizadas: La violencia, la vaguedad, la excepcionalidad, son todos aspectos immanentes a la lógica interna del derecho moderno. El *derecho anti-inseguritas*, por lo tanto, no es un derecho pre-moderno, ni un derecho anti-moderno, como podría alegarse. Se trata más bien de una manifestación del derecho moderno reformulado para adecuarse a los desafíos del siglo XXI y su obsesión por la seguridad. El *derecho anti-inseguritas* es el derecho instrumental a los tiempos de la seguridad.

Luego de hacer esta revisión de las construcciones, los discursos y las prácticas que dentro del ámbito penal significan el desarrollo de políticas criminales guiadas por el ideal de la seguridad – lo que convierte a la política criminal en *política de seguridad* –, la mejor forma de sobrepasar y redireccionar estas políticas es el abandono desde el sistema penal y desde el derecho penal de la lógica de la seguridad como norte, que solo lleva a una ilimitada necesidad de mayor amplitud, y mayor agresividad. La inseguridad del sistema penal y del derecho penal que lo piensa – o lo debería pensar –, solo puede ir en aumento.

El sistema penal debe ocuparse – como verdadera *ultima ratio* – de la investigación y, eventualmente, sanción de conductas individuales gravemente lesivas, y *no* de la Seguridad Interior, *no* de la Seguridad del Estado, *no* de la Seguridad General. La sana convivencia, la recuperación del espacio público, la reivindicación de la seguridad como fin integral y constructivo del Estado mediante la provisión de seguridad sanitaria, educativa, laboral, ambiental, de salud, etc., así como el respeto de la libertad del otro, la intervención preventiva y/o restauradora respetuosa de los derechos de los afectados, etc.; Todos estos términos deben recuperarse y destacarse al hablar de seguridad. La intervención penal desde las políticas criminales, desde el discurso penal, desde las instituciones penales y la dogmática penal no tienen realmente mucho para aportar en esos ámbitos.

Desplazar la idea de la seguridad del ámbito del derecho penal puede ser un primer paso para reinterpretar al derecho penal en respeto de los principios democráticos básicos del Estado de Derecho pensados,

104 *Der Spiegel*, Nro. 28/ 9.7.2007, p. 32.

interpretados e implementados en consonancia con los Derechos Humanos. Negarse a plantear discusiones penales a partir de la necesidad de seguridad es el aporte que, a mi entender, cada académico y cada práctico puede hacer desde su lugar. Sugiero por lo tanto un rotundo *basta!* a la problematización de la seguridad en el campo del sistema y el derecho penales, como si de una tarea propia se tratase. De lo contrario, el *derecho anti-insecuritas* seguirá aumentando su campo de acción, y los *entes insecuritas* construidos y neutralizados seguirán proliferando.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio (2002): *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Agamben, Giorgio (2004): *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Agamben, Giorgio (2006): *Mittel ohne Zweck*, Zürich/Berlin: diaphanes.
- Arnold, Jörg (2006): Entwicklungslinien des Feindschaftsrechts in 5 Thesen, en: *Höchststrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HHRS-* Aug./Sept. 2006, 303-315
- Ashworth, Andrew/ Lucia Zedner (2011): Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law, en: R.A. Duff/ S. Green (comp.), *Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 279-304
- Ashworth, Andrew/ Zedner, Lucia (2008): Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, en: *Criminal Law and Philosophie* 2, 21-51
- Beck, Ulrich (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Bender, Soledad (2007): *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Benjamin, Walter 1965 [1921]: Zur Kritik der Gewalt, en: *id., Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 29-65
- Bigo, Didier (2001): Internal and External Security(ies): The Möbius Ribbon, en: M. Albert et al. (edtr.), *Identities, Borders and Orders*, Minneapolis: Minnesota University Press, 91-136
- Böhm, María Laura (2006): Sicherheitskriminologie. Freiheitskriminologie, en: Heinrich, R./ Schulte Ostermann, J. (comp.): *Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie. Tagungsband. Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 233-251
- Böhm, María Laura (2007): Komplementäre Kriminalpolitiken, en: *Kriminologisches Journal*, 9. Beiheft, 168-183
- Böhm, María Laura (2007a): Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis (Ad Hoc)*, N° 4, 69-106 (reimpresión en Perú: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* 1/2011, 159-180)
- Böhm, María Laura (2007b): Videoüberwachung und Kriminalpolitik, en: Zurawski, N. (comp) *Sicherheitsdiskurse. Angst, Kontrolle und Sicherheit in einer „gefährlichen“ Welt*, Peter Lang, Frankfurt, 245-260
- Böhm, María Laura (2008): Transformaciones en el Estado de(l) Derecho, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* 5 (Ad Hoc), N° 5/6, 15-33
- Böhm, María Laura (2011): *Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘: Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgericht über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag [Obra disponible online: http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2011/GSK15_boehm.pdf]
- Böhm, María Laura (2011a): Estado de derecho en Alemania. Sobre “enemigos” y “criminales” en el Parlamento y frente al Tribunal Constitucional alemán, en: Muñagorri, Ignacio y Pegoraro, Juan (coord.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson, 151-175 2012; (reimpresión en Colombia: Ambos, Kai/ Böhm, M.L. (comp.) (2012), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania—Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana – Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen, 5-16 de septiembre de 2011*, Bogotá: Temis – en edición –)
- Böhm, María Laura (2011b): Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law, en: Duttge, Gunnar

- (ed.), *The Law in the Information and Risk Society*, Göttingen: Göttingen Universitätsverlag, 145-163
- Böhm, María Laura (2012): Políticas de Seguridad y Neoliberalismo, en: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crimen y Globalización*, Madrid: Trotta (en edición)
- Böhm, María Laura/ Mariano H. Gutiérrez (2007): Introducción, en: M. L. Böhm y M. H. Gutiérrez (comp.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, V-XXXI.
- Buzan, Barry/ Waeber, Ole/ de Wilde, Jaap (1998): *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, CO: Lynne Rienner
- Castel, Robert (1986): De la peligrosidad al riesgo, en: Alvarez Uría, Fernando/ Varela, Julia (comp.), *Materiales de sociología crítica*, Madrid: La Piqueta, 219-243
- C. A. S. E. Collective (2006): Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, en: *Security Dialogue* vol. 37(4), 443-487
- Derrida, Jacques (1997): *Fuerza de Ley—El ‘fundamento místico de la autoridad’*, Madrid: Tecnos
- Etzel, Matthias (1992): *Die Aufhebung von national-sozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)*, Tübingen: Mohr.
- Evers, Adalbert/Nowotny, Helga (1987): *Über den Umgang mit Unsicherheit – Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp
- Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1994): Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law, en: Nelken, David (comp.): *The Futures of Criminology*, London [u.a.]: Thousand Oaks, 173-201
- Feeley, Malcolm/ Simon, Jonathan (1995): *La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones*, en: *Delito y Sociedad*, Año 4, Núm. 6-7, 33-58
- Fernández Steinko, Armando (2008): *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid: Catarata
- Foucault, Michel (1995): *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa
- Foucault, Michel (2002): *Historia de la sexualidad I. La voluntad de Saber*, Buenos Aires: Siglo XXI
- Frisch, Wolfgang (2009): Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 7, 385-405
- Garland, David (1996): The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, en: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471
- Garland, David (1997): ‘Governmentality’ and the Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology, en: *Theoretical Criminology* Vol. 1 (2), 173-214
- Garland, David (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa
- Jakobs, Günther (2000): Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, en: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (comp.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, p. 47-56
- Jakobs, Günther (2003), Derecho Penal del Enemigo, en: Jakobs, G./ Cancio Meliá, M.: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 19-56
- Jakobs, Günther (2004): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, en: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht -HHRS-*, März 2004, 88-95
- Jakobs, Günther (2005): Carta de G. Jakobs del 7 de febrero de 2005 a los estudiantes del seminario “*Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie*” (Seguridad y Libertad IV. Estado y Sociedad. Derecho Penal del Enemigo y Criminología) bajo la dirección de Prof. Dr. Fritz Sack y Dr. Jürgen Kühling, en el marco del Posgrado en Criminología de la Universidad de Hamburgo
- Kinzig, Jörg (2008): *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot
- Krasmann, Susanne (2007): Folter im Ausnahmezustand?, en: Krasmann, S./ Martschukat, Jürgen (comp.), *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 75-96
- Kunz, Karl-Ludwig (2006): Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion, en:

- Barton, Stephan (comp.): „(...)weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden: Nomos, 71-86
- Meyer-Wieck, Hannes (2005): *Der Große Lauschangriff. Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO*, Berlin: Duncker & Humblot
- Mushoff, Tobias (2008): *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt a.M.: Peter Lang
- Opitz, Sven (2008): Zwischen Sicherheitsdispositionen und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernamentalität, en: Purtschert, Patricia/ Meyer, Katrin/ Winter, Yves (comp.): *Gouvernamentalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault*, Bielefeld: transcript, 202-228
- Pestalozza, Christian (2004): Die widerwillen sprengende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung, en: *Juristische Zeitung*, 605-609
- Pollähne, Helmut/ Kemper, Andrea (2007): Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot – zur Entscheidung des EGMR, en: *Kriminologisches Journal*, 39. Jg. H. 3, 185-202
- Rackow, Peter (2010): Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Ponalisierung von Vorbereitungshandlungen, en: Bloy, Rene et al. (comp.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641
- Sack, Fritz (2007): El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología (Ad Hoc)*, Nro. 4, 128-158
- Scheerer, Sebastian/Böhm, María Laura/Viquez, Karolina (2006): Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo, en: Cancio Melia, Manuel/Gomez-Jara Diez, Carlos (comp.): *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusion, Tomo II*, Madrid/Montevideo: Edisofer y B. de F., 917-938
- Schmitt, Carl (1963): *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot: Berlin
- Stolle, Peer (2008): Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen, *Kriminologisches Journal* 40. Jg., H. 2, 123–136
- Thiede, Frank (2008): Entwurf des BKA-Gesetzes, en: *Kriminalistik* 10/2008, 539-542
- Denkowski, Charles von (2007): Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, en: *Kriminalistik* 5/2007, 325-332
- Denkowski, Charles von (2008): Das BKA im Wandel: Einst Zentralstelle, bald Bundeskriminalpolizei im Vorfeld terroristischer Gefahren – die Große Koalition leitet einen Paradigmenwechsel ein, en: *Neue Kriminalpolitik* 3/2008, 82-87
- Vormbaum, Thomas (2009): *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin: Springer.
- Wartjen, Maximilian (2007): *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, Baden-Baden: Nomos
- Williams, Michael C. (1998): Modernity, Identity and Security: A Comment on the “Copenhagen controversy”, en: *Review of International Studies* 23(3), 435-440
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar
- Zedner, Lucia (2007): Pre-crime and post-criminology?, en: *Theoretical Criminology* 11(2), 261-281
- Zinn, Jens (2008): Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty, en: *id.* (comp.): *Social Theories of Risk and Uncertainty—An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 1- 17

¿PROCESOS PENALES SOLO PARA CONOCER LA VERDAD? LA EXPERIENCIA ARGENTINA*

Daniel R. PASTOR**

Sumario: I. Descripción de un fenómeno peculiar. II. Crítica de este fenómeno peculiar.

I. DESCRIPCIÓN DE UN FENÓMENO PECULIAR

A. La situación

Al menos desde el siglo XX después del ocaso de cada régimen político autoritario se han producido diversas experiencias para tratar de reconstruir la suerte de los afectados por la opresión desarrollada desde el Estado¹. Ellas han sido muy variadas y sus diferencias han dependido de múltiples factores, principalmente del grado de dominio del poder que tuvieron, ya en Democracia, los autores de los crímenes, por un lado, y las víctimas supervivientes, por el otro. Lo normal ha sido conocer lo sucedido por su difusión, pero también por el resultado de los procesos judiciales llevados a cabo contra los sospechosos. Donde los procesos judiciales no eran posibles, se recurrió a las llamadas “comisiones de la verdad”. Mi trabajo se refiere a la muy peculiar experiencia argentina que empezó con una comisión de la verdad² que en

lugar de ser creada como alternativa al enjuiciamiento penal fue pensada también como base de los necesarios procesos judiciales³. Se esperaba que, al menos en parte, las circunstancias establecidas por esta Comisión respecto de casi unas diez mil víctimas de crímenes de Estado resultarían precisadas y pormenorizadas en investigaciones penales y juicios⁴. Esta política siguió su curso normal hasta que la solución judicial fue excluida por las leyes que impidieron la continuación de los procesos.

Los crímenes, con independencia de su naturaleza, sus particularidades y su gravedad, representan hechos del pasado cuyo conocimiento, en una sociedad democrática, puede ser tratado de maneras muy diversas. Ante la obligación estatal de castigarlos surge el deber judicial de conocerlos. Pero también se puede resolver no castigarlos y, por lo tanto, no investigarlos, de modo que se impone así desde la autoridad una suerte de decisión colectiva de “olvidarlos oficialmente” (amnistía). Ahora bien, si no pueden ser

* Publicado en Pastor, Daniel: *Neopunitivismo y Neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires, 2008, p. 369 y ss.

** Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

1 “En tiempos de un cambio de sistema político con profundas modificaciones también de tipo normativo, es muy natural la reconstrucción jurídico-penal del pasado con el interés de justificar que ese pasado debe ser aclarado segura y completamente” (Hassemmer, W.: “La responsabilidad penal por crímenes de Estado y el cambio de sistema político en Alemania bajo la lupa de las causas de justificación”, trad. de D. Pastor, en NDP 1998/A, p. 74). Vid. también Eiroa P.: “Memoria y justicia en la experiencia de la Comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación” (inédito). Muchas de las experiencias concretas del siglo XX han sido analizadas por Nino, C.: *Juicio al mal absoluto*, trad. de M. Böhmer, Buenos Aires, 2006, pp. 43 y ss. Acerca de las cuestiones penales fundamentales que plantea la superación del pasado vid. además Hirsch, H.: “Derecho penal del Estado de derecho e injusto dirigido estatalmente”, trad. de A. Gil Gil, en Hirsch, H.: *Derecho Penal. Obras completas*, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 209 y ss. En general sobre el problema de fondo de verdad, memoria, historia y futuro, vid. AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, trad. de S. Peña, Buenos Aires, 2006.

2 La Conadep (Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas) creada por decreto del Presidente Alfonsín de 15 de diciembre de 1983.

3 Informa Nino, cit. n.º 1, p. 133, que “la mayor parte de la evidencia colectada por la Conadep fue decisiva en los juicios que seguirían”.

4 Vid. Méndez, J.: “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en Abregú, M./Courtis, C.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 527.

castigados, su conocimiento podría ser mantenido, de todos modos, como cuestión estatal (propaganda) o quedar librado a la elaboración privada (historia). Casi todas estas opciones han sido puestas en práctica para la superación de lo sucedido con los crímenes de Estado en Argentina, según se verá más abajo, pero lo central para este trabajo es el análisis de la utilización del proceso penal y de los cuerpos judiciales previstos para llevarlo a cabo con el fin de satisfacer un “derecho a la verdad” que obliga a poner en marcha la maquinaria de la justicia criminal *solo* para saber qué pasó exactamente respecto de esos crímenes sin posibilidad de enjuiciar a los sospechosos y condenar a los culpables. Por lo tanto, si bien no son procesos penales en sentido estricto recurren sin embargo, para cumplir su peculiar fin, a la actuación de los jueces penales por medio de las reglas del proceso penal, con lo cual es evidente que el derecho procesal penal tiene al respecto algo que decir, más allá incluso de que, en buena medida, estos procesos tienen mucho de “punitivos” en sentido amplio. De otro modo no se explica por qué se recurre a jueces y procesos penales si no se trata de juicios penales. Es por ello que

esta práctica, que ha sido bautizada con el nombre de “juicios de la verdad” o “juicios por la verdad”, resulta llamativa ya porque en realidad sabemos bien que no son propiamente juicios y no sabemos nada demasiado preciso acerca de qué es la verdad⁵.

B. Alcances del llamado “derecho a la verdad”

En el ámbito latinoamericano es un lugar común considerar que el Estado, respecto de los llamados “delitos de lesa humanidad” (con más propiedad: “delitos contra la humanidad”) y de las denominadas “graves violaciones de los derechos humanos”, tiene, junto al deber de llevar a cabo procesos penales con el fin de investigar y castigar a los culpables, una obligación independiente (derivada del deber de garantía y del deber de reparar) de informar todo lo sucedido con las víctimas⁶. Un derecho “a la verdad” –algo bastante impreciso y ambiguo, por cierto– no existe positivamente y se duda de que pueda haberlo, por ello se ha dicho que “la verdad sobre el derecho a la verdad” sigue siendo una materia en la cual todavía hay que ponerse de acuerdo⁷. No obstante ello, los intereses

- 5 La relación entre derecho y verdad es tan antigua como compleja. Kelsen asimila la pregunta por la justicia a la pregunta acerca de qué es la verdad que el gobernador romano formuló a Jesús de Nazaret (Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, trad. de L. Calvera, Buenos Aires, 1987, p. 7). *Vid.*, más pormenorizadamente, Häberle, P.: *Verdad y Estado constitucional*, trad. de G. Mañón Garibay, México, 2006; Bertolino, P.: *La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, 1990; Neumann, U.: *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, trad. de M. Hernández, Bogotá, 2005; Volk, K.: *La verdad sobre la verdad*, trad. de E. Sarraiyrouse, Buenos Aires, 2007. Aquí, naturalmente, no se puede abordar además la discusión filosófica, epistemológica, semiótica y lingüística acerca de “la verdad”, problema central de la cultura occidental de Platón a Davidson, pasando por Aristóteles, Agustín de Hipona, Kant, Husserl, Wittgenstein, Heidegger, Russell, Gadamer, Foucault y Habermas, por citar solo algunos pensadores que se ocuparon detenidamente del problema. Una clave interpretativa para aproximarse no tan desarmado a esta cuestión la brinda el debate entre Engel, P./Rorty, R.: *¿Para qué sirve la verdad?*, trad. de A. Grieco y Bavio, Buenos Aires, 2007.
- 6 *Vid.* Méndez, cit. n.º 4, p. 522; Oliveira, A./Guembe, M.: “La verdad, derecho de la sociedad”, en Abregú/Courtis, cit. n.º 4, pp. 541 y ss.; Guzmán, N./Otero, J.: “La casación, la verdad y la autoincriminación. El fallo ‘Corres’ y la historia de una tensión”, en CDJP [Casación], t. I, pp. 503 y ss.
- 7 *Vid.* Naqvi, Y.: “The right to the truth in international law: fact or fiction?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, N.º 862, 2006, p. 273. Este autor, a lo largo de todo el trabajo citado, pone en duda incluso que algo como la verdad, que como concepto es prácticamente inasible, pueda ser el contenido de regulaciones normativas. En el mismo sentido, *vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 506; Chinchón Álvarez, J.: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid, 2007, pp. 262 y ss. (“pretendido derecho”). Por esta razón este derecho es considerado todavía como algo “emergente” (*vid.* Méndez, cit. n.º 4, pp. 520 y ss.). La Comisión Europea de Derechos Humanos, en torno del problema del negacionismo, ya había afirmado, sin embargo, que los crímenes cometidos en Auschwitz no pertenecen solo a la historia: las familias de los víctimas siguen conservando un derecho a la memoria de lo sucedido con sus seres queridos (informe del 14.7.1984 del caso “T. c. Belgique”). El TEDH, en varios casos, ha seguido la misma línea general de tolerar la restricción de la libertad de expresión solo en el caso excepcional de que esta sea utilizada para efectuar una defensa pública de crímenes de guerra pasados cuya revisión deba ser evitada como medida necesaria en una sociedad democrática (así, p. ej., en la doctrina de la sentencia “Lehideux e Isorni c. Francia” del 23.9.1998). Como parte de las extravagancias habituales de los tribunales penales internacionales el ICTY anuncia desde su “Homepage” que entre sus objetivos se cuenta el de “imponer la verdad judicial con el fin de impedir el revisionismo”, aunque solo lo hace en la versión francesa de esta propaganda en Internet (*vid.* www.un.org/icty/glance-ff/index.htm), dado que en la versión en inglés este objetivo no es mencionado (*vid.* www.un.org/icty/glance-e/index.htm). En la obra de Chinchón Álvarez citada precedentemente (p. 263) se recoge la opinión de que este derecho tiene su origen en la historia, constituyendo para el Estado un “deber de la memoria” para prevenir “las deformaciones de la historia” que representan el revisionismo y el negacionismo. Desde el punto de vista político, en Europa, después de 1989, se exigió derecho a la verdad respecto de lo sucedido en los Estados totalitarios estalinistas, siendo Václav Havel –poeta, prisionero del régimen anterior y después Presidente democrático de Checoslovaquia y luego de la República Checa– quien primero presentó esta exigencia (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, p. 2).

individuales que están detrás de la búsqueda, no de “la verdad”, sino de información de lo sucedido a las víctimas del delito (especialmente en el caso de los desaparecidos) merecen sin duda una regulación jurídica que los reconozca, canalice y proteja pues se trata de valores elementales dignos del mayor respeto social. Esto sí surge positivamente en el derecho internacional humanitario, p. ej. del art. 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (aprobado en 1977) en el cual se reconoce “el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” que hayan tomado parte en conflictos armados, guerras de liberación o de lucha contra la opresión, especialmente en el caso de desaparecidos (art. 33), y también a recuperar los cuerpos de los fallecidos o a conocer el lugar de su sepultura y a acceder a ella (art. 34). Aquí no se habla de “la verdad”.

