



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Procesal**

**LA PRUEBA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL  
DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales

**THOMAS FRANZ VOGT GEISSE**

Profesor guía: Cristián Maturana Miquel

**Santiago, Chile**

**2012**

**Tabla de contenidos**

Página

**INTRODUCCIÓN ..... 1**

**CAPÍTULO I**

**Derecho comparado y la prueba penal ..... 3**

1. Importancia de la disciplina del derecho comparado para el análisis del sistema procesal de la Corte Penal Internacional ..... 3

2. Noción y método del derecho comparado ..... 4

3. Damaska y el derecho comparado ..... 9

    a. Ventajas del enfoque de Damaska ..... 10

    b. Delimitación de la obra de Damaska ..... 11

4. Criterios para el análisis de sistemas probatorios penales ..... 12

    a. Factores institucionales determinantes para el derecho probatorio ..... 13

    b. Consecuencias probatorias según entorno institucional ..... 19

    c. Consecuencias particulares del entorno institucional en la prueba penal ..... 25

    d. La verdad en modelos adversariales y no adversariales ..... 31

5. Recapitulación ..... 32

**CAPÍTULO II**

**La prueba penal en el proceso adversarial estadounidense ..... 34**

1. Introducción ..... 34

2. El jurado: presencia lega aislada en el proceso estadounidense ..... 35

a. Consagración constitucional del derecho a juicio por jurado y su justificación.....	35
b. Descripción del juicio por jurado en EE.UU .....	37
c. Juicio por jurado bajo perspectiva histórica.....	40
d. Conclusión .....	32
3. Control procesal de las partes y los abogados .....	43
a. Importancia del surgimiento de la abogacía .....	43
b. Bipolaridad extrema y debilidad del juez .....	44
4. Influencia del entorno institucional del proceso penal estadounidense .....	47
a. Generalidades y relación histórica.....	47
b. Derecho de confrontación y “cross-examination” de testigos .....	49
c. Exclusión del “hearsay” .....	52
d. Privilegio contra la autoincriminación .....	54
5. La tradición jurídica del legalismo adversarial .....	51

### **CAPÍTULO III**

<b>La prueba penal en el proceso no adversarial: el sistema alemán.....</b>	<b>65</b>
1. Introducción .....	65
2. Corte unitaria y mixta.....	66
3. Orientación unipolar y poder del tribunal en la actividad probatoria.....	69
a. Aclaración conceptual .....	69
b. Obligación judicial de esclarecimiento.....	70
c. Rol colaborativo de fiscal y defensor .....	72
4. Influencia del entorno institucional del proceso penal alemán en aspectos de prueba.....	77

a. Prueba de testigos e interrogatorio .....	77
b. Prueba derivativa.....	80
c. El acusado como fuente de prueba y el principio “nemo tenetur” .....	86
5. La tradición jurídica de la decisión correcta .....	90
 <b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>La prueba ante la Corte Penal Internacional: un diseño no adversarial .....</b>	<b>93</b>
1. Introducción .....	93
2. Corte unitaria sin presencia lega.....	94
3. Orientación unipolar y poder del tribunal en la actividad probatoria .....	96
4. Influencia del entorno institucional en aspectos de la prueba y evaluación de las normas probatorias.....	104
a. Introducción .....	104
b. Interrogatorio de testigos.....	104
c. Prueba derivativa.....	107
d. El acusado ante la CPI: testimonio bajo juramento y declaración no jurada .....	110
5. La prueba y la función del proceso penal internacional.....	115
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>119</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>122</b>

## **Resumen**

El objetivo de la investigación es evaluar la adecuación de las disposiciones probatorias del juicio ante la Corte Penal Internacional con su entorno institucional. Para esos efectos se desarrolla un marco conceptual que define, en base a aspectos específicos, dos modelos procesales opuestos: el modelo adversarial con tribunal bifurcado y de orientación bipolar, y el modelo no adversarial con tribunal unitario y de orientación unipolar. Estos modelos permiten caracterizar, en abstracto, las repercusiones que el entorno procesal de cada uno tenderá a producir en materia probatoria.

Posteriormente, para ilustrar estas relaciones entre entorno procesal y arreglos probatorios, se analizarán en los contextos procesales concretos del sistema penal angloamericano y alemán. Para este análisis se seleccionan tres aspectos concretos de la actividad probatoria: el interrogatorio de testigos, la prueba derivativa y el rol probatorio del acusado. El resultado mostrará que en esos aspectos la actividad probatoria está fuertemente condicionada por la estructura y el ambiente procesal, y, en general, por la cultura jurídica del sistema respectivo.

Finalmente, se caracteriza el entorno procesal de la Corte Penal Internacional. Se detecta que corresponde a un sistema que se aproxima a un modelo no adversarial de orientación unipolar. Al abordar el tratamiento de los aspectos específicos de la prueba revisados a propósito de los sistemas nacionales, se advierten incoherencias entre el entorno procesal no adversarial de la Corte y arreglos probatorios durante el juicio que incorporan lógicas adversariales. Se concluye afirmando la insostenibilidad de estos arreglos probatorios adversariales ante el fin expresivo de la justicia penal internacional.

## INTRODUCCIÓN

Con fecha de 26 de agosto de 2011 concluyó el primer juicio ante la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional (en lo que sigue CPI), para muchos un hito histórico en el desarrollo de la justicia criminal internacional.