Es interesante de todos modos, para medir después las capacidades del proceso penal para cumplir este propósito, describir cuáles son los contenidos de este “derecho a la verdad” que implica como contracara –y esto es lo que más importa– una obligación para el Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en su Informe anual 1985/1986 estableció que “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad, supone no coartar la libertad de expresión; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país y el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias”⁸. Aquí no está totalmente claro todavía si esas investigaciones judiciales deben estar orientadas al castigo de los culpables o si persiguen exclusivamente una

función epistemológica.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez” (sentencia del 29.7.1988) señaló que como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos los Estados debían asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos⁹. En esta sentencia la obligación de investigar no aparece como un fin en sí mismo. Aquí se trata, antes bien, de investigar con el fin explícito de “identificar a los responsables”, “imponerles las sanciones pertinentes” y “asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁰.

Ante ello, la Comisión Interamericana, en el Informe N° 25/98, acentuó los alcances del “emergente” derecho a la verdad en sí mismo respecto de las graves violaciones de los derechos humanos, como parte de los derechos convencionales pero independiente del castigo efectivo de los culpables¹¹. Este derecho, reiteró la Comisión, implica una obligación estatal con los familiares de las víctimas de esos hechos y con la sociedad como parte de las obligaciones y deberes asumidos por los Estados Parte, especialmente de lo dispuesto en los arts. 1.1, 8, 13 y 25 de la CADH¹². Para la Comisión “el derecho a la verdad constituye un derecho de carácter colectivo, que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos, y un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en particular en el caso de los desaparecidos, en los cuales la Corte y la Comisión han establecido que el Estado está obligado a determinar su paradero. En ese sentido, la Corte ha señalado que ‘El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [...], el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que

8 CIDH, Informe Anual 1985–1986- OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, p. 205 (*apud* Informe 25/98 de la CIDH, n.º 46).

9 *Vid.*, acerca del derecho a la verdad en esta sentencia, Méndez, cit. n.º 4, p. 528.

10 Sentencia cit., párr. 174. La Corte volvió sobre la cuestión en los casos “Bámaca Velásquez” (sentencia de 25.11.2000), “Barrios Altos” (sentencia de 14.3.2001), “Myrna Mack Chang” (sentencia de 25.11.2003), entre otros.

11 *Vid.*, acerca de las prestaciones que según este Informe integran el derecho a la verdad, también Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 508.

12 Informe 25/98, párr. 85.

el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”¹³. En este Informe, finalmente, la Comisión sostuvo que “forma parte del derecho a reparación por violaciones a los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones”¹⁴.

Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 21/00¹⁵, reconoció, al aprobar una solución amistosa, la existencia de un derecho a la verdad derivado de la CADH (de otro modo la Comisión no hubiera podido tratar la petición que alegaba la violación de la Convención) que “consiste en el agotamiento de todos los medios para alcanzar el esclarecimiento de lo sucedido con las personas desaparecidas”; se aclara al respecto que “es una obligación de medios, no de resultados, que se mantiene, en tanto no se alcancen los resultados, en forma imprescriptible”¹⁶. Se establece en este texto también que “el Gobierno argentino gestionará la normativa para que las Cámaras Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de todo el país tengan competencia exclusiva en todos los casos de averiguación de la verdad sobre el destino de las

personas desaparecidas”¹⁷. Debido a que en el caso se llegó a una solución amistosa resulta ilustrativa, para conocer los alcances pormenorizados del derecho reconocido por las partes en su acuerdo bendecido por la Comisión, la posición de la peticionaria. En este sentido, el derecho a la verdad y el derecho al duelo –derivados de las garantías a una tutela judicial efectiva (se invocan el art. 8.1 y el infaltable art. 25 de la CADH)– obligan al Estado argentino (en virtud de su deber de respetar los derechos: CADH, art. 1.1) a determinar lo ocurrido con los detenidos desaparecidos¹⁸. La obligación comprende la reconstrucción de las historias particulares de cada uno de los detenidos desaparecidos¹⁹. Se trata del “derecho de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos y el derecho de la sociedad a conocer con detalle la metodología utilizada por la dictadura militar para exterminar a decenas de miles de argentinos”²⁰.

Para la doctrina, lo que el derecho internacional, expresado por medio de la Comisión y de la Corte IDH, impone es “investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad [...]”. El Estado debe poner a disposición de los interesados y de la sociedad en general toda la información que posee”²¹. Se trata de informar acerca del destino y la eventual localización de los cuerpos de los muertos como parte del derecho de sus parientes a los duelos impedidos y a contar con un lugar de sepultura para sus seres queridos²².

13 Informe cit., párr. 88 (la cita de la Corte corresponde al párr. 188 de la sentencia “Velásquez Rodríguez”).

14 Informe cit., párr. 95. Con las mismas palabras se pronunció la Comisión en el Informe 136/99 (caso N° 10.488, El Salvador, 22.12.1999), párrs. 221 a 228.

15 Informe del 29.2.2000 del caso N° 12.059: “Carmen Aguiar de Lapacó” (Argentina). Este informe, que contiene una regulación precisa y detallada de la obligación estatal de buscar e informar la verdad en estos casos, supera a sus antecesores (25/98 y 136/99).

16 Informe cit., párr. 17, punto 1. esta era precisamente la idea de derecho a la verdad de Méndez, expuesta ya en su artículo de 1997, cit. n.º 4, p. 532, respecto de lo cual aclara que “no es inconcebible que ciertos aspectos de la verdad estén perdidos para siempre”.

17 Informe cit., párr. 17, punto 2. La normativa nunca fue aprobada por el Parlamento, de modo que Argentina ha incumplido esa parte del acuerdo (vid. Schiffrin, L.: “Derecho y política de la verdad”, en Arnold, J./Simon, J./Woischnik, J. (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México, 2006, p. 349).

18 Informe cit., párr. 2.

19 Informe cit., párr. 10.

20 Informe cit., párr. 12. Obsérvese al paso que, en castellano, decenas de miles quiere decir que se trata de más de veinte mil.

21 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pp. 548 y s. Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 263, señala por ello que en la doctrina se habla de una “verdad global” acerca del marco general de lo ocurrido y de una “verdad del caso” relativa a lo sucedido con cada persona en particular.

22 Vid. Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, pp. 549 y ss. En esa dirección también la sentencia de la Corte IDH “Bámaca Velásquez” de 25.11.2000. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en su última versión del “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” ha establecido, como principios 2 a 4 y respecto de crímenes aberrantes que sean también graves violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos, el “derecho inalienable a la verdad” que corresponde al pueblo, el “deber de recordar” que pesa sobre el Estado (consistente en “preservar del

En resumen, el llamado derecho a la verdad es igualmente un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Con este contenido no hay nada todavía que, ante un deber impuesto por tratados internacionales, indique que esta obligación estatal de averiguar e informar deba ser satisfecha exclusivamente por medio del Poder Judicial, sino que resulta adecuada toda forma de cumplimiento apropiado de ese deber para evitar la tan temida “responsabilidad internacional” del Estado²³.

En la evolución de la cuestión en Argentina se fueron combinando las experiencias en torno de los medios para satisfacer este derecho, tal como se trata a continuación, llegándose finalmente a la idea de utilizar al proceso penal solo con el fin de descubrir la verdad.

C. Tiempo de conocer para saber y pensar

No bien finalizada la dictadura el gobierno democrático debió, de modo inusual, impulsar la investigación de los hechos pasados ante un sistema judicial acostumbrado a no involucrarse con los crímenes de Estado²⁴. Este programa se basaba en tres pilares: (a) una decisión oficial del Gobierno de enjuiciar penalmente por lo menos a los máximos responsables del pasado terrorismo estatal²⁵; (b) la introducción de una fuente de competencia civil, *ad hoc* y subsidiaria, para evitar que la jurisdicción militar, originalmente competente, frustrara el enjuiciamiento²⁶; y (c) la creación de una comisión para investigar lo sucedido de modo que su informe sirviera a la vez al esclarecimiento público integral y de base para el proceso penal contra las Juntas que tuvieron el máximo poder durante la dictadura militar²⁷. Esto dio lugar, a su vez, a otras tres consecuencias: (a) se produjo un informe

olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”) y el “derecho de las víctimas a saber” lo ocurrido con sus allegados (*vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 264). Una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (expte. 2488-2002-HC/TC; sentencia de 18.3.2004) repite la idea “interamericana” del derecho a la verdad, pero se lo atribuye, junto a los interesados directos, a la Nación como “bien jurídico colectivo inalienable” (párr. 8) e imprescriptible (párr. 9). Esta sentencia deriva el derecho a la verdad, como parte de los derechos fundamentales implícitos, de la dignidad humana, de la soberanía popular, del Estado democrático de derecho, de la forma republicana de Gobierno y del deber estatal de tutela jurisdiccional efectiva (párrs. 12 y ss.).

- 23 Así, p. ej., Méndez, cit. n.º 4, pp. 531 y ss., aunque con reservas, pues en caso de incumplimiento este autor constituye al Poder Judicial en garante de la obligación, aunque para ello cae en la contradicción de afirmar, en la misma página, que al derecho internacional le es indiferente qué dependencia del Estado cumpla la obligación y si no se cumple la división de poderes no excusa, pero a la vez que “es al estamento judicial al que compete la *responsabilidad* por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno” (lo destacado me pertenece). En p. 534 Méndez señala que es el Poder Ejecutivo el indicado para cumplir la obligación y el Judicial su garante. En cambio, según Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 269, los deberes internacionales del Estado relativos a las violaciones graves de los derechos humanos no incluyen la obligación de esclarecer la llamada verdad global cuyo titular es la sociedad, por lo cual “la decisión de establecer mecanismos tendentes a alcanzar tal fin ha de entenderse, pues, como discrecional para el Estado” (p. 269).
- 24 *Vid.*, más detalladamente acerca del desarrollo histórico del tratamiento de los crímenes de nuestra última dictadura militar y acerca de la política de búsqueda de la verdad en aquellos años, Nino, cit. n.º 1, pp. 119 y ss., y 170 y ss.; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pp. 493 y ss.; y el informe sobre Argentina de Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 333 y ss.
- 25 En 1983 entre las medidas del Gobierno Alfonsín se promovió por decreto la persecución penal de los principales jefes de la dictadura y de la guerrilla. Tal como lo reconoce el propio Presidente de aquel entonces, el Dr. Raúl Alfonsín, “a través de los decretos 157 y 158, pusimos en marcha el procesamiento de los responsables de la violencia que ensangrentó al país” (Alfonsín, R.: “Carlos Nino: jurista y filósofo de los derechos humanos y la república democrática”, prólogo a Nino, cit. n.º 1, p. 13).
- 26 “La estrategia general del gobierno democrático pretendió que el régimen militar se juzgara a sí mismo; es decir, se *autodepurase*” (Sancinetti, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 11). *Vid.*, más detalladamente sobre este punto, Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 334 y ss.; Novaro, M.: “Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la justicia entre populismo y liberalismo” (inédito).
- 27 *Vid.* más pormenorizadamente sobre la Conadep, Nino, cit. n.º 1, pp. 132 y ss. Según Alfonsín, cit. n.º 25, p. 17, “el caudal de información que reunió la Conadep [...] resultó decisivo para que la Fiscalía pudiera elaborar y formular en un lapso breve su acusación en el juicio a las Juntas Militares. También sirvió para las acusaciones en otros juicios iniciados contra el personal de seguridad y militar involucrado”.

oficial acerca de los crímenes de la dictadura (el *Nunca Más* de la Conadep), especialmente respecto de la metodología sistemática tendente a la desaparición forzada de personas²⁸; (b) se sustrajo el enjuiciamiento de los hechos a la jurisdicción militar ante su inercia y se lo transfirió a la jurisdicción federal de lo penal²⁹; y (c) se obtuvo la condenación de los principales conductores del Gobierno militar³⁰.

La política de derechos humanos del Gobierno Alfonsín ha sido caracterizada como de búsqueda de la verdad incondicionada y castigo limitado³¹. La Conadep dio a conocer “un informe exhaustivo y conmovedor, el *Nunca Más*, que se convertiría en esencial elemento de prueba y alcanzaría un estatus de verdad histórica mayor de la que todos, incluido Alfonsín, pudieron imaginar”³². Pero, en cuanto a la persecución limitada, la propia sentencia que condenó a los jefes de la dictadura estableció que todas las responsabilidades penales respecto de los hechos debían ser investigadas para que los eventuales culpables, claro es, también fueran condenados³³. Hasta aquí, más allá de las evidentes reservas que surgen respecto de las posibilidades –y de las inconveniencias de todo tipo– del proceso penal como método para descubrir la

verdad, se confiaba en que esas investigaciones judiciales, como parte de sus tareas necesarias, arrojarían algo de luz acerca de la determinación de la metodología terrorista del Estado militar, de la identificación de los responsables y del destino de las víctimas, miles de las cuales continuaban desaparecidas³⁴.

Luego de esto, en parte por decisión propia previa, en parte debido a las presiones del entonces todavía importante poder militar, el Gobierno Alfonsín trató de limitar las investigaciones a los hechos cometidos por los responsables de mayor jerarquía³⁵. Como consecuencia de esta situación fueron puestas en vigencia las leyes de “punto final”³⁶ y “obediencia debida”³⁷ que impidieron la continuación de las investigaciones, salvo para el caso de hechos considerados imperdonables³⁸. Posteriormente, los indultos del Gobierno Menem extinguieron las penas impuestas y las acciones penales en curso, salvo respecto de los autores no abarcados por las leyes de punto final y obediencia debida que tampoco resultaron indultados por estos hechos³⁹. Como es sabido, las normas en cuestión fueron derogadas por el Parlamento argentino diez años después y, con posterioridad, otra ley declaró que las privaba de todo efecto jurídico. A

28 “Se logró la reconstrucción del *modus operandi* del terrorismo de Estado y el relevamiento de su infraestructura. Se contabilizaron 8.960 casos de desaparición de personas y se identificaron unos 380 centros clandestinos de detención” (*ib.*).

29 Ante el retraso rayano en la desidia de los órganos militares encargados de juzgar a las Juntas Militares de la dictadura, “la Cámara Federal se avocó entonces al conocimiento de la causa, y la sustrajo de la jurisdicción militar” (Sancinetti, cit. n.º 26, p. 15).

30 Sentencia de la CCC Fed. de Buenos Aires del 9.12.1985 en la causa N.º 13/84. El texto completo se puede consultar en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

31 *Vid.* Novaro, cit. n.º 26; Nino, cit. n.º 1, pp. 119 y ss.

32 Novaro, cit. n.º 26.

33 Considerando décimo segundo de la sentencia. Según Novaro, cit. n.º 26, la propuesta de Alfonsín de responsabilizar limitadamente los crímenes de la dictadura “quedó rezagada frente a las expectativas de los organismos, los fallos de algunos jueces y el activismo de algunos fiscales, y la visión predominante en la opinión pública y cierto periodismo, que ahora tenderían a converger en la idea de que cualquier límite al ‘juicio y castigo a todos los culpables’ era un retroceso y una traición”. Esta situación, según la doctrina, conspira contra el conocimiento de todo lo sucedido porque los procesos penales seguidos contra infinidad de imputados y por la totalidad de los hechos se vuelven interminables, siendo preferible una comisión de la verdad que informe tan rápido como sea posible acerca de lo ocurrido (*vid.* Cassese, A.: *International Criminal Law*, New York, 2003, pp. 9 y s.).

34 Novaro (cit. n.º 26) p. ej. considera que el denominado juicio a los ex Comandantes “fijó fehacientemente la verdad de lo sucedido en los centros de detención”.

35 Según Alfonsín: “Por supuesto hubiera sido deseable que la persecución fuera contra todos los que hubieran cometido delitos, pero hacerlo colocaba en serio riesgo al proceso mismo de la transición. Resultaba absolutamente impensable llevar adelante el proceso a miles de integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (la mayoría en actividad) que participaron de una u otra manera en la represión ilegal [...]. Nuestro objetivo no podía ser el juicio y condena a todos los que de una u otra manera habían vulnerado los derechos humanos, porque esto era irrealizable, sino alcanzar un castigo ejemplificador que previniera la reiteración de hechos similares en el futuro” (cit. n.º 25, p. 21).

36 *Vid.*, con la información acerca de las motivaciones y los alcances de esta ley, Nino, cit. n.º 1, pp. 148 y ss. Acerca de las objeciones jurídicas que mereció esta norma, *vid.* Sancinetti, cit. n.º 26, pp. 61 y ss.

37 *Vid. ib.*, pp. 89 y ss., y 126 y ss., sobre las críticas jurídicas respecto de esta otra ley.

38 Delitos referidos a menores de edad y delitos contra la propiedad.

39 *Vid.* Nino, cit. n.º 1, pp. 159 y s.

partir del ejemplo de una pionera resolución judicial de 2001⁴⁰ los tribunales comenzaron a privar de efectos jurídicos a las leyes conocidas como de “punto final” y de “obediencia debida”. Tal criterio fue ratificado por la Corte Suprema solo en 2005⁴¹. Así, desde entonces, fueron reabiertos o iniciados los procesos penales hasta ese momento impedidos por las normas mencionadas. Los indultos de 1989 y 1990 parece que correrán la misma suerte, si es que al menos la coherencia es considerada todavía un valor indisponible entre nosotros⁴².

D. Tiempo de conocer para saber e informar

De esta evolución lo que interesa al tema de los procesos penales de la verdad es lo sucedido en el periodo intermedio, de casi veinte años, que hay entre las leyes que impidieron juzgar y castigar los crímenes de la dictadura y la ratificación de las decisiones judiciales que, muy tardíamente, privaron de todo efecto jurídico a tales normas. Ante la imposibilidad de castigar se imponía, necesariamente, la inoperancia de investigar. Sin embargo, ante la impotencia y la frustración penales, se llegó a un compromiso, en gran medida informal, entre los activistas situados a uno

y otro lado de los procesos penales (víctimas, fiscales y jueces). Se estableció así que, caduca la obligación estatal de punir los crímenes de la dictadura, el Estado debía al menos cumplir con su deber de informar a los familiares de las víctimas acerca de lo sucedido⁴³. Lo notable de esta situación comprensible fue que para ello se escogió como medio al proceso penal⁴⁴.

Ante la imposibilidad de investigar y castigar se pasó entonces, sin reforma de la ley, a implementar procesos penales para investigar e informar⁴⁵. Por entonces se pensó que resultaba “imprescindible contar con las facultades que posee el Poder Judicial para recabar información sobre los hechos pasados [...]. Es por eso que el objeto del proceso que en su momento se iniciara no se encuentra agotado”⁴⁶. Nacen así ante los estrados de la jurisdicción de lo criminal y como continuación de los juicios penales abortados los llamados, no sin cierta exageración, “juicios de la verdad”. En estos procesos todo el vestigio que queda del sujeto pasivo es su transformación de imputado en testigo⁴⁷, aunque no siempre, y su sometimiento, en consecuencia, a las penas previstas en caso de infracción a sus deberes: sustracción, retención o falsedad⁴⁸.

40 Resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 de 6.3.2001 dictada en el caso conocido como “Simón” y firmada por el juez G. Cavallo y los secretarios H. Folgueiro y P. Parenti. *Vid.*, más detalladamente sobre el tema, la *Presentación* de H. Folgueiro y P. Parenti –y las contribuciones allí reunidas– en un volumen especialmente dedicado a esta sentencia (CDJP N° 16, pp. 17 y ss.).

41 CSJN, expediente S. 1767. XXXVIII “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768”, resolución del 14.6.2005.

42 Al momento de escribir estas líneas se espera una decisión de la Corte Suprema que avale las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad y nulidad de los decretos en cuestión.

43 Se ha dicho al respecto que cuando “se imponga un obstáculo insalvable a la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables [...] el Estado sigue obligado a indagar la verdad [...] y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad” (Méndez, cit. n.º 4, p. 526).

44 Uno de los promotores, como juez, y mayores difusores, como publicista, de las ventajas de los “juicios penales de la verdad” es el brillante jurista Leopoldo Schiffrin, hombre del derecho y de la cultura que ha dado muestras de extraordinario valor a lo largo de toda una vida comprometida en la defensa de la Democracia y de los derechos individuales, especialmente cuando la defensa de esos valores solo ofrecía “incomodidades” y no los réditos a los que aspiran los oportunistas de hoy en día. Para Schiffrin, cit. n.º 17, p. 345, la investigación judicial de los aspectos inherentes a la satisfacción del llamado “derecho a la verdad” resulta “mucho más facilitada si se aplican las reglas de la instrucción criminal”. Este trabajo, como se verá, va a poner en duda, modestamente, la idea avalada por Schiffrin.

45 “La imposibilidad de aplicar una condena a los culpables no quitaba sentido a la participación del Poder Judicial. Aún seguía vigente la posibilidad de investigar la suerte corrida por los detenidos desaparecidos y el destino de sus cuerpos. También se presentaba la oportunidad de lograr, por medio de una exhaustiva investigación, un conocimiento minucioso de la metodología utilizada por la dictadura militar” (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 548).

46 *Ib.*, pp. 555 y s.

47 La práctica de convertir al imputado en testigo ha sido radicalmente criticada por la doctrina (*vid.*, pormenorizadamente sobre estos problemas, Illuminati, G.: “El imputado que deviene testigo”, trad. de P. Eiroa, en CDJP n.º 18-19, pp. 325 y ss.; Eiroa, P.: “La reforma del ‘proceso justo’ en Italia: entre el derecho al silencio, el contradictorio y el esclarecimiento de los hechos como finalidad procesal”, en CDJP n.º 18-19, pp. 309 y ss.).

48 En algunas jurisdicciones los jueces entendieron “que por el carácter no penal de los ‘juicios por la verdad’ podían interrogar como testigos a personas claramente implicadas en los hechos” (Schiffrin, cit. n.º 17, p. 351). Así sucedió en el caso de Corres, criterio que después fue dejado sin efecto por la Cámara Nacional de Casación Penal (*vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, pp. 501 y ss.),

Comenzó así la discusión acerca de si los órganos judiciales penales debían ocuparse, por medio del proceso penal, de investigar la verdad por la verdad misma. Es la discusión que culmina con la solución amistosa celebrada ante la Corte IDH en el caso “Aguar de Lapacó” ya mencionado. Esta discusión comenzó con la resolución del 20.4.1995 de la Cámara Federal de Buenos Aires (caso “Mignone”, causa ESMA) en la que se exalta el derecho a la verdad como uno de los fines del proceso penal: “en el supuesto del derecho a la verdad cabe resaltar que este constituye uno de los fines inmediatos específicos del proceso penal”⁴⁹.

La primera investigación de la pura verdad de este tipo, que es mencionada aquí solo como un ejemplo de otras muchas similares, fue ordenada en Buenos Aires a pedido de los familiares de una persona presuntamente asesinada por agentes estatales durante la dictadura militar⁵⁰. A raíz de las declaraciones periódicas de un ex-oficial de las FF.AA. que reconoció la existencia de personas privadas antijurídicamente de su libertad que fueron torturadas y asesinadas en el ámbito de la Armada Argentina, los familiares de los afectados solicitaron, y el tribunal lo aceptó, que las dependencias involucradas del Estado proporcionaran la lista de las víctimas de los hechos que

habían sido objeto de investigación penal en ese proceso hasta la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida y del indulto posterior de los dos únicos imputados remanentes; lista de cuya existencia dio fe el entrevistado periódicamente. Los argumentos de la decisión se agrupan en tres: para dos jueces el objeto del proceso está agotado (la técnica jurídica de este argumento es impecable⁵¹) y, sin embargo, se debe pedir la información por razones humanitarias; para tres jueces el proceso no está agotado y lo solicitado podría encuadrar en la investigación de hechos no amparados por los indultos ni por las leyes de “punto final” y “obediencia debida”; para el sexto juez el pedido debía ser acogido –aunque la investigación penal estuviera cerrada– no solo por razones humanitarias, sino sobre todo porque las funciones jurisdiccionales penales típicas involucran el fin de abastecerse de información acerca de la suerte final que corrieron las víctimas de unos hechos que ya no se pueden punir.

Más allá de la ciudad de Buenos Aires también en otras jurisdicciones se han llevado y son llevados a cabo todavía los llamados “juicios de la verdad”⁵². La Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata, p. ej., ha realizado uno de los más importantes procesos de esta naturaleza⁵³. Se ha afirmado que este

y, aparentemente, también en el “juicio de la verdad” de La Plata, en el cual se ha podido apreciar “la reticencia de estas personas para atestiguar y expresar la verdad, más allá de que en algún caso se haya podido iniciar una causa por falso testimonio” (Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, “Maternidades clandestinas. La investigación como un aporte para la búsqueda de los niños apropiados durante la dictadura”, en AA.VV.: *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad*, Buenos Aires, s/f, p. 154). Schiffrin (cit. n.º 17, pp. 350 y s.), sin embargo, se refiere “al principio *nemo tenetur se ipsum prodere* que impide que en el juicio de la verdad las personas de las que pudiera sospecharse alguna responsabilidad como autores o cómplices sean interrogadas en calidad de testigos”, aunque reconoce que en el juicio de La Plata “los simples guardianes de centros de detención si fueron interrogados como testigos por entender el tribunal que contra ellos no habría por qué presumir responsabilidad penal, criterio este no compartido últimamente por el Ministerio Público que ha abierto numerosas causas estrictamente penales que involucran también a guardianes que declararon como testigos”.

- 49 La doctrina ha dicho también que “el ‘derecho a la verdad’ constituye *el fin* inmediato del proceso penal” (Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 553, lo destacado me pertenece).
- 50 Resolución tomada en pleno por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires el 20 de marzo de 1995 en el proceso llamado “Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N.º 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”. *Vid.*, con más información acerca del desarrollo de estos procesos, Perlinger, N.: “Juicios por la verdad: una respuesta necesaria frente al vacío de la desaparición” (en prensa).
- 51 Ambos repiten su argumentación en una resolución de la misma causa dictada el 6.4.1995 respecto de una solicitud similar (“Carssen, Octavio y otros s. presentación en c. 761 E.S.M.A.”), argumentación a la que en esta ocasión se sumó el juez que en el precedente del texto había expresado la mayor adhesión a investigar sin acción penal (en este caso dos jueces, que en la decisión tratada en el texto se pronunciaron por obtener la información, repitieron su argumento, aunque con algunas reservas, quedando en minoría, dado que el tercero que antes los acompañó no votó en esta oportunidad por motivos de salud). En una resolución ante un planteo similar inmediatamente posterior (20.4.1995) esta mayoría, compuesta de nuevo por tres jueces, impuso su criterio favorable a investigar aprovechando que en la ocasión fue al otro grupo de jueces al que les faltó un voto por razón de enfermedad (“Mignone, Emilio F. s/presentación en causa N.º 761 E.S.M.A.”).
- 52 *Vid.* Schiffrin, cit. n.º 17, pp. 348 y 350. Es llamativo el caso de Salta, donde el Juzgado Federal canalizó la satisfacción del derecho a la verdad por un procedimiento no penal de *habeas data*.
- 53 *Vid.* Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, cit. n.º 48, p. 153 y s.

proceso está conectado directamente a la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes amparados por las leyes de no punibilidad de los años ochenta: “Éste es un juicio *sui generis*, por así decirlo, que comienza en 1998 dada la situación de impunidad que se vivía en el país por las leyes de obediencia debida y punto final [...] se trataría de una gran instancia probatoria que no tiene consecuencias penales; es decir, el objetivo de estos juicios es la búsqueda de la verdad, *no se pretende condenar a nadie* [...] durante todos los miércoles de los años que van de 1998 a 2004 –y actualmente continúa– se desarrollaron 942 audiencias, en las que dieron testimonio familiares de detenidos, sobrevivientes, represores –policías y médicos policiales, y también militares–, además de testigos comunes”⁵⁴. Sobre los resultados de este juicio se ha dicho también que “se han recibido más de quinientos cincuenta testimonios y realizado numerosos secuestros de documentación importante. Asimismo se descubrieron nuevos centros clandestinos de detención antes ignorados y el detalle del funcionamiento de los circuitos por los que discurría la actividad terrorista impulsada desde el Estado. Sin embargo, la elaboración de esta enorme masa de material, que concierne a unas tres mil víctimas, requiere disponer de una infraestructura mayor que la precaria con la que cuenta la Cámara”⁵⁵.

Entre todas las opciones, como se puede ver, se ha preferido la investigación criminal del pasado con la justificación de que “el marco judicial aparece como especialmente apto para revocar la *damnatio memoriae* de las víctimas. Los simples procedimientos judiciales destinados a averiguar en forma pública la verdad de sucesos y destinos son la *restitutio memoriae*, la reparación moral que puede surgir como uno de los elementos para establecer una conciencia ético-jurídica capaz de sustentar un verdadero Estado

democrático de derecho”⁵⁶. Asimismo, se ha considerado que “el marco solemne de un foro judicial permite a las víctimas y sus deudos llevar a la opinión pública la lesión antes recibida de modo clandestino, poniendo ese mínimo umbral de justicia consistente en hacer verdadero el derecho a la audiencia en procura de esclarecimiento y de retribución”⁵⁷.

Los denominados juicios de la verdad, ante la ausencia de toda regulación normativa específica, se han desenvuelto de una manera muy diferente, lo cual dependió de la impronta de cada cuerpo judicial dedicado a llevarlos a cabo (en algunos los “ex imputados” resultaron testigos plenos, en otros no; algunos tribunales hicieron “juicios orales”, otros no [incluso en Mar del Plata se produjo un conflicto de competencia entre el tribunal de apelación y el tribunal de juicio]; algunos dictaron resoluciones de la verdad, otros no; etc.). También las heterogéneas finalidades de estos “juicios” recibieron distinta respuesta. La identificación de restos, su entrega a los deudos y, por consiguiente, el conocimiento bastante preciso de lo sucedido en el caso particular en virtud de las circunstancias del hallazgo que ilustran el destino de la víctima es sin duda un complemento del proceso penal en el cual se investigó dicho crimen. Se trata de lo que la jurisprudencia denomina “jurisdicción residual”. Esto es ya siempre así con derecho a la verdad o sin él, con juicios de la verdad o sin ellos, con crímenes de tratamiento especial (derechos humanos, lesa humanidad, etc.) o con crímenes de tratamiento normal. En cambio, si por cada caso, además, al final se brinda un relato con forma de resolución judicial de lo descubierto y probado, como ha sucedido en algunas jurisdicciones, entonces ya aparece un modo de proceder atípico en los procesos penales que satisface el interés del afectado de llevarse una declaración oficial de lo sucedido con un familiar⁵⁸. Lo que

54 *Ib.* (lo destacado me pertenece).

55 Schiffrin, cit. n.º 17, p. 350.

56 *Ib.*, p. 346.

57 *Ib.*, p. 351. Aquí, en la mención de la retribución, se advierte ya la finalidad “punitiva” de unos juicios respecto de los cuales se afirma, sin embargo, que no son hechos para punir y que incluso solo pueden ser hechos porque ya no se puede punir. El autor citado agrega a continuación que “esto, a la vez, se integra con la preservación y desarrollo de la memoria individual y colectiva que evita el segundo asesinato que significaría el olvido” (*ib.*). Me parece, en cambio, que en una Democracia sin fanatismos deberían ser abiertamente discutibles, en primer lugar, las formas de hacer y guardar la memoria individual y colectiva, siendo altamente llamativo, en segundo término, imponer que el recurso al olvido –como actitud personal o colectiva– pueda ser equiparado a un asesinato, formulación ya presente en la lucha contra el negacionismo en la obra de Vidal Naquet, P.: *Los asesinos de la memoria*, trad. de L. Mames, México, 1994. En el mismo sentido, Elie Wiesel, en su prefacio a AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 12, habla de “crímenes contra la memoria” y sostiene que “olvidar a los muertos es matarlos de nuevo”.

58 Un problema que dejaré abierto es el de establecer cuál es el fundamento para restringir el derecho a la verdad a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes llamados de lesa humanidad. Más allá de que estas categorías son

no se entiende todavía es de qué modo van a satisfacer el derecho de la sociedad a la verdad estos “juicios” tan diversos, con sus esporádicas audiencias públicas y sus relatos concluyentes escritos, atomizados y archivados por territorio y por legajo⁵⁹.

Hay, entretanto, algo que es decisivo en la producción de estos juicios penales *sui generis*: la afirmación de que ellos fueron llevados a cabo solo porque ya no se podía condenar a los sospechosos. Méndez, p. ej., reconoce esta circunstancia y afirma que los juicios de la verdad son obligatorios debido a que la posibilidad de sanción “está definitivamente excluida en virtud de las leyes y decretos que consagraron la impunidad de los hechos”⁶⁰. También Novaro destaca que se trata de “procesos que no tendrían consecuencias penales para los represores”⁶¹. Esta conclusión, según la cual solo la no punibilidad de los hechos explica la obligación jurídica de llevar a cabo procesos penales para la sola investigación informativa es decisiva para el análisis correcto del problema que hoy tenemos sobre la mesa de trabajo.

No obstante ello, es posible pensar que los procesos por la verdad tuvieron la finalidad encubierta y

directamente negada en las resoluciones de adquirir y conservar la prueba necesaria para perseguir y condenar estos hechos ante una eventual reapertura de los procesos en el futuro. Esta situación, que aquí únicamente puedo introducir como hipótesis de trabajo para estudios futuros, explicaría por qué fue asignada la reelaboración del pasado de un modo tan decidido al toco instrumental del proceso penal, método difícilmente concebible para describir un pasado tan complejo, siendo que es ya incapaz de esclarecer de modo satisfactorio hechos notablemente sencillos. Schiffrin sostiene también que los “juicios de la verdad” tienen “el *puro* objetivo de establecer certidumbre sobre los hechos”⁶², esto es, que no tienen ningún otro propósito, pero al describir más detalladamente el fenómeno, en un párrafo que no puede dejar de causar perplejidad, se refiere a unas “formas jurídicas elaboradas para concretar las actividades judiciales destinadas a la averiguación de la verdad, que, a su vez, estimule el empleo de los medios judiciales ordinarios para la investigación y sanción de los delitos de terrorismo de Estado”⁶³. Se ha hablado, incluso, de “un uso estratégico de las investigaciones penales” más allá de la posibilidad, *cerrada temporalmente*

difusas, el derecho penal y procesal penal excepcional que les corresponde (retroactividad de normas desfavorables, imprescriptibilidad, arrepentidos, derecho a la verdad, privación de la defensa pública, del arresto domiciliario, de la cosa juzgada, etc.) ya se expande a otros ámbitos (terrorismo), de modo que todavía es posible que las prerrogativas del derecho a la verdad sean invocadas también para otros delitos denominados comunes (así parece entenderlo, p. ej., el discurso de Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 549). Sobre todo porque la restricción de este derecho a algunas clases de crímenes ha sido justificada con un argumento discriminatorio: Méndez, cit. n.º 4, p. 526, confiesa expresamente el carácter extraordinario de los derechos de las víctimas de crímenes gravísimos al señalar que ellas tienen un “más amplio derecho a la justicia”. El Procurador General de la Nación, en un dictamen del 8.11.2006 (causa “Torea s/recurso de casación”), en un caso de homicidio por imprudencia, ya habla sin embargo de “satisfacer el derecho de los familiares de la víctima a saber la verdad de lo sucedido”.

59 Vid. Binder, A.: “El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal”, en *id.*: *Justicia Penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, 1993, pp. 13 y ss.

60 Méndez, cit. n.º 4, p. 534. La no punibilidad es un argumento del planteo de Aguiar de Lapacó que da inicio a los juicios de la verdad y que los consolida al conseguir su reconocimiento por acuerdo entre ella y la República ante la Comisión de DD.HH. de la OEA. Antes la Corte Suprema le había cerrado el camino a esta alternativa, por mayoría (caso “Suárez Mason”, resolución del 13.8.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2031 y ss.). Por entonces, en cambio, la Corte consideraba procedente las acciones de *habeas data* para acceder a la información propia del derecho a la verdad (caso “Urteaga”, resolución del 15.10.1998: CSJN, *Fallos*, t. 321, pp. 2767 y ss.). Un reconocimiento expreso del derecho a la verdad por la Corte y a su canalización por vía criminal, después de la intervención de la Comisión Interamericana, puede ser visto, entre otros, en los casos “Hagelin”, resolución del 8.9.2003: CSJN, *Fallos*, t. 326, pp. 3268 y ss., y “Rivarola”, resolución del 27.5.2004 (causa N.º R.392.XXXIX).