La CPI es el primer tribunal permanente para ejercer jurisdicción (complementaria) sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y opera desde el 1 de julio de 2002, la fecha de entrada en vigencia del Estatuto de Roma, el tratado que la creó.

Este instrumento es producto de un largo debate por el establecimiento de un sistema penal con pretensión de ser universalmente aceptable.

Según el preámbulo del tratado, los estados parte llegaron a un acuerdo “conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento”.

Siguiendo ese discurso basado en la suposición de existencia de valores comunes compartidos por toda la humanidad, algunos autores han caracterizado el sistema penal de la CPI como sistema “sui generis” que integra y fusiona elementos de las tradiciones jurídicas continentales y anglosajonas.<sup>1</sup>

Sin embargo, la noción de derecho y, en especial, la conceptualización y configuración de los procesos judiciales no son fáciles de reducir y enmarcar en este discurso universalista. Estos reflejan comprensiones del derecho, valores jurídicos y lógicas del ejercicio del poder público

---

<sup>1</sup> AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? International Criminal Law Review, T. 3, N° 1, 2003, p. 5.

que varían fuertemente entre las comunidades jurídicas y no admiten una simple reformulación para encajar en un supuesto “patrimonio común” sin caer en superficialidad.

Precisamente para mitigar ese riesgo reduccionista del discurso universalista propio de los principios que subyacen al derecho internacional de los derechos humanos, este debe ser complementado y confrontado con las nociones provenientes del derecho procesal penal, en la perspectiva del derecho comparado, para reconocer los límites de esas pretensiones universalistas y fusionadoras. Esto es prometedor, justamente porque esas disciplinas jurídicas han incursionado en las complejas relaciones entre cultura jurídica, poder estatal, entorno procesal y arreglos procesales específicos.

Así, en base a ese enfoque integrador y comparativo, esta investigación pretende caracterizar las relaciones entre ambiente procesal y disposiciones procesales probatorias en base a modelos abstractos de procesos penales (capítulo I) y confirmarlas mirando a dos modelos reales paradigmáticos, el juicio de jurado angloamericano (capítulo II) y el juicio oral alemán (capítulo III).

En base a las tendencias y los resultados obtenidos mediante ese trabajo comparativo será posible evaluar la prueba ante la CPI desde una óptica más profunda y determinar si, en ese aspecto, la pretendida fusión coherente de tradiciones jurídicas resiste el escrutinio de una visión más profunda de los juicios penales o, por el contrario, descubrimos detrás de las de las buenas intenciones de la comunidad internacional un cúmulo inconsistente de arreglos procesales (capítulo IV).

CAPÍTULO I  
**DERECHO COMPARADO Y LA PRUEBA PENAL**

**1. Importancia de la disciplina del derecho comparado para el análisis del sistema procesal de la CPI**

Esta investigación es de derecho comparado. Se comparará derecho procesal penal estadounidense con derecho procesal penal alemán.

Sin embargo, presenta ciertas particularidades, dado que no solamente se limitará a determinar, de forma crítica, las semejanzas y diferencias entre esos dos sistemas procesales probatorios, sino que, adicionalmente, se utilizarán los resultados de dicha comparación para dar una caracterización más adecuada al sistema probatorio de la CPI.

La parte crucial del trabajo estará dedicada a dar respuesta a la pregunta de la coherencia, es decir, en qué medida el derecho procesal de la CPI es una combinación jurídica coherente de normas procesales provenientes de distintas tradiciones legales, y en qué medida no lo es.

Para poder responder esta cuestión es necesario entender previamente las instituciones procesales nacionales a las que corresponden esas normas jurídicas, su rol en el sistema, y su equivalente en otros sistemas procesales. En otras palabras, habrá que comparar derecho.

Hay distintas maneras de comparar derecho, por lo que la elección del método de comparación será de crucial importancia: Primero, al relacionar los sistemas nacionales objeto de estudio, y, segundo, al relacionar los resultados de la comparación de sistemas nacionales con el derecho procesal de la CPI. Es necesario estar consciente de los criterios comparativos para que sea posible abordar de forma fructífera la pregunta de coherencia, incoherencia y funcionalidad propia del sistema procesal de la Corte.

Se ha sostenido que en materia de derecho comparado la necesidad de claridad de criterio y método tiene especial importancia para evitar que la intuición vicie los resultados del esfuerzo comparativo.<sup>2</sup>

En este capítulo pretendo cumplir con esas exigencias de claridad, revisando la noción y metodología del derecho comparado en busca de un enfoque adecuado para el estudio de la prueba ante la CPI en base a sistemas comparados.

## **2. Noción y método del derecho comparado**

No es sencillo definir derecho comparado, principalmente por dos razones.

En primer lugar, no hay claridad sobre el *significado de “comparar”*. Si bien se puede decir que consiste en el establecimiento de semejanzas y diferencias, se discute, como veremos, si, metodológicamente, se deba partir de lo igual o lo diferente.

En segundo lugar, se discrepa en cuanto al *objeto de comparación*. No cabe duda que se comparan sistemas jurídicos, sin embargo, hay discrepancia respecto al alcance de la investigación. En un extremo, el objeto de estudio se limita a leyes y normas positivas. En el extremo contrario, el objeto de estudio es la sociedad completa, incluida su historia.

Para el famoso civilista y comparativista austriaco Ernst Rabel no basta comparar parágrafos legales. Es necesario considerar las relaciones entre las normas jurídicas y el suelo, el clima, los pueblos y sus concepciones religiosas y éticas, sus sistemas económicos, políticos, entre muchos otros aspectos.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 315.

<sup>3</sup> RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. En: ZWEIGERT, K. y PUTTFARKEN, H.-J. (Eds.). Rechtsvergleichung. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 89.

Para demarcar el objeto de comparación tiene mucha relevancia lo que el investigador considere fuente del derecho. Mientras más amplia sea concebida por el investigador, más elementos integrarán el campo relevante. Incluso se ha recomendado incluir en el ejercicio comparativo un cuestionamiento a las teorías sobre fuentes del derecho que prevalecen en cada sistema y estar más atento a la percepción efectiva de la actuación del derecho para determinar sus fuentes.<sup>4</sup>

Recientemente, el problema de delimitación del derecho que se compara, propio de la disciplina del derecho comparado, se ha agravado aún más en el actual proceso de desintegración del estado nación. El nexo entre derecho y territorio se está aflojando debido al surgimiento de sistemas jurídicos no estatales que abarcan creación y adjudicación jurídica (el típico ejemplo es la *lex mercatoria*), dejando atrás la idea de derechos nacionales como únicos objetos de comparación.<sup>5</sup>

Importa destacar que ambos problemas de definición (el referente a la comparación y el de su objeto) no son independientes: generalmente, una postura que se basa en la presunción de semejanza como base de comparación tenderá a limitar el objeto de estudio, ya sea en cuanto al problema o la amplitud de las fuentes.

Una postura que parte de la diferencia mostrará más sensibilidad para detectar influencias culturales y sociales que afectan el problema estudiado, y tenderá a ampliar los aspectos a considerar en la comparación.

De esa forma, en términos generales, el desarrollo del debate metodológico ha oscilado entre el *énfasis en lo particular o en lo universal*, es decir, en la presuposición de que las normas jurídicas y los problemas de hecho a los que se aplican dependen, en principio, de cada comunidad jurídica, o que, por en el contrario, son, en principio, similares. Esto se debe a que las

---

<sup>4</sup> VOGENHAUER, Stefan. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds), op. cit., p. 883.

<sup>5</sup> MUIR W., Horatia. Globalization and Comparative Law. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), op. cit., p. 582.

distintas posturas metodológicas parten de diferentes nociones de derecho y sociedad cuyo análisis escapan de las posibilidades de este trabajo.

Sin embargo, es necesario elegir un marco adecuado para el análisis de la prueba de la CPI a la luz del estudio comparado de derechos nacionales, lo que nos obliga hacer una breve revisión de las tendencias metodológicas. Tanto el extremo universalista como particularista presentan desventajas para nuestro estudio:

Por un lado, una *visión universalista*, ya sea en forma de iusnaturalismo racionalista<sup>6</sup> o evolucionismo neohegeliano<sup>7</sup> ofrece sólo una limitada utilidad al estudio comparado del derecho procesal penal, debido a que tiende a desatender la importancia de las estructuras de poder específicas de cada lugar y momento histórico, cuya consideración es indispensable para la comprensión de arreglos probatorios en dicha rama.

Por la misma razón se debe dejar de lado el influente enfoque del *funcionalismo*, formulado por los civilistas Zweigert y Kötz en su versión más famosa. Según ella, la regla básica del derecho comparado es la siguiente: *diferentes sistemas legales dan igual o similar solución a los mismos problemas de la vida*, a pesar de las grandes diferencias en su desarrollo histórico, estructura conceptual y forma de operar.<sup>8</sup>

Estos autores proclaman como principio heurístico y criterio de evaluación de resultados una *presunción de similitud* para efectos de estudiar los equivalentes funcionales de un problema jurídico determinado en sistemas jurídicos extranjeros.

---

<sup>6</sup>“La loi, en général est la **raison humaine**, en tant, qu'elle gouverne tous le peuple de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine” [énfasis agregado] en MONTESQUIEU. *L'Esprit des Lois*. 9ª ed., Paris, Garnier Frères, 1874, p. 8. Cabe agregar que, a pesar de partir de esa base, Montesquieu se preocupa de no subestimar las diferencias culturales que determinan los distintos sistemas nacionales y en eso se distingue de los funcionalistas del siglo XX.

<sup>7</sup> SCHWENZER, I. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), op. cit., p. 73. Para un ejemplo de una visión neohegeliana véase KOHLER, Josef. Über die Methode der Rechtsvergleichung. En: ZWEIGERT, K. y PUTTFARKEN, H.-J. (Eds.), op. cit., pp. 20 s.

<sup>8</sup> ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. Introduction to Comparative Law. 3ª ed., Oxford/New York, Clarendon Press, 1998, p. 39.

Esta simplificación, puede ser útil para comparaciones de sistemas de derecho civil y conveniente para aportar a la armonización de sistemas jurídicos nacionales (lo que es sólo uno de los varios objetivos del derecho comparado), en especial en materia de derecho privado europeo.<sup>9</sup>

Sin embargo, no parece aconsejable para comparar sistemas procesales penales, en los cuales el espectro de diferencias se extiende desde las distintas estructuras de los órganos que intervienen hasta preguntas sobre las bases epistemológicas predominantes en diferentes comunidades jurídicas. Ante la discrepancia en temas fundamentales se hace muy cuestionable la utilidad de una presunción de similitud. Adicionalmente, el engañoso agnosticismo político y eclecticismo metodológico que su enfoque proclama<sup>10</sup> choca con las necesarias implicancias que en los sistemas procesales tienen las estructuras estatales, y, en nuestro caso, la posición de la CPI en la comunidad internacional.