61 Cit. n.º 26.

62 Cit. n.º 17, p. 347.

63 *Ib.*, p. 346. Obsérvese que este autor era conciente del problema de la pérdida de pruebas por la inacción de la jurisdicción penal, pues, al referirse a los efectos de la ley 23.049 que en 1984 dispuso la previa actuación de la jurisdicción militar en esos casos, menciona que de ese modo “una gran cantidad de sumarios seguidos por los tribunales penales ordinarios pasaron a los castrenses, que no los continuaron. La pérdida de elementos valiosísimos que así se produjo resulta en muchos casos irreparable, como se lo comprueba casi diariamente en los procedimientos seguidos 25 años después para el esclarecimiento de los casos de terrorismo de Estado. La cantidad de lugares de detención clandestina cuya forma se alteró, o que desaparecieron, los testigos que han muerto o que no se encuentran ya en estado de declarar, la documentación destruida por aplicación mecánica de reglamentaciones administrativas o —en algunos casos— con dolo, todo ello fue producto de la estrategia puramente dirigida a fines políticos inmediatos que en 1984 siguieron el Poder Ejecutivo y el Procurador General” (*ib.*, p. 335).

en aquel entonces por las decisiones de no punibilidad, de condenar a algún culpable⁶⁴. Más aún, Schiffrin, aunque no sin cierta contradicción argumental, considera que lo que denomina juicios penales de la pura verdad son una suerte de “pre-procesos” que dan base a unos juicios penales completos que vendrán después: “La finalidad del procedimiento también es determinar a los responsables de los hechos y someterlos a la justicia penal competente”⁶⁵.

La fobia a toda opción por investigar e informar que no pase por procedimientos y jueces criminales debe llamar altamente la atención del análisis. Esta tendencia –en gran medida inexplicable desde el punto de vista de los principios del Estado constitucional de derecho y, especialmente, desde la experiencia histórica– responde a una confusión, en parte inconsciente y en parte deliberada, entre conocimiento y castigo. Se trata de un círculo vicioso: el proceso, para imponer penas legítimamente, antes tiene que conocer los hechos; sin embargo, si ya no se puede castigar pero sigue en pie el derecho a conocer, entonces se debe seguir utilizando el proceso a ese fin; se dice así que lo que se pretende es conocer, pero esto podría encubrir un interés en seguir “castigando” aunque más no sea con la pena de sometimiento al poder meramente investigador de los jueces penales. Así se conseguiría, por lo menos, una “pena de banquillo” para el autor de estos crímenes que represente para las demandas de justicia de las víctimas y de sus familiares, como en la experiencia de algunas comisiones de la verdad, el consuelo de ver a los presuntos asesinos obligados a comparecer ante jueces penales. Pero también es posible, como ya se mencionó, que los “acusadores” y los funcionarios judiciales encargados de los llamados “juicios de la verdad” estuvieran pensando –algo que está lejos de ser demostrable– en investigar ahora para castigar más adelante.

Más allá de estas dudas irresolubles, lo cierto es que la realidad descrita merece serios reparos jurídicos por haberse escogido al malogrado y desafortunado proceso penal para garantizar el llamado derecho a la verdad de los afectados y de la sociedad.

II. CRÍTICA DE ESTE FENÓMENO PECULIAR

A. Aclaración previa

La práctica de recurrir a procesos penales solo para conocer, informar e ilustrar acerca de lo ocurrido en el pasado, tal como se verá de ahora en más, puede ser impugnada desde varios puntos de vista, todos convergentes hacia una única conclusión: resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuesto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad⁶⁶. En lo que sigue, una vez puesta en su sitio la función real del proceso penal, por medio de lo que aquí denomino *la objeción teleológica* (B) y *la objeción epistemológica* (C), será demostrado que ni siquiera esa misión y esa epistemología –muy alejadas por cierto de la búsqueda de la verdad material– son alcanzadas satisfactoriamente en ámbitos judiciales, según lo prueban las que aquí llamo *objeciones metodológicas* (D). Además, desde el punto de vista del funcionamiento del derecho procesal penal se puede cuestionar, bajo el subtítulo de *objeción puramente técnica* (E), su empleo con el único fin de investigar e informar. Por último, también serán expuestas las inconsecuencias políticas de utilizar al Estado y su sistema penal como instrumento de verdad (lo que llamo, obviamente, *la objeción política* [F]) y los peligros que para el derecho entraña –según ya lo sabemos gracias a las lecciones de la historia– utilizar el aparato punitivo del Estado o una parte de él para perseguir el descubrimiento de la verdad (*la objeción histórica* [G]).

Estos seis modelos de análisis responden, por supuesto, a una simplificación didáctica. El lector podrá advertir que no se trata de compartimentos estanco y que muchos de los argumentos atribuidos a una objeción se pueden superponer con los de otra o directamente pertenecer a otra u otras. Ello se debe, en definitiva, a que se trata de una única crítica fundamental descompuesta en muchas razones que explican el desacierto de entender al proceso penal como si fuera una *lapis philosophorum* capaz de brindar un conocimiento exacto, completo y puro.

64 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 557.

65 Cit. n.º 17, p. 349. Se crea así “la instrucción de la instrucción”, pues en los juicios de la verdad, “la Cámara [se refiere a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de La Plata], en los casos en que se ha podido reunir prueba sobre responsables directos de los crímenes investigados, derivó esos elementos al Ministerio Público y jueces de instrucción federales” (*ib.*, p. 350).

66 Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pp. 507 y 515 y ss., ya han formulado reparos a la averiguación de la verdad por la verdad misma a través del Poder Judicial con los instrumentos del proceso penal.

B. La objeción teleológica

El derecho penal es la única rama del ordenamiento jurídico que, por regla general, no consiente que sus consecuencias jurídicas tengan efecto si no han sido previamente declaradas en un sentencia precedida de un proceso contradictorio de prueba⁶⁷. Dado que el derecho reconoce el hecho de que la pena estatal es la reacción más violenta y desafortunada de la que dispone la sociedad para asegurar sus fines y debido a que el derecho se toma en serio esta afirmación, la pena solo puede ser impuesta después de un juicio público que permita neutralizar la histórica desviación que se ha hecho de este instrumento coactivo con fines patológicos (opresión y arbitrariedad). Por ello se erige en garantía judicial fundamental del acusado, entre otras, el no ser condenado jamás si los requisitos de hecho exigidos por la ley penal para ello no han sido demostrados en ese juicio previo. Esto hace notar, claramente, dos circunstancias: el proceso penal no puede investigar cualquier cosa ni puede hacerlo de cualquier manera.

Si bien el proceso penal tiene en su base unas comprobaciones fácticas, que en el caso de los hechos más terribles de la macrocriminalidad pueden coincidir con necesidades universales de conocimiento y difusión de esos sucesos, en modo alguno el proceso se lleva a cabo con esta última finalidad, sino, simplemente, para saber si el acusado es culpable o inocente⁶⁸. Se trata de un método de comprobación muy particular que no persigue en modo alguno “descubrir la verdad” sobre los “hechos”, pues en los casos

penales, como ya se sabe, no se debaten los hechos (que son parte del pasado desde que suceden y entran en la historia para siempre), sino las hipótesis y afirmaciones que se hacen en el juicio acerca de unas bases fácticas meramente supuestas⁶⁹. Y basta con una comprobación de esa hipótesis acusatoria que, a su vez, sobreviva a la refutación de la defensa, para que la sentencia penal condenatoria sea considerada probatoriamente satisfactoria desde el punto de vista jurídico-penal⁷⁰. Además el proceso cumple con sus fines incluso cuando declara no haber descubierto nada⁷¹.

Este mecanismo puede –solo eventualmente– aportar algo al conocimiento de los hechos involucrados, pero aun así su contribución al descubrimiento de la verdad es ya de por sí mínima en cuanto al objeto de referencia, pues la hipótesis debatida en el juicio penal es un mero retazo, determinado por las circunstancias jurídico-penalmente relevantes, de todo aquello que rodea a la hipótesis histórica completa referida a lo que puede haber sucedido y por qué respecto de los involucrados⁷². Los derechos de los familiares y allegados de la víctima a conocer todos los demás detalles de lo sucedido, que no tengan relevancia para el derecho penal, y sobre todo a que su cuerpo sea encontrado para poder darle el destino que corresponda a su cultura o creencias, facilitar el duelo y poder rendirle devoción en su presencia física, algo que tanto reconforta y consuela a los deudos, no son debatibles en un juicio penal en modo alguno y deben encontrar satisfacción con otros recursos, pues toda hipótesis de investigación que exceda el supuesto que

67 Una conocida excepción es la defensa necesaria. La condenaciones obtenidas por negociaciones entre las partes al estilo de la gestión de intereses particulares son por ello ferozmente cuestionadas por los juristas (vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2001, pp. 561 y ss.; Volk, cit. n.º 5, pp. 71 y ss.).

68 Según Hassemer, el conocimiento judicial de los hechos “es llevado a cabo para cumplir con los fines del proceso penal, esto es, para fundar la declaración de culpabilidad o para hacer posible una absolución” (Hassemer, cit. n.º 1, p. 76). Para Maier, J.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 151, “el proceso penal resulta también un método para la averiguación de la verdad objetiva, otro de sus fines, aunque referido siempre a la decisión sobre la punibilidad del imputado” (destacado original). Por eso Bertolino, cit. n.º 5, p. 50, habla de la “tendencia” del proceso a la verdad. Eiroa, cit. n.º 1, explica las limitaciones de todo tipo que impiden una verdad de calidad con los instrumentos del proceso penal y especifica que “éste se encamina, ante todo, a resolver la situación jurídica del acusado [...], a determinar si él es culpable o inocente”.

69 Vid. Cafferata Nores, J.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 48; Guzmán, N.: *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, 2006, pp. 63 y ss.

70 Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 603 y ss.

71 Dado que la meta del proceso es la decisión sobre el caso penal introducido a investigación y debate por la hipótesis a probar del acusador (vid. Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 148), esta meta también es alcanzada cuando el proceso termina con una decisión que dice que no se puede probar verdad alguna (muerte del imputado, prescripción del delito, cualquier otro impedimento procesal) o que no se ha podido probar ninguna verdad: sobreseimiento o absolución por incertidumbre (vid. *ib.*, t. I, pp. 852 y s.).

72 Por ello Nino, cit. n.º 1, p. 212, ha afirmado con toda precisión que el conocimiento de algo de la verdad de lo sucedido es un “subproducto” de los juicios penales.

cae entre las circunstancias jurídico-penalmente relevantes es ajena al proceso penal⁷³.

La tendencia de llevar a cabo juicios penales por la verdad, es decir, procesos judiciales de conocimiento regidos por los preceptos del proceso penal pero destinados a investigar hipótesis sin relevancia punitiva —ya sea porque no se refieren a circunstancias penalmente importantes o porque su comprobación de todos modos, por la razón que sea, no fundamentará una condenación— supone creer que el “descubrimiento de la verdad” como meta del procedimiento lo convierte en instrumento apto para investigar la historia de cualquier suceso. El mecanismo sería el siguiente: alguien establece que existe un derecho de las víctimas de ciertos delitos particularmente atroces a conocer toda la verdad de lo sucedido; luego busca entre sus papeles y encuentra que el derecho procesal penal tiene por finalidad “descubrir la verdad”; entonces lleva a cabo juicios penales con el único fin de saber e informar acerca de todas las circunstancias relativas al universo que integra lo digno de ser conocido a partir de la hipótesis de que se habrían cometido ciertos delitos particularmente atroces.

En realidad, el único fin epistemológico posible del proceso penal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es asegurar la calidad y la corrección jurídicas de las condenaciones⁷⁴. Nicolás Guzmán, a partir de las bases sentadas por el sistema

de Ferrajoli, ha explicado recientemente que en el proceso penal la verdad “ya no es un fin en sí mismo, sino que representa solamente una condición necesaria para la aplicación de una condena. Esto es lo que impone la adopción de un modelo garantista de proceso penal”⁷⁵. Esta explicación ha demostrado que el descubrimiento de la verdad no es más un fin del proceso penal, lo cual desmiente con máxima excelencia técnica uno de los postulados básicos de la práctica bajo estudio, esto es, que la búsqueda de la verdad sea un meta del derecho procesal penal. Guzmán demuestra que de los fines tradicionalmente asignados al proceso —realización del derecho penal material y averiguación de la verdad— solo el primero subsiste y que el segundo es reemplazado por el respeto de los derechos fundamentales del acusado⁷⁶, fin dentro del cual cabe ahora situar a la verdad solo como una garantía para el imputado referida al grado de comprobación de la hipótesis que fundamenta su condena⁷⁷. En efecto, este autor afirma con solvencia categórica que “la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de la *validez* de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial (del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integran el sistema penal)”⁷⁸. Concluye Guzmán, al respecto, que “parece conveniente abandonar de una vez por todas

73 No se puede negar que, si debe ser llevado a cabo un juicio penal para declarar culpable o inocente a alguien, mucho de lo sucedido respecto de los hechos podrá llegar a ser conocido, pero no sin reservas, porque en el proceso penal además del juicio histórico de lo pasado entra en consideración el juicio crítico acerca del valor de lo conocido y de la forma en que se ha conocido (*vid.* Bertolino, cit. n.º 5, pp. 33 y ss.). Sostiene Hassemer, cit. n.º 1, pp. 74 y s., que “no se le podrá negar al Derecho penal la posibilidad de intervenir como un instrumento eficaz para la clarificación. [...] Yo no rechazo *in limine* esa expectativa, pero deseo, sin embargo, relativizarla. El proceso penal seguramente es capaz de dar a luz la ‘verdad’, pero también así de seguro es que el Derecho penal y el proceso penal tienen su propio concepto de ‘verdad’, el que está unido a las posibilidades específicas del proceso penal para preguntarse sobre las circunstancias fácticas y acerca de cuáles de ellas quieren ser tenidas en cuenta, si quiere uno apoyarse con seguridad en el conocimiento obtenido en el proceso penal”.

74 “Lo único que debe estar empíricamente asegurado en la comprobación de los hechos es aquello que fundamenta la condenación” (*ib.*, p. 76). *Vid.*, en el mismo sentido, Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 48.

75 Guzmán, cit. n.º 69, p. 37. En esta investigación sobre las funciones y los fines de la verdad en el enjuiciamiento penal el autor (p. 93) sostiene también que al condenar, “el juez deberá haber alcanzado un grado de certeza subjetiva tal que en su mente no debe haber lugar para las dudas, lo que significa que todas y cada una de las hipótesis alternativas a la de la acusación debieron haber sido desmentidas y descartadas. Solo así el juez podrá afirmar la verdad de la hipótesis acusatoria, aplicando la correspondiente sanción para el acusado”. Sobre los fundamentos de esta construcción, *vid.* también Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 45 y ss., 542 y ss., y 603 y ss.

76 Para esto Guzmán se basa en mis desarrollos efectuados en el trabajo “El principio de la descalificación procesal del Estado”, en Bertolino, P./Bruzzone, G. (comps.): *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, Buenos Aires, 2005, pp. 431 y ss.

77 *Vid.* Guzmán, cit. n.º 69, pp. 115 y s.

78 *Ib.*, p. 116.

la idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni prácticas⁷⁹.

En el mismo sentido, Hassemer ha señalado que “el proceso penal –en un Estado de derecho– no tiene solamente el fin de perseguir la averiguación de la verdad histórica; su meta es, antes bien, la de proteger los intereses de los afectados por la búsqueda de la verdad”⁸⁰.

Por otro lado, en razón de que los llamados procesos penales de la verdad no persiguen una condenación, ellos no representan propiamente juicios penales, sino, en realidad, meras investigaciones o instrucciones penales que, por definición, no tienen, salvo en los sistemas inquisitivos, una finalidad de averiguación exhaustiva como la que requiere el denominado derecho a la verdad⁸¹. En un Estado de derecho la etapa preliminar del proceso penal solo persigue un verificación epistemológica mínima y de baja calidad con la finalidad de evitar juicios innecesarios⁸² o, en su caso, proporcionar fundamentos para una acusación verosímil que dé base a un debate contradictorio⁸³. Esta etapa no tiene como meta el descubrimiento de la verdad de lo sucedido, pero son sus reglas las que rigen los llamados “juicios” por la verdad en los cuales no hay adversarios, ni debate ni controversia.

Un modelo de proceso penal que no tenga como fin descubrir la verdad, único estilo por cierto coherentemente compatible con el principio del Estado constitucional y democrático de derecho, desmiente de modo categórico los fundamentos de los “juicios de

la verdad”. En esta experiencia de investigar para escribir el pasado por medio del proceso penal no se deja de lado únicamente la meta de perseguir a los sospechosos y condenar a los culpables (realizar el derecho penal material), sino que, en realidad, se prescinde también de la meta de asegurar los derechos fundamentales del imputado, en tanto que no hay sujeto pasivo del proceso. Con ello, dado que la verdad es solamente garantía del acusado frente a la condena, no puede haber búsqueda de la verdad por el proceso penal si no hay también imputado (y aun así la verdad que busca el proceso penal para condenar debe ser relativizada). Por esta razón teleológica es que el proceso jurídico-penal no constituye un instrumento para averiguar cualquier verdad como lo pretende la tesis que justifica su empleo para el descubrimiento de un verdad calificada de pura⁸⁴. Los juicios de la verdad suponen un derecho procesal penal que tiene a la búsqueda de la verdad como un “fin en sí mismo”. Debido a que ese punto de partida está ya refutado técnicamente –como mínimo– la viabilidad de utilizar al proceso penal para la mera investigación del pasado terrorismo de Estado se desvanece completamente.

C. La objeción epistemológica

El cuestionamiento teleológico recién formulado, como también los reparos metodológicos del apartado siguiente, están vinculados inseparablemente a la crítica epistemológica objeto de este punto. Esta censura demuestra que el proceso penal, según su definición jurídica, solo es apto para conocer cierta verdad –y a su manera– y no la verdad que tiene como meta

79 *Ib.* Maier, en cambio, ha formulado algunas reservas a la interpretación de la verdad como garantía del imputado (cit. n.º 68, t. I, p. 854). En sentido parcialmente similar, *vid.* Bovino, A.: “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pp. 219 y ss. A favor de la verdad como garantía del imputado, *vid.* también Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 51. En el mismo sentido, Perlinger, cit. n.º 50: “Solo la verdad puede fundar una consecuencia tan grave como la imposición de una pena”.

80 Hassemer, cit. n.º 68, p. 75. Por eso Foucault, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynchm Barcelona, 1992, p. 64, sostiene que en una Democracia la función de la verdad es oponerse al poder.

81 Un resabio inquisitivo de este tipo puede ser visto en la altamente disfuncional regla dispuesta por el art. 193, inc. 1, del CPPN que atribuye a la instrucción el objeto de comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. Abregú se ha referido a esta norma que confunde la función de la instrucción con la del juicio (Abregú, M.: “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 157). *Vid.* también, crítico al respecto, Bovino, cit. n.º 79, pp. 222 y ss.

82 No me puedo detener aquí a explicar por qué el juicio penal tiene un carácter semi-punitivo en tanto que es un equivalente funcional de la pena. El juicio es para el imputado un calvario que, cuando no es alta la probabilidad de demostrar en él la hipótesis acusatoria, debe ser evitado.

83 *Vid.* Abregú, cit. n.º 81, pp. 160 y ss.

84 Así, expresamente, p. ej. Schiffin, cit. n.º 17, p. 347. Parece que el enredo se debe a que se está confundiendo la verdad como meta operativa del proceso penal con la verdad como valor (*vid.*, esclarecedor sobre esta diferencia, Bertolino, cit. n.º 5, pp. 35 y ss.).

el llamado derecho a la verdad, que es una verdad más propia de la historia que de la justicia⁸⁵.