Por el otro lado, una *visión particularista*, en su versión extrema, tiene la desventaja de negar toda la posibilidad de comparación, como en su momento la escuela histórica de Friedrich Karl von Savigny.<sup>11</sup> Bajo la influencia del romanticismo alemán, la afirmación de la importancia de las identidades jurídico-culturales particulares (*Volksgeist*) llevó a Savigny a rechazar la consideración de derecho extranjero como método de estudio.

En la actualidad, y ante las pretensiones universalistas implícitas en las teorías que presuponen la similitud, ha reaparecido la postura que exige el reconocimiento del “otro”. Sin embargo, ésta ya no llama a rechazar la idea de derecho comparado como disciplina, sino que a cambiar su método. El jurista debe estar consciente de su calidad de observador, la distancia y diferencia, evitando interpretaciones condicionadas por las suposiciones de su propio sistema.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Véase ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

<sup>10</sup> KENNEDY, David. *The Methods and the Politics*. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 347 ss.

<sup>11</sup> ZWEIGERT, y KÖTZ, op. cit., p. 50, SCHWENZER, op. cit., p. 72.

<sup>12</sup> DANNEMANN, Gerhard. *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?* En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), op. cit., pp. 387 s.

El defensor más acérrimo de esta reivindicación de la diferencia es Pierre Legrand. Según este autor, asumir la similitud siempre será un acto etnocentrista, toda vez que implica la integración forzada del objeto de estudio a un esquema predeterminado por su entendimiento del derecho nacional. La afirmación de igualdad entre elementos siempre será producto del poder discursivo del observador.<sup>13</sup> Acusa al funcionalismo de ser mecanicista y no promover el entendimiento de otros sistemas legales al limitarse exclusivamente a los resultados prácticos de una norma.<sup>14</sup> Se trata de estar consciente de que el jurista analiza desde una cierta perspectiva que aporta muchas presuposiciones implícitas, y esa conciencia solo es posible partiendo de la base de la diferencia al emprender una investigación comparativa.<sup>15</sup> Debe conformarse con que el derecho es un fenómeno cultural y dedicarse a identificar las diferencias en los sistemas que compara.<sup>16</sup>

Esta postura exige renunciar a la posibilidad de depurar artificialmente el objeto de estudio y asumir el derecho en su estrecha relación con las particularidades sociales y culturales en las que está situado. Como ya se mencionó anteriormente, estas posturas que afirman la diferencia tienden a ampliar el campo propio del derecho comparado. Si bien esta visión metodológica tiene la virtud de sinceridad académica y de respeto y consideración multicultural, su particularismo extremo arroja serias preguntas referentes a la delimitación y utilidad de la disciplina. Tampoco se divisa la posibilidad de un juicio crítico respecto los sistemas jurídicos, ya que cualquier conclusión se vería manchada con la sospecha de imposición cultural. Para efectos de nuestro estudio parece importante considerar los prejuicios y presuposiciones implícitos en cada tradición jurídica, pero reservándonos la posibilidad de un enfoque crítico.

Por lo tanto, debemos descartar esta visión para nuestro propósito (por mucha plausibilidad que pueda tener desde el punto de vista de la relación entre conocimiento y poder<sup>17</sup>).

---

<sup>13</sup> LEGRAND, Pierre. The Same and the Different. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.), op. cit., p. 255.

<sup>14</sup> *Ibíd.* p. 293.

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 280.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 288.

<sup>17</sup> En relación con procesos judiciales véase FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 65 ss., de forma más general en relación a la ingenua creencia en la verdad

Por lo tanto, es adecuado buscar una *postura intermedia*, que no padezca del simplismo etnocentrista disfrazado de desencanto metodológico, pero tampoco caiga al vacío relativista que conlleva la teoría de la diferencia.

Se presentan varias opciones, entre ellas un *funcionalismo renovado*, basado en un constructivismo luhmanniano (que intenta excluir los prejuicios de similitud)<sup>18</sup> o un *neo-romanticismo* basado en una visión del derecho dworkiniana (que intenta rescatar la importancia de la diferencia dentro del debate normativo).<sup>19</sup>

Sin embargo, para el estudio comparado del proceso penal y el derecho de la CPI se requiere, adicionalmente, un enfoque que, por un lado, tematice la problemática de las relaciones de poder y las presuposiciones implícitas de los miembros de una comunidad jurídica, pero, por el otro, nos otorgue una base para hacer un juicio crítico respecto a un arreglo jurídico determinado. Estimo que el marco conceptual y metodológico más adecuado para nuestro propósito es el que nos ofrece Mirjan R. Damaska, por las razones que expondré en el próximo apartado.

### **3. Damaska y el derecho comparado**

Considero que la obra de Damaska puede ser considerada entre las posturas intermedias porque no creo que tome partido por un énfasis en lo universal o particular. Su obra se centra en el análisis de los procesos legales y las estructuras de poder que les sirven de base.