Ha sido un tema recurrente en la discusión la comparación entre la metodología del juez y la del historiador⁸⁶. Podríamos decir que este análisis se abre con el trabajo de Calamandrei que lleva por título precisamente *Il giudice e lo storico* (1939)⁸⁷, donde ambas tareas son ya distinguidas a pesar de las semejanzas relativas⁸⁸, y termina con el libro de Carlo Ginzburg, de 1991, que lleva el mismo título⁸⁹. Para este pensador italiano, gran conocedor de los aspectos historiográficos de las instituciones judiciales penales, la historia y el derecho procesal llegan, acerca de los mismos hechos, a conclusiones distintas. Este autor ha demostrado de qué manera un hecho considerado probado —en distintas instancias— por una serie de tribunales penales, era sin embargo declarado incierto por el juicio de los historiadores⁹⁰. Se trataba del asesinato de una persona probado judicialmente por el único testimonio de un *pentito*. La pena impuesta fue elevadísima. Desde el punto de vista del derecho probatorio se consideró inaplicable el brocardo *testis unus testis nullus*. Sin embargo, para un historiador en modo alguno es aceptable considerar probado un hecho de la mano de una sola versión testimonial brindada por alguien muy

interesado en acusar al afectado. En el caso planteado por el libro de Ginzburg, mientras que la epistemología judicial admite como suficientemente probadas las afirmaciones acerca del hecho, la epistemología histórica considera que ello no ha sido demostrado en absoluto⁹¹. Este ejemplo es colosal para mostrar la enorme distancia que separa las verificaciones judiciales-penales de la verdad absoluta, incluso de una verdad correspondencia meramente semántica y aproximativa como la que, a pesar de los cuestionamientos conocidos, utilizamos en el proceso penal por *razones únicamente instrumentales* y no porque los penalistas seamos de modo necesario realistas o defensores de la verdad como valor, dado que la función de lo *verdadero* en el proceso, como ya se demostró, es independiente, en tanto que instrumental, del partido que cada uno tome en la discusión filosófica, epistemológica y axiológica en torno de la “Verdad” con mayúsculas.

No obstante ello, historia y jurisdicción son dos disciplinas que tienen en común fijar hipótesis fácticas que son consideradas verdaderas de un modo imparcial por medio de pruebas que las confirman⁹². Más allá de estas semejanzas hay un abismo de diferencias que las separa⁹³. Para una y otra las misiones son distintas, las funciones son diferentes, los objetos a

- 85 “La prédica constante que concibe al procedimiento penal como un medio de conocer la verdad no puede ocultar, tampoco, que ese conocimiento, en todo caso, resulta muy limitado y condicionado por las propias reglas procesales, en definitiva, que el concepto de verdad que maneja el procedimiento penal, o, si se quiere, la *verdad procesal*, es estrecho, parcial, restringido” (Maier, cit. n.º 68, t. I, pp. 854 y s.).
- 86 *Vid.*, detalladamente al respecto, Andrés Ibáñez, P.: *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, 2005, pp. 60 y ss.; Taruffo, M.: *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pp. 24 y s.; Guzmán, cit. n.º 69, pp. 109 y ss.
- 87 Calamandrei, P.: “Il giudice e lo storico”, en AA.VV.: *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, vol. II, pp. 351 y ss. Hay versión castellana bajo el título de “El juez y el historiador”, en Calamandrei, P.: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pp. 91 y ss.
- 88 “El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos” (*ib.*, p. 93). En el mismo sentido, *vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 847. El estudio de Calamandrei, en cuanto a la comparación entre la labor judicial y la historiográfica, se basa en el libro de Guido Calogero *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937, especialmente pp. 111 y ss., pero a diferencia de Calogero Calamandrei marca muchas más diferencias que semejanzas entre ambas disciplinas.
- 89 Hay versión castellana: Ginzburg, C.: *El juez y el historiador*, trad. de A. Clavería, Madrid, 1993.
- 90 Guzmán y Otero, cit. n.º 6, pp. 508 y ss., ya han explicado que el proceso penal no es un instrumento apto para la averiguación y la escritura históricas.
- 91 Como bien lo expone Eiroa, cit. n.º 1, “los jueces, a través de sus sentencias, transforman en cosa juzgada algunas interpretaciones históricas de lo sucedido en perjuicio de otras”.
- 92 *Vid.* Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 858; Ginzburg, cit. n.º 89, pp. 22 y ss. Para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 93, “en la historia y en el proceso se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de ‘fuentes’ y de su crítica”. En la sentencia “Casal” de la CSJN de 20.9.2005 es equiparada casi por completo la función de juez e historiador (consid. 30), algo con lo que aquí, como se ve en lo que sigue del texto, se discrepa en gran medida.
- 93 “El juez o el fiscal, como historiadores del proceso penal, jamás llegarán a una verdad objetiva, y el contexto que los circunda los llevará a investigar hechos que en alguna medida ellos quieran investigar, recolectando las pruebas que en parte ellos prejuiciosamente quieren tomar e interpretándolas, en parte, como ellos pretenden que sea. Inevitablemente, la subjetividad del investigador se convertirá en la subjetividad de la verdad del enunciado del hecho histórico” (Vanelli Viel, R.: “Notas sobre la verdad y el procedimiento mixto”, en *¿Más Derecho?* N.º 3, pp. 182 y s.). *Vid.* al respecto, relativizando la subjetividad del juzgador, también Cafferata Nores, cit. n.º 69, pp. 60 y ss.

investigar son, por su extensión y por la forma de establecerlos, incomparables y, sobre todo, los modos de probar y tener por probado son incompatibles⁹⁴.

Estas consideraciones dejan una única impresión: aquella verdad sobre hechos pasados que deba iluminar a los contemporáneos e ilustrar a la historia no saldrá nunca de las salas de audiencias de los tribunales penales ni de los gabinetes de los cuerpos judiciales. Hay que dejar que los jueces, con todas sus limitaciones, juzguen, con la muy modesta calidad con la que insuperablemente deben hacerlo, y que los historiadores, con sus métodos más aptos, obtengan, por los medios más amplios, la información necesaria para explicar los hechos al gran público y dar las razones por las cuales, según su ciencia, los consideran probados⁹⁵. Lo decisivo es la prueba de los hechos, mas no la prueba judicial. Un juicio penal no es el juicio de la historia. La prueba penal no es la prueba del historiador o del epistemólogo. Exigir del proceso penal la verificación de unos hechos para conocimiento del mundo es ponerlo en una obligación de cumplimiento imposible⁹⁶. Lo cierto respecto de estos casos es que los hechos o bien ya se conocen suficientemente o bien deberán ser conocidos de otro modo. En cualquier caso nunca serán conocidos del modo que pretende el derecho a la verdad por medio del derecho procesal penal.

Si el derecho a la verdad es “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos”, esto es, un derecho también de la sociedad “a conocer íntegramente sobre su pasado”⁹⁷, entonces la “verdad” del proceso penal no es suficiente para satisfacerlo. Hoy está completamente aceptado en el ámbito del derecho procesal penal que su epistemología está determinada por una noción aproximativa de verdad, por una verdad semántica, en el marco de la verdad correspondencia, que permite apenas una verificación aceptable, conforme a un método preciso, de la hipótesis acusatoria sometida a discusión crítica y refutación —de modo especial, pero no solamente— por parte de la resistencia defensiva⁹⁸. Esto significa que el proceso penal no está, en sentido amplio, dirigido a la determinación de la verdad real y absoluta de los hechos⁹⁹. Pero ello tampoco supone la negación de toda averiguación de alguna verdad por medio del proceso, lo que sería no solo *naïf*, sino, sobre todo, peligroso para el Estado de derecho. Solo se trata de que esa verdad del proceso penal, en tanto que garantía del acusado como se vio en el apartado anterior, no es apta como sustituto para averiguar el pasado y escribir la historia¹⁰⁰. Ella sirve únicamente para satisfacer esa función de garantía que la convierte en

94 Para Ginzburg, cit. n.º 89, pp. 104 y ss., especialmente p. 112: “El camino del juez y el del historiador, coincidentes durante un tramo, luego divergen inevitablemente. El que intenta reducir al historiador a juez, simplifica y empobrece el conocimiento historiográfico; pero el que intenta reducir al juez a historiador contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, p. 94, los criterios para establecer la verdad “para el juez son siempre criterios estrictamente jurídicos, mientras para el historiador serán criterios de naturaleza diversa”, razón que lo lleva a calificar a la versión judicial de los hechos como una “historia inferior” por su dependencia de testimonios personales, o sea, “en sustancia, más que historia, anécdota” (p. 95). Eiroa, cit. n.º 1, habla, por ello, de una “lectura judicial de la historia”. La historia requiere diálogo (vid. Sarlo, B.: *Tiempo pasado*, Buenos Aires, 2005, pp. 53 y ss.), mientras que los juicios de la verdad ofrecen solo monólogos. Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 56, explica también que la tarea del juez exige una resolución del caso, también de la “verdad” del caso, en un tiempo razonable, mientras que el trabajo del historiador no tiene plazos legales. A esto mismo se refiere Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 99, cuando indica que el trabajo del juez “está siempre limitado por un plazo: está obligado a pronunciarse poniendo fin a la discusión infinita. El historiador, en cambio, ¿no tiene acaso la posibilidad de buscar sin cesar nuevas interpretaciones a un hecho histórico?”.

95 Según Kelsen los problemas difíciles y complejos que suponen estos hechos de macrocriminalidad estatal “podrían ser investigados más apropiadamente por los historiadores y los estadistas que por un tribunal destinado a juzgar a los transgresores” (Kelsen, H., *La paz por medio del derecho*, trad. de L. Echávarri, Madrid, 2003, p. 105). También Cassese, cit. n.º 33, p. 10, prefiere a las comisiones de la verdad para esta tarea que denomina de “catarsis histórica”.

96 También porque en los supuestos de macrocriminalidad de Estado siempre es sometida a proceso solo una parte pequeña de todo el universo de casos comprendidos en razón de que el carácter masivo de estas prácticas supera la capacidad de atención de cualquier organización judicial.

97 Com. IDH, Informe N.º 25/98, párr. 95.

98 *Vid.*, más detalladamente sobre esto, Taruffo, cit. n.º 86, pp. 21 y ss., y 167 y ss.; Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 45 y ss., y 603 y ss.; Guzmán, cit. n.º 69, pp. 19 y ss. y 63 y ss.

99 *Vid.* Taruffo, cit. n.º 86, p. 168; Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 509.

100 Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 545 y s., sostienen que la verdad judicial es puramente “formularia”, aunque pocos párrafos después (p. 548) le atribuyen a los procedimientos judiciales la capacidad de producir investigaciones exhaustivas y la virtud de lograr un conocimiento minucioso.

una verdad condicionada por esa función institucional y por las limitaciones jurídicas a su realización¹⁰¹ que son objeto de tratamiento en el apartado que sigue. Aquí basta con mencionar, para definir la relación entre la “verdad” del derecho a la verdad y la “verdad” del proceso penal, que, como ha dicho categóricamente Ferrajoli, “esta verdad no pretende ser la verdad”¹⁰².

Queda en claro entonces que, evidentemente, los juicios penales no buscan la verdad real en sentido estricto y que tienen por ello una metodología diferente a la de la investigación histórica. Esa finalidad y esa metodología propias de los juicios penales constituyen en una medida tan relevante como insuperable un obstáculo insalvable a toda intención de hacer o ver la historia por medio de procesos judiciales.

D. Las objeciones metodológicas

A las objeciones anteriores, que cuestionan *si* la verdad puede ser una meta aislada del enjuiciamiento penal y que, en todo caso, muestran de *qué* verdad trata el juicio criminal, corresponde añadir ahora, una vez destacada la correcta función de la verdad en el derecho procesal penal, las objeciones referidas con más detalle a *cómo* obtenerla, esto es, a la cuestión del método probatorio del proceso penal¹⁰³. El tratamiento de este cuestionamiento jurídico se desglosa en tres cuestiones: (1) la de la predeterminación penal de las circunstancias a probar por medio del proceso

penal; (2) la de los límites que impiden, en no pocos supuestos, que la verdad sea conocida con los medios del enjuiciamiento criminal; y (3) la de la necesidad de acusación y contradicción previa para que se pueda hablar de obtención de la verdad por medio del derecho procesal penal.

1. El problema metodológico proviene de la orientación del proceso penal a conocer unas circunstancias específicas y precisas de una realidad dada, no toda la realidad¹⁰⁴. El principio de estricta legalidad penal exige unas tipologías penales fácticas tan exactas que imponen una dirección al conocimiento judicial de la cual no puede ni debe apartarse, por lo tanto los hechos que se discuten en el proceso son reflejados en este, fuera de su realidad pura, solo bajo el aspecto de su significación legal debido a que la calificación jurídica, que es preexistente a los hechos, reduce su singularidad¹⁰⁵. La estructura del juicio penal presupone, como garantía de la legalidad, que el Poder Judicial no va a conocer, por medio del rudimentario y violento instrumental del proceso penal, nada que no tenga que ver directamente con la hipótesis de hecho descripta por la figura del delito¹⁰⁶.

Por lo tanto, el proceso penal no puede averiguar cualquier cosa. Hace falta una hipótesis de investigación que solo puede estar determinada por las circunstancias de la ley penal: el proceso penal únicamente es apto para llevar a cabo un conocimiento semántico de la verdad orientado por la predeterminación, por parte

101 *Vid.* Guzmán/Otero, cit. n.º 6, p. 509.

102 Cit. n.º 67, p. 45 (destacado original). Para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 108, “la justicia no puede entregar más que una verdad convencional”. También Langer, M.: “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, en NDP 1998/A, pp. 218 y ss., explica las razones intelectuales y jurídicas que impiden que en el proceso penal se pueda alcanzar una certeza sobre los hechos. Bertolino, cit. n.º 5, pp. 27 y ss., aclara por ello de un modo magistral la situación: no hay una “verdad procesal”, sino, en todo caso, una “verdad del proceso”.

103 *Vid.*, más detalladamente, Maier, cit. n.º 68, t. I, pp. 858 y ss. Bovino nos muestra categóricamente que incluso dentro del ámbito del enjuiciamiento criminal los distintos modelos procesales establecen verdades muy diferentes debido a que utilizan medios muy distintos (Bovino, A.: “Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado”, en *id.*: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, pp. 211 y ss.).

104 Señala Eiroa, cit. n.º 1, que el proceso penal, por lo estrecho de su horizonte de investigación, no sirve para averiguar muchas de las circunstancias más importantes para conocer y entender la verdad de una macrocriminalidad estatal determinada, tales como la responsabilidad no penal de todos los sectores de la sociedad y el contexto político, histórico, cultural, económico y social de la época, datos que tienen una extraordinaria capacidad de rendimiento para explicar “todo” lo sucedido.

105 *Vid.* Garapón, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 94. Sostiene Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 847, que la reconstrucción de los elementos fácticos de la hipótesis objeto del proceso está regida por la determinación normativa de esos elementos (*vid.* también *ib.*, t. I, pp. 855 y ss.). Por ello, para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 98, “el juez no es libre de ir a explorar por su cuenta la realidad”. *Vid.*, en igual dirección, Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 49; Perlinger, cit. n.º 50.

106 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 34 y ss., 117 y ss., 373 y ss., y 537 y ss. Diego Freedman, en sus generosos comentarios a este trabajo que he tenido en cuenta en varios pasajes, me ha hecho ver que el Parlamento al establecer tipos penales no pretende la verificación de una verdad, sino que describe en abstracto una conducta que tendrá como consecuencia una pena, por lo cual en el proceso hay que probar la existencia de ese comportamiento —y de nada más— y aun esto sin pretensión de estar descubriendo verdad alguna.

de la norma penal (principio de estricta legalidad), de aquello de lo que se hablará en el proceso¹⁰⁷. Así pues, este modelo epistemológico no es apto para saber qué sucedió efectivamente y con todo detalle en el pasado, sino solo para verificar precariamente las condiciones que habilitan a condenar a un culpable por la comisión de un delito. Todo lo demás, no puede ni debe ser conocido por medio del peligroso proceso penal. La verdad y la historia, siempre amplias y difusas, no captadas por el microscopio de delimitación legal precisa y acotada del derecho penal son harina de otro costal y deben ser averiguadas y escritas de otra forma¹⁰⁸.

2. Otro escollo importante para obtener la verdad *tout court* que persigue el llamado derecho a la verdad es la férrea oposición que los derechos fundamentales imponen en forma de reglas y límites jurídicos a la posibilidad de obtener conocimientos absolutos en el proceso penal¹⁰⁹. Tan desafortunado es el uso histórico y actual del poderosamente destructivo proceso penal que los derechos constitucionales y los catálogos de derechos fundamentales han recurrido, para tratar de evitar la utilización abusiva y arbitraria de esta amarga necesidad social, a establecer –hasta la exageración– enérgicos límites formales a su procedencia¹¹⁰. Esto es tan así que un neófito que se aproxime

sin aviso a esta materia tendrá pronto la sensación de que el derecho procesal penal es, en realidad, un conjunto de principios para ocultar la verdad¹¹¹.

Ya he tenido ocasión de mencionar, en otro trabajo¹¹², que los rigurosos requisitos formales de admisibilidad de las pruebas en el proceso penal constituyen en realidad, en términos epistemológicos generales, unos impedimentos formidables para el genuino conocimiento de lo sucedido¹¹³. Información sobre los hechos indiscutiblemente apta para conocerlos debe, sin embargo, ser ignorada al no poder ser aprovechada si ha sido obtenida en infracción de ciertas reglas (p. ej. si se alcanza un dato relevante en un registro de domicilio realizado sin la orden judicial exigida por la ley para el caso). Los actos muchas veces más seguros para saber la verdad no pueden ser explorados (no es posible interrogar al sacerdote, al médico, a ciertos parientes del sospechoso)¹¹⁴. Los medios de prueba que sí pueden ser utilizados, no pueden serlo de cualquier manera, sino bajo estrictos presupuestos de admisibilidad¹¹⁵. Las informaciones obtenidas por esta vía y por cualquier otra que implique una infracción de las solemnidades que rodean a todas las pruebas (v. gr. una confesión coactiva violatoria del principio *nemo tenetur*) no son aprovechables como

107 Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pp. 67 y ss.

108 De otro modo, como dice Eiroa, cit. n.º 1, arribaríamos a una “comprensión de la historia en los términos extremadamente reducidos del derecho penal”.

109 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I pp. 83 y ss., 663 y ss., 841 y ss.; t. II, pp. 151 y ss.; Cafferata Nores, cit. n.º 69, pp. 55 y ss.; Taruffo, cit. n.º 86, pp. 24 y s.; Muñoz Conde, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2003, pp. 111 y s.

110 Explica Guzmán, cit. n.º 69, p. 124, que “las garantías procesales funcionan como límites formales a la búsqueda de la verdad. Estos límites no existen en otros campos de investigación. En el proceso los hallamos por doquier”. Para Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 664, la búsqueda de la verdad “cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho”. Según Calamandrei, cit. n.º 87, p. 96, el campo de averiguación de la verdad del juez “está determinado por barreras terminantes que el historiador ignora”.

111 Según Hassemer, cit. n.º 1, p. 75, en el derecho procesal penal “han sido formuladas reglas y directivas que contradicen directamente una búsqueda consecuente de la verdad histórica”. Según este autor, pp. 75 y s., estos principios, “que relativizan la seguridad en la obtención de la verdad en el proceso penal, están completamente justificados y son irrenunciables para un proceso penal respetuoso del Estado de derecho. Pero ellos tienen como consecuencia que se deba perder o arriesgar la oportunidad de alcanzar un examen exhaustivo de las circunstancias del hecho”. Para Calamandrei, cit. n.º 87, p. 99, “la verdad conocida por el juez por medios no correspondientes a estos esquemas no puede valer en el juicio como verdad, por muy firme que sea su íntima convicción”. Volk, cit. n.º 5, pp. 64 y s., sostiene por ello que cuando “por razones constitucionales se prohíbe la producción absoluta de ciertas pruebas o realizarlas de determinada manera o, llegado el caso, se veda la valoración de ciertos resultados, en realidad se ordena fundar una decisión en contra de los hechos”.