Si bien sus ideas están dirigidas a buscar mayor claridad en el entendimiento de sistemas legales y figuras jurídicas, no pretende alcanzar esta claridad mediante simplificaciones e igualaciones apresuradas, sino que, por el contrario, busca detectar y desenmascarar tendencias y

---

en las ciencias véase NIETZSCHE, Friedrich. *Menschliches, Allzumenschliche*, § 11 En: SCHLECHTA, Karl (Ed.) *Friedrich Nietzsche - Werke I*, Berlin, Ullstein Materialien, 1969, p. 453.

<sup>18</sup> MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.), *op.cit.*, p. 342.

<sup>19</sup> WHITMAN, James. *The Neo-Romantic Turn*. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.), *op. cit.*, p. 343.

lógicas encubiertas que una visión simplista precisamente habría mantenido en penumbra. Su afán de clarificar no se funda en prejuicios, sino que justamente en su superación para un mejor entendimiento entre comunidades jurídicas. Eso explica su permanente preocupación por cuestionar las opiniones pre-constituidas en las mentes de abogados de una u otra tradición jurídica.

a. *Ventajas del enfoque de Damaska*

En concreto, para el estudio comparado de la prueba en los procesos penales y ante la CPI, la obra de Damaska nos ofrece las siguientes ventajas:

En primer lugar, *excluye el peligro de presuponer universalidad* y aplicabilidad general de arreglos procesales de un determinado sistema jurídico.

Una de las dificultades durante las negociaciones sobre el estatuto de la CPI era justamente que los abogados involucrados generalizaban y consideraban superiores las soluciones jurídicas de su propio sistema.<sup>20</sup> Como ya he aludido, la actitud intelectual de Damaska se propone cuestionar estas presuposiciones para un mejor dialogo entre tradiciones jurídicas.

En segundo lugar, Damaska se preocupa de no vincular los modelos conceptuales, de forma necesaria o rígida, a los modelos reales. Su obra *libera el estudio comparado de la dicotomía entre derecho anglosajón y derecho continental*, otorgándonos herramientas analíticas independientes.

Debido a que el derecho procesal de la CPI constituye precisamente una combinación de esas dos tradiciones jurídicas, esa dicotomía ha sido dominante al momento de analizar sus normas jurídicas. De esa forma, generalmente se vinculan las disposiciones del estatuto a normas o lógicas procesales de un país de una u otra tradición. Las categorías de Damaska nos ofrecen

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ, Silvia. The Process of Negotiations. En: LEE, Roy. International Criminal Court- The Making of the Rome Statute, Cambridge, Kluwer Law International, 1999, p. 220.

nuevas posibilidades de evaluar los méritos de los arreglos procesales debido a que colocan los sistemas procesales nacionales y el derecho procesal de la Corte en un *mismo nivel analítico*.

Vimos que teorías simplistas tienden a limitar excesivamente el objeto de comparación, que por el otro lado, teorías de la diferencia lo amplían excesivamente.

Un tercer beneficio de la visión de Damaska es que *su estudio de los procesos legales se extiende a las formas de comprender el derecho y a las estructuras del poder del estado*.

En nuestro trabajo, esa extensión del objeto de estudio nos dará la posibilidad de revisar, por ejemplo, cómo las motivaciones del establecimiento de una Corte Penal Internacional y, en general, los fines del derecho penal internacional pueden influir en los arreglos procesales en materia probatoria. Sin embargo, no amplía el objeto a factores ilimitados haciendo inabordable su manejo.

Esta sintonía con el contexto político que nos ofrece la obra de Damaska nos permite incluir al estudio comparado las diferencias entre procesos legales ubicados en sistemas jurídicos nacionales y procesos legales en el contexto internacional, y hace posible apreciar cómo esa diferencia puede cambiar la pertinencia o función de ciertos arreglos procesales.<sup>21</sup>

*b. Delimitación de la obra de Damaska*

Lo anterior expone las principales ventajas del enfoque de Damaska para nuestros propósitos. Adicionalmente, el hecho que sea un experto en materias de derecho procesal penal, procesos comparados y derecho probatorio hace evidente la pertinencia de sus ideas para este trabajo. A continuación se indican las obras que servirán de pilares a la presente investigación (en orden lógico, no cronológico de publicación):

---

<sup>21</sup> Sobre la importancia del contexto en el derecho penal comparado ESER, Albin. Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. En: ALBRECHT, H.-J., DÜNKEL, F., et al. (Eds.). Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 1521.

En cuanto al *derecho procesal penal*, la obra en que me basaré es “*Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*” (1973) en la cual Damaska recorre las figuras probatorias en procesos anglosajones y continentales para dilucidar si en los procesos legales del common law efectivamente hay más obstáculos para alcanzar una condena que en los sistemas continentales, sopesando cuidadosamente las tendencias favorables a esa conclusión con tendencias contrarias a la misma. Como veremos, esta obra nos ayudará a considerar las relaciones mutuas entre distintos arreglos probatorios dentro del proceso penal.

En cuanto al *derecho probatorio*, la obra de referencia es “*Evidence law adrift*” (1997) que vincula las características más sobresalientes de los sistemas probatorios con su entorno institucional. Las distinciones esbozadas en esta obra nos otorgaran una base sólida para evaluar la coherencia entre disposiciones probatorias y contextos institucionales, tanto en los sistemas nacionales como el de la CPI.

En cuanto a *procesos comparados*, están tratados en la obra más famosa de Damaska, “*Las caras de la justicia y el poder del estado*” (1986). En esta faceta su pensamiento se desprende completamente de la división entre *common law* y derecho continental como base analítica, creando modelos ideales independientes para el análisis comparado de los procesos, distinguiendo procesos de resolución de conflictos de aquellos de implementación de políticas, y rastreando las afinidades y los efectos de la ubicación de estos procesos en estructuras de poder jerárquicas o paritarias. Esta obra nos permite contar con una comprensión más completa en las relaciones entre las normas probatorias y su contexto procesal y político.

A continuación haremos una breve reconstrucción del esquema analítico de Damaska relacionado con el derecho probatorio y el derecho procesal penal, es decir, basándonos principalmente en las dos primeras obras mencionadas.

#### **4. Criterios para el análisis de sistemas probatorios penales**

En este apartado pretendo adecuar los criterios de distinción identificados por Damaska al tema de este trabajo. Al respecto me interesa especialmente reconstruir un enfoque

independiente de los sistemas procesales reales que contenga criterios abstractos para analizarlos en sus aspectos probatorios. Lo decisivo es seguir al profesor de Yale en su preocupación por las consecuencias del entorno institucional para los arreglos procesales y las disposiciones probatorias.

Por lo tanto, en primer lugar, se identificarán, en forma de extremos opuestos, los factores institucionales relevantes que servirán para definir dos tipos de procesos ideales. En segundo lugar, se desarrollarán las características procedimentales que tienden a producir estos factores institucionales. En tercer lugar, se indagará cómo estas características se manifiestan en los procesos penales.

a. *Factores institucionales determinantes para el derecho probatorio*

Damaska distingue cuatro factores institucionales que condicionan los arreglos probatorios.

Primero, dos factores orgánicos consistentes en la presencia o ausencia de adjudicadores legos (factor lego/profesional) y el carácter bifurcado o unitario de la corte (factor de bifurcación/unión).

Además distingue un factor procedimental referente a la concentración del juicio (“*day in court*”) o su estructura en etapas sucesivas, incluyendo etapas preliminares y de revisión posterior (factor de concentración/sucesión episódica).

Finalmente, algunos juicios presentan el control procesal polarizado de las partes a diferencia de otros en los que la actividad procesal se concibe como una actividad conjunta entre el adjudicador y las partes (factor bipolar/unipolar).

(i) En cuanto al *factor lego/profesional*, las consecuencias de la presencia de adjudicadores legos en el proceso, por si solas, no determinan gravemente los arreglos probatorios. Como se verá, la importancia de este elemento aumentará dependiendo si estamos frente a una corte

unitaria o bifurcada. Independientemente de lo anterior, se pueden distinguir ciertas implicancias de la presencia lega en el proceso:

En primer lugar, se manifiesta en la *sensibilidad emocional* al conocer y juzgar.

El adjudicador lego presentará un mayor grado de vinculación entre su actividad judicial y su sensibilidad emocional. La falta de experiencia y rutina en su labor lo hace susceptible de dejarse influenciar de forma excesiva por los sentimientos que surgen de la crueldad, simpatía, hostilidad etc., peligro acrecentado por el hecho que la falta de comparación necesariamente le impide situar estos elementos en su debida proporción.

En contraste, el adjudicador profesional rutinizado (*case-hardened*) tendrá mayor distancia emocional con el caso concreto y experiencia comparativa al atribuir importancia a elementos probatorios “emocionalmente cargados” o equívocos en los ojos de un inexperto.<sup>22</sup>

Cabe hacer hincapié en que no necesariamente todos los tribunales legos conllevan inexperiencia. Existen procesos en los que los legos intervienen frecuentemente en múltiples casos, mantienen su cargo por varios años y desarrollan una cierta rutina en sus labores. También influye el proceso de selección y formación que reciben los legos antes de entrar en sus funciones y que posiblemente mitigue este factor. Por lo tanto, este aspecto de inexperiencia y sensibilidad lega solamente se considerará de forma marginal y en conexión con otros factores institucionales.

En segundo lugar, la relevancia de la presencia lega en el proceso se manifiesta en relación a formas de *deliberación secreta en grupo dirigida a lograr unanimidad*.

En otras palabras, la importancia del elemento lego aumenta si el juicio integra una lógica de argumentación grupal dirigida a que posturas iniciales divergentes culminen en una decisión

---

<sup>22</sup> DAMASKA, Mirjan. Evidence law adrift. New Haven/ London, Yale University Press, 1997, pp. 30 s.

unánime, tras un trabajo de presentación de razones y de persuasión. En concreto, los sujetos en estos juicios estarán orientados a producir razones plausibles para la futura argumentación grupal.

En contraste, en juicios con órganos de adjudicación profesionales, sean uni- o pluripersonales, los sujetos estarán orientados a alcanzar el convencimiento individual de cada adjudicador, y no a considerar un contexto de argumentación intersubjetiva.<sup>23</sup>

En tercer lugar, la relevancia de adjudicadores legos se manifiesta en relación a la *ausencia de motivación y el carácter inimpugnable de sus veredictos*.