112 Vid. Pastor, D.: *El poder penal internacional*, Barcelona, 2006, pp. 123 y ss.

113 “Estos frenos, impuestos a la iniciativa del juez al objeto de asegurar su imparcialidad, parecerían absurdos al historiador” (Calamandrei, cit. n.º 87, p. 99).

114 Según Guzmán, cit. n.º 69, p. 119, “las garantías en el proceso penal adoptan la forma de prohibiciones probatorias, que son normas que prohíben la realización de determinadas medidas de prueba”.

115 “En otros casos, las garantías consisten en directrices que regulan de manera estricta la producción de otras medidas de prueba” (*ib.*).

fuentes de verdad en el proceso penal¹¹⁶. La modalidad de definir lo verdadero con recursos tales como la presunción de inocencia o el principio *in dubio* muestra también la enorme dificultad que se le pone al proceso penal, por razones formales, para determinar exactamente qué es lo sucedido de un modo exhaustivo y confiable¹¹⁷.

Todo ello ha llevado a Hassemer a sostener que “como resultado es posible afirmar que la verdad ‘histórica’ que puede ser reconocida en el proceso penal está relativizada a causa de los principios jurídico-penales que limitan la averiguación de la verdad y que actúan selectivamente frente a todo el panorama de lo ‘objetivamente’ sucedido. Con los medios del proceso penal, el fin de reconstrucción histórica solo puede ser alcanzado selectiva y aporéticamente”¹¹⁸.

Estas limitaciones al conocimiento judicial, que por lo demás constituyen, como se ha visto, el alma de un derecho procesal penal adecuado al Estado de derecho moderno, tornan imposible y hasta insensato el pretender saber la verdad sobre unos hechos muy complejos a partir de las necesariamente formales y mutiladas comprobaciones de los juicios penales. Algo que, por lo demás, resulta bastante inexplicable cuando ya no se está pensando en conocer porque inevitablemente es necesario para penar y, sin embargo, se asigna esa labor a un derecho procesal penal que está previsto para trabajar con todas las características mencionadas haya o no haya imputado a juzgar.

3. El *characteristicum* de la producción de conocimiento en el proceso penal es el método contradictorio¹¹⁹.

Para ello se requiere una hipótesis sobre hechos pasados (de relevancia penal). Ese relato debe provenir de un acusador que pretende demostrar que una persona ha cometido un delito, ya sea –según las etapas del procedimiento– con el grado probatorio necesario para enjuiciarlo, ya sea con el requerido para condenarlo. A esa hipótesis se opone la visión del caso formulada por la defensa, la cual usualmente intenta refutar la conjetura acusatoria. Estas suposiciones contradictorias acerca de los hechos se sustentan, a su tiempo, en pruebas de parte que intentan confirmar la hipótesis propia y refutar la del adversario¹²⁰. Como es sabido de todos, esta forma de concebir al proceso como contienda o controversia se remonta a la idea de *disputatio* como método para obtener la verdad procesal acerca de las afirmaciones sobre los hechos investigados¹²¹.

Así pues, solo por medio del contradictorio se puede conseguir conocimiento aceptable con las reglas del derecho procesal penal. Como lo ha dicho Ferrajoli, el contradictorio es “la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas [...]. La epistemología falsacionista que está en la base de este método no permite juicios potestativos, sino que requiere [...] un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas”¹²².

116 “La inobservancia de estas prohibiciones y directivas acarrea la imposibilidad de valorar las pruebas obtenidas en desconocimiento de ellas” (*ib.*).

117 *Vid.*, más detalladamente acerca de los ejemplos de la desconfiable calidad epistemológica del derecho procesal penal, Hassemer, cit. n.º 1, pp. 75 y s.; Gúzmán, cit. n.º 69, pp. 119 y s.

118 Hassemer, cit. n.º 1, p. 76.

119 Que también es la fuente de una actuación judicial legítima: “Solo la contradicción habilita la jurisdicción” (Vanelli Viel, cit. n.º 93, p. 197). Por ello Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 59, con cita de Mittermaier, nos habla del contradictorio como método para comprobar las hipótesis sobre los hechos por vía de síntesis.

120 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, pp. 129 y ss., y pp. 613 y ss., quien ha desarrollado la exposición de mejor factura del principio contradictorio que aquí es seguida. *Vid.* también, en el mismo sentido, Guzmán, cit. n.º 69, pp. 149 y ss.

121 *Vid.* Ferrajoli, cit. n.º 67, p. 613.

122 *Ib.* Sin controversia la verdad del proceso es ficticia, como la que afirman las partes por acuerdo mutuo y que, al no haber contradicción –pues si se pudieron poner de acuerdo es que rige el principio dispositivo–, no puede más que ser homologada judicialmente aunque no responda a la realidad, con lo cual la verdad judicial deviene siempre en precaria y relativa (*vid.*, más detenidamente sobre esto, Calamandrei, cit. n.º 87, pp. 100 y s.). Por ello, para Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 96, “el juez, por definición, ve doble y escucha doble: no puede escuchar una sola voz”. Este autor, en p. 106, mantiene también que “para establecer los hechos, la justicia no encuentra nada mejor que hacerlo de manera contradictoria, es decir, cruzando varias miradas sobre los mismos hechos”.

Para Ginzburg, “cuanto más nos sustraemos a la refutación, tanto más nos exponemos al error”¹²³. Señala Nino¹²⁴ que la exposición pública de la verdad es mucho más intensa si proviene de un juicio con el acusado participando en la reconstrucción de la historia, pues la calidad de la narración en un juicio contradictorio no puede ser totalmente emulada por otros medios.

Según Guzmán, “el contradictorio entre las partes constituye el mejor método para el descubrimiento de la verdad [...]. Es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confronto de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender solo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular [...]. Vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el solo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho de defensa, sino más bien como el método más adecuado para el conocimiento de los hechos. No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal, sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad”¹²⁵.

Por lo tanto, el sistema contradictorio para la obtención de conocimiento con los medios del proceso penal exige previamente el cumplimiento de los

requisitos siguientes: (1) que exista una versión determinada de los hechos que relate de modo claro, preciso y circunstanciado cuál es la hipótesis a conocer y verificar; (2) que a esa versión de los hechos se le contraponga la resistencia conjetural de una contraparte; (3) que ambas partes puedan proponer, producir y valorar las pruebas de sus hipótesis y las contrapruebas de refutación del adversario; (4) que exista un debate de partes, oral y público, en el que se desarrolle la discusión completa acerca de las hipótesis, las pruebas y las contrapruebas; (5) que exista una decisión imparcial¹²⁶ y no potestativa que resuelva la discusión y afirme fundadamente cuál es la hipótesis probada; y (6) que esa decisión pueda ser sometida a control y revisión por recurso de quien disienta con ella¹²⁷.

Frente a este esquema mínimo de proceso judicial epistemológicamente eficaz uno se puede preguntar, retóricamente, si es posible concebir la utilización del proceso penal para hacer juicios de la verdad sin imputación acusatoria, sin inculpado, sin defensa, sin pruebas contradictorias, sin interrogatorio cruzado, sin alegatos, sin decisión y sin recurso¹²⁸.

Es evidente que, en gran medida, no estamos ante procesos penales, con lo cual podría desvanecerse una crítica procesal penal dirigida a algo que no lo es. Sin embargo, al recurrirse a los jueces de lo criminal y a las reglas del enjuiciamiento penal para descubrir e informar la verdad del derecho a la verdad, el

123 Cit. n.º 89, p. 98.

124 Cit. n.º 1, p. 213.

125 Guzmán, cit. n.º 69, pp. 155 y s. Bovino, cit. n.º 79, p. 228, sostiene que “la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso depende de avances, retrocesos, de la actividad probatoria y procesal de las partes que se enfrentan guiadas por la defensa de intereses contrapuestos”. También Méndez, cit. n.º 4, p. 540 sostiene que, “cómo método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso”. Lo sorprendente aquí es que usa esta correcta descripción de los valores del contradictorio para justificar unos juicios de la verdad que, al no estar hechos para penar, ya no tienen imputado ni son entonces, por definición, contenciosos ni implican confrontación alguna.

126 Nadie mejor que el derecho procesal penal para saber que no tiene valor de verdad la decisión judicial tomada por quien introdujo la cuestión a probar (quien instruye o acusa no juzga, porque de otro modo se lesiona la imparcialidad). En los llamados juicios de la verdad la ausencia de separación entre quienes dirigen la hipótesis a investigar y quienes deciden acerca de ella impide que el conocimiento obtenido sea de una calidad aceptable para las reglas básicas del proceso penal aunque no haya imputado, pues la falta de imparcialidad contamina y torna sospechosa la justificación objetiva de los hechos probados (vid. Guzmán, cit. n.º 69, p. 110; Vanelli Viel, cit. n.º 93, p. 183).

127 Este último punto representa un doble problema para la verdad por medio del proceso penal. Si hay recurso, para el derecho procesal prevalece el relato del *ad quem*, pero para la historia y la verdad ¿qué versión prevalece? Por lo demás, el recurso es en el derecho procesal penal cada vez más una garantía de calidad de la versión de los hechos, por las posibilidades amplias de control y revisión que hoy se ofrecen antes de tener por definitivamente probada una hipótesis. Los juicios de la verdad cargan por ello también con este déficit de no establecer una verdad doblemente conformada.

128 Un “juicio de la verdad verdadero” hubiera tenido que ser un proceso penal en regla en el cual el imputado, que no podría ser condenado, sería igualmente sometido a investigación y juicio aunque la sentencia que fije los hechos debatidos, en caso de encontrarlo culpable, no pueda aplicarle pena en virtud de las leyes llamadas de impunidad. Pero parece que hacer esto, sin legislación específica, sí fue considerado ir demasiado lejos en pos de la verdad.

cuestionamiento técnico relativo a la ineptitud de ese sistema –aun cuando se trate de uno mutilado– para cumplir tal finalidad queda en pie, a pesar de que sea preciso concluir que estamos ante seudojuicios criminales o procesos penales *sui generis*. En razón de todas las deficiencias apuntadas es que la calidad de la verdad judicial obtenida en los juicios de la verdad, de la cual depende el crédito y el prestigio de todos los objetivos de un supuesto derecho a la verdad, resulte muy baja.

E. La objeción puramente técnica

La pregunta acerca de si el Estado puede recurrir al proceso penal –y con ello, naturalmente, al aparato judicial de lo penal– para satisfacer las exigencias del llamado derecho a la verdad obtiene una respuesta negativa también si uno examina la cuestión desde las pautas objetivas y generales de funcionamiento del derecho procesal penal. Según esta consideración el objeto procesal es un presupuesto de validez de la actuación de normas y jueces penales frente a un caso judicial concreto. El objeto del procedimiento, según Roxin, se refiere, en un sentido amplio, a “la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias le deben ser impuestas”; en un sentido restringido, es el “hecho descrito en la acusación”¹²⁹. Como se puede apreciar sin esfuerzo, en el caso de los “juicios de la verdad” estamos ante procesos que técnicamente carecen de objeto, en tanto que no se refieren a la averiguación de si son punibles las acciones investigadas ni hay una acusación que las describa. En el mismo sentido, afirma Maier que el objeto del proceso es un núcleo temático que concede unidad de sentido a todos los actos que componen el enjuiciamiento penal: “Ese

núcleo básico se construye a través de la imputación que se dirige contra alguien, sin la cual no existe procedimiento penal posible”¹³⁰.

En definitiva, sin una imputación dirigida a un sospechoso con la pretensión de que sea judicialmente declarado culpable de un hecho punible y destinatario de las consecuencias jurídico-penales que correspondan no hay objeto procesal ni, por lo tanto, proceso penal válido. Es por ello que la ausencia del objeto procesal funciona en la teoría jurídica como un impedimento procesal. La existencia de un objeto procesal tal como ha sido definido en la doctrina es un presupuesto procesal, esto es, una condición de validez del procedimiento penal en general¹³¹. Sin objeto procesal, tal como lo define el derecho procesal penal, no hay enjuiciamiento legítimo. Para Maier, pertenece a estas condiciones básicas de validez de la actuación procesal penal del Estado “la existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal”¹³².

Por consiguiente, los llamados juicios por la verdad, en tanto que no persiguen la averiguación de hechos punibles concretos para, dado el caso, responsabilizar penalmente a sus autores, no tienen objeto procesal y, por lo tanto, no son jurídicamente legítimos desde el punto de vista técnico y objetivo del derecho procesal penal¹³³.

F. La objeción política

Conviene remarcar, para evitar las usuales interpretaciones erróneas, que el conocimiento detallado, fundado en testimonios y documentos objetivos, de la suerte corrida por las víctimas de los crímenes de

129 Roxin, C.: *Derecho Procesal Penal*, trad. de G. Córdoba y D. Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 159.

130 Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 32.

131 *Vid. ib.*, p. 102; Roxin, cit. n.º 129, p. 165.

132 Maier, cit. n.º 68, t. II, p. 102.

133 Esto es lo que declaró con elevado acierto técnico cierta jurisprudencia de la materia. Así, en el caso “Suárez Mason” de la CSJN del 13.8.1998 (Fallos 321:2031), en el que precisamente la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó solicitaba la producción de medidas de prueba en un proceso penal en el que no se le podía ya imputar válidamente sus crímenes a nadie, fue resuelto por mayoría que, “dado que las diligencias de investigación tienen por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, no resulta admisible su realización en el estado actual de la presente causa al haberse agotado su objeto procesal [...], carecería de toda virtualidad la acumulación de prueba de cargo sin un sujeto pasivo contra el cual pudiera hacerse valer”. Ya antes la CCC Fed. de Buenos Aires había señalado su falta de jurisdicción para investigar exclusivamente el pasado sin pretensión punitiva: “En un expediente en el que no existen litigantes no se halla pendiente la resolución de conflicto alguno ni tampoco el dictado de una declaración acerca de la existencia o alcance de derechos [...]; no existe aquí un ‘caso’ que deba ser decidido por el tribunal y que por lo tanto justifique que este se imponga acerca de hechos y sus circunstancias” (resolución en pleno del 18.7.1995 en el proceso llamado “Méndez Carreras, Horacio s. presentación en c. N.º 761 E.S.M.A. Hechos que se denunciaron como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”).

Estado constituye, a mi juicio, un interés individual jurídicamente relevante que, como es evidente, debe ser reconocido y satisfecho, como todo interés, en la medida de lo realmente posible.

Distinto es afirmar que ese conocimiento es sin discusión un valor para toda la comunidad y un medio seguro para conseguir en el futuro un mundo mejor. Si bien adhiero intuitivamente a esa idea, lo cierto es carece de todo rango científico. Se trata de algo que por su naturaleza se inscribe, más allá de las lógicas influencias de lo social y lo colectivo, en el marco de las creencias y preferencias individuales, sin que nadie pueda imponer el punto de vista del valor de la memoria –si es que puede formularse una– como el único posible, como si fuera el criterio acertado frente a los que piensan, p. ej., que es preferible el perdón fingido, el olvido supuesto¹³⁴ o la irritante negación¹³⁵. Lo mismo sucede con la idea de que no hay paz sin justicia punitiva, afirmación que no se puede generalizar, pues al menos en la experiencia española

y en la sudafricana no hay duda alguna de que se consiguió la paz sin justicia penal en situaciones postdictatoriales que con gran probabilidad podían haber desembocado en una guerra civil¹³⁶.

Una discusión acerca de la memoria histórica y sus funciones políticas y sociales excede con mucho no solo los límites de este trabajo, sino, sobre todo, las capacidades de este modesto profesor de derecho penal y procesal penal que solo está autorizado a hablar desde los conocimientos de su disciplina –a partir de sus diplomas– y nada más¹³⁷.

Pero algo es seguro y quiero reiterarlo, pues pone un manto de duda sobre una de las justificaciones de los juicios de la verdad, a saber, que la sociedad tenga un derecho a conocer *oficialmente* lo sucedido porque ello previene la repetición de lo ocurrido y que, por consiguiente, el Estado tenga la obligación de informar a toda la sociedad¹³⁸. Que el conocimiento del pasado, si está objetivamente documentado, consolida

134 Pues “del pasado no se prescinde por el ejercicio de la decisión ni de la inteligencia” (Sarlo, cit. n.º 94, p. 9). Sin embargo, dado que la memoria no puede ser absoluta, pues recordar todo no solo es imposible, sino que de serlo sería atroz (recuérdese el *Funes de Borges*), el establecimiento inevitablemente selectivo de qué se recuerda representará siempre un ocultamiento aunque sea parcial de la verdad, dado que “recordar es siempre, en mayor o menor medida, olvidar algo” (Rouso, H., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 88). Este autor también indica, en p. 90, que “el ‘exceso de pasado’ puede generar tanta polémica como la negación del pasado [...]. Tenemos que tomar conciencia de la necesidad de vivir en el presente con los conflictos de la historia, sin confiar en que podremos resolverlos mediante un exceso de memoria y una constante insistencia sobre el pasado, lo cual redundará, a la postre, en la imposibilidad de ver los conflictos, por falta de la necesaria distancia”. Sin embargo, en materia de “derecho a la verdad” respecto de los crímenes de Estado se habla no solo de un derecho de la sociedad a saber, sino de un “deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país”, pues “el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática” (así la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, cit. n.º 22, párrs. 17 y 19, respectivamente).

135 Ginzburg cita la idea de Ernest Renan acerca de que la esencia de una Nación “es que todos los individuos tengan muchas cosas en común y, también, que todos hayan olvidado varias cosas” (Ginzburg, C.: “Prueba, memoria y olvido”, en *Nuestra Memoria*, año XI, N.º 26, 2005, p. 18). *Vid.* el tratamiento teórico de la cuestión acerca de si la Democracia debe castigar o perdonar en Nino, cit. n.º 1, pp. 191 y ss. Una exposición más vinculada a experiencias concretas puede ser vista en Eiroa, cit. n.º 1, quien explica con rigor y pormenorizadamente las ventajas y desventajas de los distintos modelos de reconstrucción pública del pasado y de conservación en la memoria colectiva de lo sucedido. Acerca de los problemas generales del negacionismo y los particulares que le ocasiona al derecho penal, *vid.* Fronza, E.: “Profili penalistici del negazionismo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999-3, pp. 1034 y ss. Un convencimiento acerca de que solo el castigo penal es esencial para prevenir crímenes y la única clave para llegar a un mundo más justo puede ser visto en el punto V de Filippini, L.: “Para olvidar: El proyecto de ley de amnistía del diputado Vanossi”, en <http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/doctri/pe041213-a.asp>. Más detalladamente acerca de la relación entre memoria y porvenir, *vid.* AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pp. 181 y ss.

136 *Vid.*, más detenidamente sobre la experiencia sudafricana, Eiroa, cit. n.º 1, quien es categórico al afirmar, por ello, que “el paradigma del castigo penal como idea de justicia en el ámbito de los procesos de transición debería revisarse seriamente”.

137 Sobre los demás puntos de vista del problema pueden ser consultadas las obras de Häberle, cit. n.º 5, pp. 113 y ss.; Nino, cit. n.º 1, pp. 191 y ss.; Novaro, cit. n.º 26; Otero, J.: “Hacia la internacionalización de la política criminal. ¿Castigo o impunidad?”, en *CDJP* N.º 16, pp. 113 y ss.; AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, *passim*.