Ambos aspectos corresponden a mecanismos de control del poder estatal que no son exigibles a decisiones de adjudicadores legos. Por lo tanto, la ausencia de medios de control ex-post a disposición de las partes en juicios con presencia lega debe compensarse con la existencia de arreglos procesales ex-ante, medios que prevengan una decisión deficiente.<sup>24</sup>

En contraste, en los juicios con adjudicadores profesionales, si bien también pueden tener sentido medidas que eviten ex-ante errores en el juzgamiento, estas no tendrán tanta importancia ante la transparencia de las razones y la posibilidad de impugnación posterior.

También respecto a este punto es necesario señalar que no es una exigencia conceptual sino que un aspecto que se extrae típicamente del carácter de lego y que es necesario por razones de legitimidad institucional<sup>25</sup>, por lo que es posible concebir sistemas en que, en cierta medida, tribunales legos justifican sus decisiones.<sup>26</sup> Por lo mismo, la importancia de este aspecto se debe apreciar en relación al factor que se trata a continuación.

---

<sup>23</sup>Ibíd. pp. 37 s.

<sup>24</sup> Ibíd. pp. 44 ss.

<sup>25</sup> Entre otras razones, por la falta de competencia y familiaridad de tribunales legos con las formas de expresar y formular justificaciones, ibíd. p. 43.

<sup>26</sup> Un caso es la interacción informal entre el juez y el jurado en los tribunales ingleses del siglo XVII, según el relato de su práctica en LANGBEIN, John. *The Criminal Trail before the Lawyers*. The University of Chicago Law Review, T. 45, N° 2, 1978, p. 289.

(ii) En cuanto al *factor bifurcación/unión*, constituye un criterio analíticamente diferente al elemento lego, pero puede potenciar las consecuencias vistas anteriormente. Los juicios en los que la determinación fáctica se separa de las decisiones jurídicas presentan ciertas características relevantes para apreciar los arreglos probatorios.

La bifurcación divide de forma efectiva los *ámbitos cognitivos de decisión referentes a la admisibilidad y valoración probatoria*, cuya división es psicológicamente poco plausible en cortes unitarias. Es cuestionable que un juez de una corte unitaria pueda, por ejemplo, ignorar completamente en la valoración la información que él mismo declaró inadmisibile por ser derivativa. En cambio, en caso de bifurcación, se presenta al adjudicador de los hechos la evidencia de forma ya “purificada”, permaneciendo este ignorante de la información que no logró pasar el filtro de reglas de exclusión.<sup>27</sup> Por lo tanto, juicios que presentan la bifurcación aseguran la vigencia y cumplimiento de arreglos probatorios que presuponen la posibilidad de separación de ámbitos cognitivos, impidiendo la “contaminación” de información inadmisibile que se produce en las mentes de órganos adjudicadores unitarios.

Esta separación de ámbitos es posible por la ausencia de control, por parte del juez, de la valoración que haga el jurado. La bifurcación, en su extremo, supone la *improcedencia de comentarios por parte del juez del mérito de la actividad probatoria, de revisión de la decisión del jurado o de cualquier otro tipo de influencia en la valoración*. Por lo tanto, se puede apreciar que el elemento lego puede estar integrado al proceso, en un extremo, de forma aislada en un tribunal bifurcado (libre de influencias del juez profesional referentes al mérito), o en forma unitaria en un panel mixto (interactuando con jueces profesionales en asuntos tanto legales como de mérito probatorio). Retomando la conexión con el deber de justificar, en el primer caso no se exigirá a los legos dar razones de su decisión, en el segundo caso sí se exigirá al juez profesional integrar las deliberaciones legas en la motivación de la decisión.<sup>28</sup> También en este caso se pueden presentar estructuras intermedias, en los cuales se toman decisiones en paneles separados, pero hay una interacción más o menos formal entre el juez profesional y el jurado.

---

<sup>27</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), p. 47 ss.

<sup>28</sup> Para un contraste entre participación lega aislada e integrada en procesos penales véase LANGBEIN, John. Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? *American Bar Foundation Research Journal*, N° 1, 1981, pp. 214 ss.

(iii) En cuanto al *factor de concentración/sucesión*, este determina, en primer lugar, el *volumen y la calidad de la información* que va integrar la fase probatoria del juicio.

Juicios concentrados que no admiten suspensiones, interrupciones, ni etapas posteriores de revisión, tienden a presentar mecanismos para que la base de información que se somete al probatorio sea lo más limitada posible y reducida a los aspectos más esenciales y necesarios para llegar a un veredicto.

En cambio, juicios que se desarrollan en etapas sucesivas y que admiten amplias causales de interrupción y continuación no crean la necesidad de reducción radical del volumen de información por lo cual las normas son más generosas al momento de evaluar la relevancia con el objeto del juicio.<sup>29</sup>

En segundo lugar, este factor es determinante en relación a la *posibilidad de revisar la fuente probatoria*.

En juicios concentrados no hay tiempo ni oportunidad de evaluar la calidad de las fuentes, por lo cual se justifica una tendencia más restrictiva en cuanto a requisitos de procedencia de la información para poder hacer valer los medios probatorios respectivos. En contraste, en sistemas que se desarrollan en etapas sucesivas, hay amplias posibilidades de discutir cuestiones referidas al origen de la información.<sup>30</sup>

En tercer lugar, en caso de procedimientos concentrados, el valor de la celeridad se eleva a tal grado que genera una actitud favorable a tomar una decisión final incluso sin explorar todas las fuentes de información potenciales, mientras que los procedimientos episódicos tienen vocación de abarcar todas las pruebas relevantes antes de fallar el caso.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), pp. 61 s.