138 Así, p. ej., en el Informe N.º 25/98 de la Comisión IDH, párr. 95, en el cual se define el derecho a la verdad como “el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos. *El derecho de una sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado no solo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*” (lo destacado me pertenece). Por eso Oliveira/Guembe, cit. n.º 6, p. 547, también hablan de la “verdad como un derecho colectivo”. Respecto de esto sostiene Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 267, que “si se admite que el titular de este derecho es toda la sociedad, quizá debería articularse una suerte de *actio popularis* para reclamar su materialización”.

la Democracia, conjetura que comparto con entusiasmo, es solo una suposición para andar por casa. Las experiencias históricas son tan disímiles que nadie puede sentirse con derecho a formular una regla general aceptable¹³⁹. Las dictaduras latinoamericanas tan extendidas en los años sesenta y setenta no tuvieron su origen y fortaleza en el hecho de que se trataba de sociedades con un derecho al conocimiento del pasado insatisfecho. Hoy en día no se puede explicar la estabilidad formalmente democrática de la región en que todos los países hayan saldado sus cuentas de la información histórica pública. Si fuera cierta la multiplicada afirmación de Ortega de que los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetirla, sería muy conveniente que las democracias europeas del bienestar borraran de la memoria colectiva todo lo sucedido después de 1945 para que su historia, desde entonces de opulencia y respeto de los derechos, se siga repitiendo sin cesar. No puedo detenerme aquí más en este problema¹⁴⁰.

Más allá de ello, un “derecho a la verdad” aparece pleno de sentido solo en el caso de que se reclame del Estado la información que está en su poder o que

requiere del uso de coerción para ser obtenida. Pero exigir del Estado también una exposición de “la historia verdadera”, como parece desprenderse del deber de informar a la sociedad para conocer y prevenir, resulta a la vez ineficaz y desconfiable. Ello se debe a que, por una parte, el Estado no cuenta con instrumentos idóneos para reconstruir la historia que ha construido. Por la otra, la versión oficial de la historia no ha sido nunca demasiado importante en la determinación precisa de los acontecimientos pasados¹⁴¹. Antes bien, son las propias lecciones de la historia independiente las que enseñan que el Estado siempre ha sido, con pequeños matices, una fuente de información sesgada, cuando no de mentiras, censura y mera propaganda¹⁴².

Esta advertencia no es retórica. La forma en que se construye la verdad oficial acerca del pasado argentino hoy en día no merece la menor credibilidad y, según los autores, deslegitima el movimiento de derechos humanos que termina siendo utilizado para sacar ventaja en conflictos políticos y de intereses: “El abandono de toda neutralidad por parte de los relatos oficiales sobre el pasado, incluso de la misma

139 Tal como lo reconoció el propio Alfonsín, cit. n.º 25, p. 10, no existe “una fórmula preestablecida sobre la mejor manera de enfrentar los crímenes del pasado. Cada sociedad debe elaborar su propia respuesta, de acuerdo a sus peculiares condiciones y características políticas y sociales”. Para Nino, cit. n.º 1, p. 191, la lección más general que se puede extraer acerca de la conveniencia para la consolidación democrática de los juicios por los crímenes de Estado es que no hay ninguna lección general. *Vid.*, con más información sobre el punto y acerca de verdad y prevención, Eiroa, cit. n.º 1.

140 En ningún otro medio se desconfía más de los supuestos efectos preventivos de las políticas penales que entre los penalistas (*vid.*, por todos, Zafaroni, E./Alagia, A./Slokar, A.: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, pp. 41 y ss., 53 y ss.). Los casos de errores judiciales en la historia son bien conocidos, en todos ellos se consideró verdadera a una imputación injusta. Un libro memorable compilado por Alexander Demandt nos suministra unos cuantos ejemplos históricos de abuso del poder penal para eliminar enemigos en desgracia por medio de la opresión judicial vestida de descubrimiento de la verdad: Sócrates, Catilina, Jesús, Enrique el León, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galileo, Carlos I, Luis XVI y las grandes simulaciones judiciales del siglo XX: el proceso por el incendio del *Reichstag*, las purgas de Stalin y Núremberg (Demandt, A. [comp.]: *Los grandes procesos de la historia*, trad. de E. Gavilán, Barcelona, 2000; resulta altamente llamativo que la obra de Demandt lleve por título principal, en su versión original “Poder y Derecho” [*Macht und Recht*, München, 1990], *Los grandes procesos de la historia*, en la castellana, para desembocar, al fin y consecuentemente, en *Processare il nemico* en la versión italiana de P. Portinaro [Torino, 1996]). A esa lista se podrían sumar Juan Calas y Sacco y Vanzetti. Es interesante la historia real narrada como novela acerca de la verdad por Julian Barnes (*Arthur & George*, Londres, 2005) en la cual una persona condenada indebidamente solo porque ante hechos irritantes era preciso “encontrar un culpable” es salvada de la injusticia cuando un escritor se ocupa de su caso y demuestra el error judicial al encontrar, no la verdad, sino a otro falso culpable.

141 *Vid.*, acerca de los problemas de la “memoria oficial”, Eiroa, cit. n.º 1; Novaro, cit. n.º 26. Son atinadas las advertencias de Marteau acerca de que la hipervaloración de la memoria, entendida como versión monopólica, lleva “a la demonización de todo aquello que no se le parece y a tomar como claudicación toda posición que no tenga por fin último la reivindicación de los ideales políticos en los que ella se sustenta” (Marteau, J.: “A 30 años del golpe militar. Memoria e historia”, en *Revista Abogados*, Buenos Aires, febrero-marzo, 2006, p. 9).

142 Según Engel, cit. n.º 5, p. 15, “nunca ha sido mayor la desconfianza, tanto en los círculos intelectuales más avanzados como en los medios y en la sociedad, ante los valores de la racionalidad, del progreso, de la verdad y de la objetividad [...], tampoco ha sido nunca tan grande la impresión de que somos engañados por los poderes”. Recuérdese la conocida máxima de Voltaire: “La verdad es lo que se hace creer”. Andrés Ibáñez ilustra la situación tomando como fuente el arte del humor: “*El Roto*, un conocido humorista gráfico español, en una viñeta publicada en el diario ‘El País’, hacía decir al protagonista: ‘La mentira es la lengua oficial del Estado... Lo demás son dialectos’” (Andrés Ibáñez, P.: “Proceso Penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, en AA.VV.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, 2005, p. 165).

pretensión de serlo en alguna medida, y la pérdida de autonomía de los organismos de derechos humanos frente al gobierno son dos de las expectativas más elocuentes y preocupantes que adquiere la señalada deslegitimación¹⁴³. Esta versión oficial de la memoria incluye, sin embargo, “el ‘olvido’ de los juicios a las juntas y la tarea de la Conadep [...] como parte esencial del dispositivo político-cultural montado”¹⁴⁴. Novaro, por ello, nos invita a reflexionar acerca de cómo fue tratada la cuestión de los crímenes de la dictadura por la “verdad oficial”: negación hasta 1983; algunos excesos en el marco de una guerra justa (1983: documento del Gobierno militar); represión brutal y criminal de un guerra subversiva e ilegal (Gobierno Alfonsín, Conadep, sentencia del juicio a los ex comandantes); desencuentros del pasado que había que perdonar y olvidar en pos de la reconciliación (Gobierno Menem); una guerra criminal para destruir al país en lo político, lo económico y lo social –que ahora todavía muestra secuelas y debe ser condenada a cualquier precio– dirigida contra bien-tencionados militantes en lucha por un mundo más justo (Gobierno Kirchner).

Al paroxismo en la materia se ha llegado recientemente con la 8.ª edición del informe *Nunca Más* de la Conadep (2006), el cual ha sido desnaturalizado, con la excusa del trigésimo aniversario del golpe de

1976, con la anteposición inopinada de un pre-prólogo al prólogo de la Comisión. La excusa es baladí si se piensa que en otros aniversarios igual de relevantes a nadie se le ocurrió ponerse por ello por delante del *Nunca Más*. Anecdótico resulta, por lo demás, que el pre-prólogo estilo 2006 refute la visión de los hechos plasmada en el prólogo de 1984 y se dedique a una tan descarada como previsible propaganda oficial más de la política de Derechos Humanos de la actual gestión. Lo más lamentable es, en cambio, la fuente de esta verdad oficial, pues mientras que el prólogo de la Conadep era una versión de los hechos fruto del trabajo, metodológicamente más democrático, de un conjunto de personas elegidas por su incuestionable prestigio y que representaban a todos los sectores políticos, partidarios, sociales y hasta religiosos del país, el pre-prólogo de hoy en día es solamente –y más allá de las usuales invocaciones improbables al sentimiento de todo el pueblo– el discurso hegemónico del área respectiva del Gobierno de turno¹⁴⁵.

La oferta de las verdades oficiales, como se ve, no solo es desconfiable, es también demasiado amplia¹⁴⁶. Ya se sabe, “no hay verdad sino una máscara que dice decir su verdad”¹⁴⁷. Por ello resulta decisiva la prohibición de Carlo Ginzburg: “la verdad histórica jamás debe transformarse en verdad oficial”¹⁴⁸.

143 Novaro, cit. n.º 26.

144 *Ib.* Por ello Héctor Olivera ha advertido que “asistir a una escritura mentirosa de la historia argentina es preocupante y despierta la necesidad de refrescar la memoria. Hoy, la mayoría de los jóvenes y muchos de los mayores desinformados creen que los guerrilleros de los años setenta fueron héroes. No creo en la teoría de los dos demonios, pero tampoco en la de los demonios y los santos inocentes” (Olivera, H.: “En los años de plomo, no hubo dos demonios ni santos inocentes. Los vencedores son ahora los vencidos”, en diario La Nación de 2.2.2007). Esto, y lo que sigue en el texto, parece confirmar la sentencia de que “cada época posee su verdad” (*vid.* Häberle, cit. n.º 5, p. 10).

145 Parece ser que las atrocidades cometidas suspenden la desconfianza radical que normalmente despiertan la propaganda y la versión oficial de los hechos (*vid.* Sarlo, cit. n.º 24, pp. 92 y ss.).

146 Por ello, en otro de sus trabajos Sarlo ha dicho que “sobre las décadas del ’60 y ’70 hay varias narraciones posibles, todas ellas en conflicto. Han pasado más de treinta años y seguirá habiendo posiciones encontradas. Resumirlas en la teoría de los dos demonios es solo un modo demagógico y efectista de clausurar la discusión. No suscribo esa teoría y sin embargo, sobre la violencia de los años ’70, tengo juicios diferentes a los de otros que tampoco la suscriben. Fui una militante de esos años y sé que no solo tuve sueños humanitarios y generosos sino autoritarios y violentos; sé que la idea misma de ‘derechos humanos’ me era completamente ajena. Habrá historias de los años de la militancia; en mi opinión deberán enfrentar el doble peligro del romanticismo y el sentimentalismo. Sobre todo, no habrá construcción de una verdad si la idea misma de construcción, es decir de aportes diferenciados que se ensamben, es jaqueada por la intolerancia, un sentimiento comprensible en las víctimas directas, pero injustificable en los intelectuales, el Estado y el Gobierno” (Sarlo, B.: “Kirchner, el peronismo y la política de derechos humanos. Nunca más el discurso único”, en diario Página 12 del 28.3.2004).

147 Sarlo, cit. n.º 24, p. 39.

148 Ginzburg, cit. n.º 135, p. 15. Beatriz Sarlo, por su parte, se muestra escéptica acerca del valor de una memoria que es interpretada solo de un modo unilateral a partir de las experiencias de las víctimas, pues se corre el riesgo de otorgar más calidad al recuerdo que al entendimiento, lo cual se ve afectado también por otras circunstancias que dan su propia tonalidad al testimonio al recuerdo (*vid.* Sarlo, cit. n.º 94, pp. 13 y ss., 23 y ss., 42 y ss., y 95 y ss.).

G. La objeción histórica

El descubrimiento de la verdad como meta del proceso penal ha sido históricamente la razón para justificar desde pequeños abusos de los investigadores hasta las mayores atrocidades. No hay nada más inquisitivo que la coacción penal aplicada en nombre de la búsqueda de la verdad¹⁴⁹. Por ello, el derecho procesal penal liberal, esto es, el derecho procesal penal adecuado al Estado constitucional y democrático de derecho, ha desarrollado un sano desprecio ante la búsqueda de la verdad por los medios del enjuiciamiento criminal. Esta es una lección de la historia respecto de la meta de averiguar la verdad con los medios del proceso penal que sigue teniendo actualidad.

La invocación de la verdad y su imposición como derecho de la sociedad para obtener justicia, evitar la impunidad y prevenir hechos atroces tiene una carga emotiva tan importante que su complemento necesario es una intransigencia opresiva frente a los “insensibles” que pretendan formular objeciones contra valores tan altos e indiscutidos, a pesar de que, paradójicamente, casi no sabemos nada preciso acerca de qué son en realidad esos valores (¿qué es la justicia?, ¿qué es la verdad?, ¿qué es la sociedad?). Cuando no se habla de acceder a la información, cuando no se habla de saber para aplicar la ley, cuando no se habla de elaboración libre del pasado y construcción abierta del futuro, sino que se habla de verdad, justicia y la seguridad de imponer así un mundo mejor, es indudable que lo que se persigue es excluir como enemigos a los que piensan de otro modo. El recurso de apelar a la verdad se ha traducido siempre en una exhortación a practicar la intolerancia.

Si uno pretende conocer todo lo sucedido con los instrumentos del proceso penal lo primero que debería

hacer, como bien lo ha dicho Maier, es “cantar loas al inquisidor, tan preocupado de averiguar la verdad que casi no reconoció límite en pos de lograr el ideal”¹⁵⁰. Sobre todo en las infracciones que eran consideradas especialmente graves: “Los inquisidores trabajan sin límites en los crímenes enormes y atroces”¹⁵¹. En uno de los más refinados manuales medievales para inquisidores el maestro enseña a interrogar así: “Lo primero dirá el inquisidor al reo que jure a Dios y a una cruz que dirá verdad en cuanto le fuere preguntado, aunque sea en perjuicio propio”¹⁵².

Precisamente el fenómeno estudiado aquí, al investigar penalmente por la investigación misma, está extremadamente contaminado de principios e ideales inquisitivos. Obsérvese que los “juicios” de la verdad, como ya se mencionó, están restringidos a la etapa de instrucción, la cual ha sido considerada como la fase típicamente inquisitiva del procedimiento¹⁵³. La falta de defensa, un componente esencial de estos “juicios”, es un claro elemento inquisitivo¹⁵⁴. La ausencia de separación entre investigación y decisión es otro de los signos distintivos bien conocidos del estilo inquisitorio¹⁵⁵. Guzmán y Cafferata Nores han mostrado detenidamente la estampa inquisitiva de los procesos que, como los juicios por la verdad, no son contradictorios¹⁵⁶. Todo ello demuestra que estos procesos responden a un acusado estilo inquisitivo que los descalifica.

La inquisición histórica fue el modelo procesal que canalizó el poder punitivo autoritario. Si este estilo se llevó tan bien con la búsqueda de la verdad ello se debió ante todo a que la verdad como cosa pública es una institución totalitaria. Bajo la apariencia de una novela de ficción el *1984* de George Orwell nos da una clase a los juristas y a los politólogos para

149 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 663; Bovino, cit. n.º 79, p. 226, quien, en p. 238, mantiene que “la averiguación de la verdad, al constituirse en uno de los objetivos primordiales del procedimiento penal, [...] permitió todo tipo de abusos contra la dignidad humana”. Será por ello, justamente, que “la palabra ‘verdad’ es la palabra favorita de las sectas y de todos los integristas” (Engel, cit. n.º 5, p. 29).

150 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 854.

151 Cordero, F.: *Procedimiento Penal*, trad. de J. Guerrero, Bogotá, 2000, t. I, p. 24.

152 Eymeric, N.: *Manual de inquisidores*, trad. de J. Marchena Ruiz, Barcelona, 1982, p. 33.

153 Así, contundentemente, Abregú: “es necesario deshacerse de la mochila que se arrastra del proceso inquisitivo, cuya propuesta, coincidente con la ideología de ese tipo de procesos, es una instrucción preparatoria” (Abregú, cit. n.º 81, p. 162).

154 Vid. Ferrajoli, cit. n.º 67, p. 613.

155 Vid. Maier, cit. n.º 68, t. I, p. 447.

156 Vid. Guzmán, cit. n.º 69, pp. 150 y ss. En Cafferata Nores, cit. n.º 69, p. 58, puede ser visto con claridad de qué manera los juicios de la verdad se confunden con el ideal de proceso inquisitorio en el cual la investigación es asignada monopólicamente al tribunal, con exclusión de acusador y acusado, algo que lleva a “una ficticia unificación conceptual de lo diverso” con privación de la riqueza que representa el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

identificar el totalitarismo del futuro: un Estado con *Ministerio de la Verdad y Policía del Pensamiento*. Y, ya en forma de novela histórica, nos ha enseñado esta misma lección, pero del pasado para el presente, *El nombre de la rosa* de Umberto Eco: “El tema central de la novela es el totalitarismo de la verdad. Es un relato de actualidad: sostiene que el extremo amor a la verdad puede llevar a matarse unos a otros. ¿No es esto netamente actual?”¹⁵⁷.

III. PROBLEMAS ACTUALES

Hoy en día en Argentina la amnistía instrumentada especialmente por la ley denominada de obediencia debida (dictada en 1987 y declarada conforme a la Constitución ese mismo año por la Corte Suprema) fue privada de todo efecto jurídico en 2005 por decisión de la misma Corte Suprema. Para la cuestión de los denominados juicios por la verdad esto supone al menos dos inconvenientes fundamentales derivados de que esta práctica se justificó en una imposibilidad constitucional de perseguir y punir a los autores de los crímenes. Uno consiste en determinar qué hacer con este fenómeno ahora que ha sido reabierta la persecución penal plena. El segundo problema reside en saber qué valor tienen para los procesos penales reabiertos las pruebas incriminantes obtenidas en los llamados juicios de la verdad. Estas cuestiones no pueden ser aquí resueltas. Apenas acaban de suscitarse, no sabemos si ellas resumen todos los problemas¹⁵⁸ y, al menos a este autor, le falta todavía mucha meditación y discusión para afrontarlas con rigurosidad. Pero sí pueden ser esbozadas desde ahora, junto a las dos cuestiones planteadas, unas líneas de análisis para la búsqueda de respuestas respecto de cada una de ellas.

Si en la época del enjuiciar para saber y penar (1983-1987) nadie estimó necesario hacer además “juicios de la verdad” y estos solo se originaron a partir –y con

el argumento– de la imposibilidad de perseguir y castigar (impunidad), entonces resulta indiscutible que la reapertura de las investigaciones penales con miras a investigar y, dado el caso, castigar podrían hacer caducar de pleno derecho a los juicios por la pura verdad. Ya no se necesitarían como tales y no es admisible, incluso por motivos vinculados al empleo racional de recursos escasísimos, una instrucción penal de la instrucción, como una suerte de prefase del proceso o preinvestigación que será repetida en la investigación penal propiamente dicha. Esta situación habla también en favor de la creación de un comisión de la verdad continuadora de la labor de la Conadep, que cubra las necesidades remanentes de información de las causas penales y por medios mejores que los del procedimiento penal. En esto, debe tenerse presente también que el Estado les paga a los jueces para aplicar la ley a los hechos jurídicamente relevantes que han sido legítimamente probados. No les paga para que trabajen de historiadores ni tiene en cuenta esta capacidad cuando los designa en su puesto. Sin embargo, los “juicios por la verdad” continúan siendo llevados a cabo hoy en día.

La cuestión del valor actual de las pruebas, que aquí quedará abierta, es más espinosa. En esto resulta decisivo el argumento expreso y repetido oficialmente según el cual los llamados juicios de la verdad se justificaron, incluso para eludir los rigores del *ne bis in idem*, según se dice en sentencias y dictámenes, en la imposibilidad de juzgar y eventualmente condenar a los responsables de los hechos cuya verdad se quería conocer. Si esto fuera así todas las pruebas obtenidas en unos procesos que solo existen para saber y no condenar no podrían ser aprovechadas ahora para condenar, pues el Estado no puede afirmar que seguirá investigando solo porque ya no se puede penar si en realidad está investigando para el caso de que si

157 Tello, N.: *Umberto Eco para principiantes*, Buenos Aires, 2001, p. 179. En el mismo sentido Muñoz Conde, cit. n.º 109, p. 117, para quien “el proceso penal de un Estado de Derecho [...] debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena solo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse por probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido”. Bovino, cit. n.º 79, p. 230, ha dicho, en igual dirección, que “insistir en los albores del tercer milenio en la posibilidad de determinar alguna especie de verdad ‘objetiva’, o ‘neutral’, esto es, ‘real’, sobre la ocurrencia de un hecho indisolublemente unido a valoraciones normativas, además de irracional, se trata de una creencia de que la ‘verdad normativa’ puede ser construida de modo unilateral, a partir de un ejercicio de autoridad coactivo de un órgano estatal que cierra todo camino a una posible refutación empírica de los hechos atribuidos”. Häberle, en la obra citada en n.º 5, advierte claramente de qué manera el Estado totalitario se vale de la mentira bajo la máscara de la verdad.

158 Se podría pensar, entre otras, en la cuestión de si se debe considerar el sometimiento a los juicios de la verdad como un sufrimiento por el hecho cometido compensable de la culpabilidad de quien resulte condenado en las persecuciones penales plenamente reabiertas.

mañana se puede volver a penar las pruebas se puedan utilizar. El Estado no debería mentir en la fundamentación de sus decisiones, mucho menos seguramente si de procesos de la verdad se trata. El principio ético de la actuación del Estado, según el cual no puede aprovecharse de aquello que traspasa los límites que él mismo se ha impuesto, no permitiría dar valor a unas pruebas que no provienen de otra parte o de otros procesos judiciales con objetos legales específicos, sino que se consiguieron en unos procesos que, si se hubiera podido profetizar que más tarde serían abolidos los principios de irretroactividad y de la aplicación de la ley más favorable en el tiempo para privar de efectos a las normas de no punibilidad, no hubieran existido. Esta solución es drástica, pero podría ser inevitable en un Estado constitucional de derecho que quiera seguir siendo tal. Los juicios de la verdad representaron una apuesta fuerte como alternativa a la impunidad y al olvido absoluto. El actual levantamiento de las barreras para la punición también ha sido una apuesta fuerte, pero que contradice los fundamentos de los juicios de la verdad. Pero probablemente no sea posible, sin trampas, ganar en ambos campos de juego. En la cuestión de los crímenes de Estado se enfrentan los derechos de las víctimas con los derechos de los imputados¹⁵⁹. Si bien la satisfacción simultánea de ambos no es posible, tampoco debería serlo la actual solución unilateral pro víctima de todas las discusiones judiciales relativas a las denominadas violaciones de los derechos humanos. Este es un programa que debería levantar sospechas.

Una alternativa tópica sería evaluar cada prueba en particular desde la perspectiva de los derechos del imputado y privar de valor solo a aquellas que hayan implicado un menoscabo concreto de sus derechos procesales (p. ej.: la imposibilidad de interrogar a un testigo o de controlar un peritaje). Pero esto implicaría necesariamente mirar hacia otro lado respecto de los llamados juicios de la verdad y sus motivaciones y hacerse el distraído, como si nada hubiera pasado, respecto del argumento estatal de que estos procesos solo fueron legítimos –y realizados sin los

sospechosos– porque se afirmó oficialmente que ya no se iba a punir a nadie.

IV. ALTERNATIVAS RACIONALES

En una sociedad no paternalista tiendo a creer que solo la conciencia individual puede efectuar juicios acerca del pasado. Recordar u olvidar –dicho con más propiedad: tratar de recordar o tratar de olvidar– es privativo de las personas y en una sociedad abierta no hay lugar para versiones oficiales de la historia. De nada sirve que decidan recordar u olvidar en nombre de la comunidad unos funcionarios, los historiadores, los periodistas o los encargados de los archivos; estos especialistas de la memoria actúan con filtros que, por motivaciones ajenas al destinatario, amplían o retacean la información, la magnifican o la censuran¹⁶⁰. La poca confiabilidad de esta memoria, por ello, no es puesta en duda por nadie. Sin embargo, la búsqueda oficial del pasado no solo es aceptada, sino, antes bien, exigida¹⁶¹. Esta dicotomía conceptual, en parte incoherente, resulta también cuestionable porque búsqueda de información y extracción de conclusiones no son distinguibles de un modo libre de objeciones, pues hay interacción permanente entre qué se busca, cómo se investiga y para qué se intenta conocer el pasado, de modo que no son independientes y confiables las conclusiones que se extraen sobre la base de una recolección de información que no lo ha sido. En todo caso habrá informaciones, públicas y no, para la evaluación de los interesados, pero no versiones que pretendan imponerse. La memoria oficial prueba la existencia de un modo de razonar que, si no es totalmente inadmisibles, resulta al menos dilemático: se impone autoritariamente la idea de que, ante un pasado atroz, solo su plena investigación y conocimiento puede conducir a un futuro mejor, pero ¿es esto realmente así? ¿Se le puede imponer esta idea a todo el mundo? ¿O la libertad de conciencia en una sociedad democrática alcanza también a la determinación acerca de cómo y para qué quiere relacionarse cada uno con el pasado? Estas páginas están anémicas de respuestas a estas complejas cuestiones¹⁶²,

159 La protección de unos derechos frente a otros, como lo menciona Novaro, cit. n.º 26.

160 Vid. Eco, U., en *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 184.

161 Esto es sorprendente especialmente en Argentina donde ninguna persona sensata puede confiar siquiera en la información oficial sobre el índice de la inflación mensual.

162 Debatidas en profundidad en el capítulo sobre “Memoria y futuro” de la obra *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, pp. 181 y ss. De importancia inversamente proporcional a su extraordinaria fama son, en cambio, las reflexiones sobre el testimonio y el registro de Agamben, G.: *Lo que queda de Auschwitz*, trad. de A. Gimeno Cuspinera, Valencia, 2000, sobre todo, en lo que a nuestra materia concierne, cuando desinterpreta por completo las ideas de Satta acerca de la pena de proceso y las convierte en una oda a la presunción judicial de culpabilidad (pp. 17 y s.).

pero sirven –y ese ha sido mi propósito– para demostrar algo que es seguro: la jurisdicción penal y sus reglas de procedimiento no son el camino a seguir por quien quiera, cualquiera que sea su meta, conocer –real pero solamente– el pasado.

Son tantas y tan contundentes las limitaciones que sufren los jueces penales y las reglas del procedimiento penal para obtener conocimiento que emplear procesos judiciales solo con el fin de averiguación de una realidad compleja que excede con mucho incluso el ámbito de lo investigable para el enjuiciamiento normal deviene en despropósito. Si no se va a responsabilizar y castigar penalmente a nadie, sino que se pretende cumplir con un derecho al conocimiento del pasado según el cual “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”, entonces recurrir a la justicia y a sus procedimientos será la mejor manera de dejar insatisfechas en calidad y cantidad esas exigencias. Ya conocemos los problemas de una “tribunalización de la historia” y Carlo Ginzburg ha señalado que si al olvido no se le opone la memoria, sino la justicia, “es necesario concluir que es el olvido el que ha ganado”¹⁶³.

Si hay que penar, antes hay que saber. En ese caso la información de las sentencias que provengan de juicios contradictorios y de cuestiones debatidas en múltiples instancias podrá ser –con sus deficiencias– una fuente más, pero no la única ni mucho menos la mejor, para tratar de conocer el pasado¹⁶⁴. Es cierto que en el caso de los crímenes de la dictadura no amnistiados (sustracción de menores, p. ej.) los procesos penales dirigidos a los sospechosos lograron arrojar

luz acerca de la identidad de muchas personas que habían sido sustraídas a sus familias verdaderas y que, sin saberlo, vivían con una identidad falsa y con una familia que no era la suya, así como los juicios por la verdad y la jurisdicción residual de los casos penales clausurados permitieron encontrar e identificar los restos de personas que estaban desaparecidas¹⁶⁵. Pero si ya no fuera posible penar (v. gr. por muerte del autor), el derecho a la identidad y a las informaciones derivadas de ello está asegurado de modo igualmente eficaz por medios no penales.

No hay que esperar mucho del proceso penal en términos de averiguación de la verdad especialmente en el caso de criminalidad estatal masiva. El trabajo de Eiroa acerca de la experiencia sudafricana de la *South African Truth and Reconciliation Commission* demuestra que a veces es posible conocer mucho más sobre la verdad de las atrocidades públicas sin proceso penal que con él. Pareciera que esto nos lleva a una dramática encrucijada en la cual para penar se debe resignar gran parte del saber o bien para conocer más se debe administrar impunidad, en tanto que impunidad no significa negación y olvido así como castigo no implica verdad y memoria aseguradas¹⁶⁶. Perfecto Andrés nos recuerda, justamente, que “ha escrito Tzvetan Todorov ‘que la memoria no se opone en absoluto al olvido. Los dos términos para contrastar son la *supresión* (el olvido) y la *conservación*; la memoria es, en todo momento y necesariamente, una interacción de ambos”¹⁶⁷.

Ahora bien, si además no hay ya pena a imponer en el horizonte, el conocimiento de la verdad de todo lo sucedido, en general, y en particular con las víctimas de estos crímenes –muy especialmente su destino– debería ser obtenido y elaborado por procedimientos no

163 Cit. n.º 135, p. 21. Al respecto Garapon, A., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 109, sostiene: “Tenemos que cuidarnos de no delegar nuestra memoria en lo jurídico”.

164 En la Argentina de las persecuciones penales rehabilitadas respecto de los crímenes de la dictadura, tras una de las primeras condenas de primera instancia, se pudo apreciar lo poco de la verdad que había sido aclarado en el juicio (*vid.* “Me faltó lo más importante, que es saber dónde está mi nieta. María Isabel Chorobik de Mariani, suegra de Diana Teruggi, asesinada por Etchecolatz, se refirió a la condena contra el represor”, en diario La Nación del 19.9.2006). A pesar de esas fallas de conocimiento en cuestiones de enorme relevancia individual, gracias al informe de la Conadep, aunque no solamente, sabemos muy bien lo que sucedió entre 1976 y 1983. Como dice Méndez, cit. n.º 4, p. 531, se trata de la “verdad de hechos que, a partir de la evidencia acumulada, ya no puedan negarse”. Sin embargo, el proceso penal, como dice Bertolino, cit. n.º 5, pp. 102 y s., no suministra, como se puede ver, la verdad, sino solo la verdad del caso.

165 *Vid.*, con información detallada acerca de la importancia del aporte de los procesos por la verdad para esclarecer estas situaciones, Alonso Morales/Lovelli/López Alcalá/Ialonardi, cit. n.º 48, pp. 145 y ss.; Perlinger, cit. n.º 50.

166 *Vid.* Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, p. 265. De la opinión contraria, que asocia impunidad con olvido y castigo con memoria, es Bergalli, R.: “Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria”, en NDP 2000/B, pp. 421 y ss.

167 Andrés Ibáñez, P.: “¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del ‘uso alternativo del derecho’”, en Jueces para la Democracia (en prensa), con cita de Todorov, T.: *Los abusos de la memoria*, trad. de M. Salazar, Barcelona, 2000, pp. 15 y s.

penales, aunque por supuesto revestidos de coacción ocasional para cumplir sus fines. Según Eiroa, “la construcción de la verdad no debe ser un proceso en el que participen solo las víctimas y los testigos de las atrocidades a las que aquellas fueron sometidas, sino que también se debe dar espacio a la participación de los responsables de esos hechos detestables y a todo aquel que pueda aportar datos relevantes para reconstruir el contexto en el que se cometieron y las causas por las cuales se llegó a una situación semejante”¹⁶⁸.

La complejidad de estos hechos y sus circunstancias de interés cognitivo, que exceden con mucho el ámbito de conocimiento del juicio penal y las posibilidades de los medios penales, impiden que tan siquiera con enjuiciamientos reales, es decir, con controversia, adversarios y debate se logre saber todo lo que queremos conocer respecto de los hechos atroces del pasado¹⁶⁹. Menos será conocido todavía con instancias judiciales de la verdad por medios procesales-penales que de juicio no tienen nada. La función judicial de garantía de los derechos no puede llevar a que siempre la jurisdicción deba estar a cargo del cumplimiento, algo que se ve más claramente en el ejemplo del derecho a la salud: el Poder Judicial puede condenar al Estado por no brindarlo, pero nunca podrá transformar a los jueces en médicos y a los tribunales en hospitales.

Otra gran ventaja de las comisiones de la verdad, como ya lo demostró entre nosotros la excelente labor de la Conadep y, en la experiencia comparada, la Comisión de la Verdad de Sudáfrica, es que la reconstrucción del pasado no está, como en el caso de la verdad de los tribunales, en manos exclusivas de una corporación judicial integrada solo por abogados educados y entrenados como tales¹⁷⁰. En las comisiones

de la verdad intervienen, junto a investigadores policiales y expertos en derecho, también historiadores, científicos sociales y especialistas de otros ámbitos, lo cual garantiza “una perspectiva multidisciplinaria y una diversidad de puntos de vista”¹⁷¹.

Siempre habrá, por supuesto, muchos datos acerca de esta realidad pasada que tal vez no podamos llegar a conocer nunca. Otras circunstancias, como destinos finales e identidades reales, seguramente sí pueden ser establecidos en muchos casos. De todos modos, si nos tomamos en serio el disponer de información general y particular sobre el pasado público como un valor, los intereses en torno de lo que se denomina derecho a la verdad tienen que estar reconocidos por el orden jurídico y amparados judicialmente. En Argentina, pasadas ya tres décadas, tenemos que hacer un esfuerzo todavía para tratar de conocer todo lo que sucedió, pero no por medio de la “deformación del proceso penal” y de su uso en nombre de la verdad absoluta, al peor estilo inquisitivo, lo cual nos conduce únicamente a una “verdad deformada”. En mi opinión lo que deberíamos hacer es reforzar lo que fue la Conadep. Establecer su continuación como comisión de la verdad por medio de una ley que imponga una regulación exhaustiva de sus facultades y la posibilidad de requerir judicialmente el auxilio de la fuerza pública para cumplir sus fines, pues es la excusa con la que se recurre al proceso penal el hecho de que estas comisiones, normalmente, no tienen coerción para conseguir la información, para registrar, para allanar, para buscar archivos, etc.

Las comisiones de la verdad, por lo demás, concentran la información y el relato y facilitan su disponibilidad ágil e inmediata al interesado¹⁷² frente a las dificultades que representa, en el caso de los juicios

168 Cit. n.º 1. Este autor, además, nos expone las ventajas, en términos de calidad cognoscitiva, que tienen la verdad construida de un modo consensuado y una verdad amplia que, a diferencia de la de los juicios que se refieren solo a las graves violaciones estatales de los derechos fundamentales, abarque todos los comportamientos violentos de la época que causaron daños similares con independencia de su linaje.

169 “La búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal, en tanto se trate de la determinación de hechos de fácil constatación empírica” (Muñoz Conde, cit. n.º 109, p. 107).

170 Esta multidisciplinaria de las comisiones supone, aunque estas no lleven a cabo un proceso, un mayor contradictorio que los propios juicios de la verdad, pues se requiere una “confrontación colectiva en la búsqueda de la verdad, esto es, de un debate crítico abierto a todos, a todos los testimonios y a todos los documentos” (Changeux, J., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 20). Esto ha llevado a Eiroa, cit. n.º 1, a afirmar que la búsqueda de la verdad por medio del “modelo de justicia penal favorecería la construcción de una memoria autoritaria”.

171 *Ib.* Por esto Marteau, cit. n.º 141, p. 9, cuestiona el monopolio del registro de la memoria.

172 Eiroa, cit. n.º 1, nos recuerda que el informe *Nunca Más* es uno de los libros de mayor venta de la historia editorial argentina.

penales “de verdad” y en el de los juicios penales “por la verdad”, conocer siquiera la existencia de cientos de sentencias desperdigadas¹⁷³, por no hablar de la naturaleza semánticamente inasequible de unos textos herméticos escritos en prosa judicial.

No debemos renunciar a la búsqueda de la verdad, sino solamente a encontrar verdades absolutas buscadas a cualquier precio. En esto, las llamadas comisiones de la verdad tienen sin duda las mejores cartas para satisfacer las exigencias del derecho a la información de lo sucedido respecto de los hechos criminales perpetrados desde el Estado. El proceso penal, cuando es necesario para investigar sospechosos y castigar culpables, es también una fuente secundaria para satisfacción de tales exigencias, aunque sus conclusiones tengan menos calidad que las de una comisión. Los juicios de la verdad, por último, pueden igualmente aportar datos muy relevantes para los

mismos objetivos, pero la confiabilidad de sus resultados será la más baja de las tres prácticas posibles. Por lo demás, resulta decisivo también hablar de derecho a la información y abandonar la expresión “verdad”, dado que, sobre todo por su naturaleza mitológica, siempre que se la invoca, como en el caso de otros valores tan elevados e indiscutibles (justicia, igualdad, etc.), se quiere encubrir con su autoridad un seguro abuso de lo que se hace en su nombre.

Por consiguiente, la búsqueda de la verdad sin recurrir al proceso penal y a los jueces penales nos dará un conocimiento de mayor calidad acerca de los hechos involucrados¹⁷⁴. Será una forma de actuar, en el doble sentido de la expresión, más civilizada, pues será abandonado el recurso de huir de manera constante hacia lo punitivo sin pensar que “una sociedad no puede vivir permanentemente en un estado de cólera contra una parte de ella misma”¹⁷⁵.

173 Solo la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires ha llevado a cabo más de cien legajos en estos juicios por la búsqueda de la verdad (*vid.* Perlinger, cit. n.º 50, con más detalles). Por ello, respecto de la “verdad” que surge de los juicios penales reales, la Corte IDH, en el caso “Myrna Mack Chang” (sentencia de 25.11.2003), ha dicho que el “resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad” (párr. 275). *Id.* acerca de esto las minuciosas reflexiones de Chinchón Álvarez, cit. n.º 7, pp. 267 y ss.

174 Entre nosotros una oportunidad como la sudafricana de cambiar impunidad por verdad se perdió entre 1986 y 1990 cuando se concedió impunidad a cambio de nada (claro es, esto fue previo a la experiencia de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica). De todos modos, siendo Argentina un país sin respeto por las decisiones de la Democracia, incluso de las decisiones definitivas, los autores de los crímenes no se hubieran podido sentir seguros de que después de su reconocimiento y de brindar la información para saber lo sucedido no se revocara la amnistía y se usara la información por ellos brindada para someterlos a proceso y –quizás incluso también algún día, muchos años después– condenarlos. Por eso hoy una salida a la sudafricana para Argentina, que cambie información verídica por amnistía, es también por su segura ineficacia –hay por supuesto más objeciones– impensable.

175 Ricoeur, P., en AA.VV.: *¿Por qué recordar?*, cit. n.º 1, p. 75.