<sup>30</sup> *Ibíd.* pp. 64 s.

<sup>31</sup> *Ibíd.* pp. 67 s.

Finalmente, en los procedimientos concentrados los adjudicadores pueden ser confrontados repentinamente con evidencia fresca que no han examinado previamente, mientras que en los procedimientos episódicos los adjudicadores se familiarizan gradualmente con los hechos y los medios para probarlos a lo largo de las etapas sucesivas, sin que exista mucho campo para vuelcos sorpresivos.<sup>32</sup>

Sin embargo, según el autor que citamos, existe una tendencia de aproximación de los sistemas reales en este aspecto, por lo cual no nos centraremos en este factor a lo largo de la investigación. Lo tomaremos en cuenta al tratar la estructura de los tribunales respectivos en cuanto a la posibilidad de impugnar las resoluciones.

(iv) En cuanto al *factor bipolar/unipolar*, en los extremos, el control de la actividad probatoria (y procesal) puede estar radicada en las partes y sus abogados, condenando al juez a la pasividad de un árbitro, o puede encontrarse en manos del mismo juez quien, colaborando con las partes, se encarga de procurarse la base factual necesaria para poder tomar una acertada decisión.<sup>33</sup>

En la primera hipótesis, *cada parte presenta su propio caso* que contiene su versión de los hechos.<sup>34</sup> Ante la pasividad del juzgador, nadie asistirá ni complementará la versión que presenta cada parte, por lo tanto *el resultado de la actividad probatoria es de exclusiva responsabilidad de cada parte* y un resultado desfavorable se percibe como fracaso de la parte vencida. Ante la presión de las partes de presentar su caso en la versión más fuerte, se hace absolutamente indispensable la asistencia de profesionales en la materia, *siendo protagónico el rol del abogado* y su estrategia procesal.<sup>35</sup> Existen incentivos para que los medios probatorios estratégicamente más favorables a una atractiva puesta en escena de la postura partidaria cobre más importancia

---

<sup>32</sup> *Ibíd.* p. 68 ss. y sobre la aproximación, pp. 129 ss.

<sup>33</sup> En este lugar no se analizará si esta distinción corresponde a distintas posturas epistemológicas sobre la posibilidad de alcanzar la verdad, como en TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, T. XV, diciembre 2003, pp. 207 s., o si corresponde a una cuestión psicológica del método de acceder a la verdad, como en JESCHECK, Hans-Heinrich. Principles of German criminal procedure in comparison with American law. *Virginia Law Review*, T. 56, 1970, p. 247 s.

<sup>34</sup> DAMASKA, *op. cit.* (n. 22). pp. 91 s.

<sup>35</sup> *Ibíd.* p. 75.

que su mérito probatorio: *lo persuasivo se favorece a lo revelador*.<sup>36</sup> El valor equilibrante de esta bipolaridad es la “igualdad de armas” (“*fairness*”) y el juez es el encargado de velar por el cumplimiento de las reglas formales que la aseguran, pero nunca inmiscuyéndose en las cuestiones de contenido o mérito probatorio. Cualquier intervención del juez dirigida a buscar una versión factual más adecuada a la verdad se percibe por las partes como un grave quiebre de la imparcialidad del juez.<sup>37</sup>

En cambio, en la hipótesis de unipolaridad, *corresponde al juez la responsabilidad de decisión acertada* conforme a la verdad. Por lo tanto, en el caso de incoherencias o vacíos en el relato factual se procurará los medios para adquirir más claridad. Las partes y sus abogados son concebidos como asistentes en una *actividad común* dirigida a una decisión acertada (si bien pueden colocar los énfasis en puntos distintos).<sup>38</sup> El postulado de imparcialidad no exige pasividad, por el contrario, la justicia exige exploración amplia de los hechos para alcanzar una decisión judicial correcta.<sup>39</sup>

*b. Consecuencias probatorias según entorno institucional*

Acabamos de esquematizar y caracterizar entornos institucionales extremos que pueden presentar los procesos según el criterio de Damaska.

Este esquema nos permite distinguir, en un extremo, procesos en que el tribunal se encuentra bifurcado, recayendo la determinación de los hechos de forma aislada en un panel de legos, exigiendo el procedimiento celeridad del juicio en una sola etapa, y situando el control sobre la actividad procesal en manos de las partes bajo el impulso partisano de sus abogados. Ante la necesidad de escoger un término, me referiré a este extremo como *modelo adversarial* (término claramente imperfecto, debido a que su significado solamente abarca el aspecto bipolar del

---

<sup>36</sup> *Ibíd.* p. 99 s, sobre la importancia del surgimiento de los abogados para el desarrollo del factor bilateral consúltese LANGBEIN, John. Historical foundation of the law of evidence: A view from the Ryder Sources. *Columbia Law Review*, T. 96, 1996, p. 1197.

<sup>37</sup> DAMASKA, *op. cit.* (n. 22), pp.121 ss.

<sup>38</sup> *Ibíd.* p. 93.

<sup>39</sup> Empleando la terminología de Taruffo, se podría distinguir la función retórica (factor bipolar) y la función epistemológica (factor unipolar) de la prueba, TARUFFO, *op. cit.*, p. 208.

proceso). Tengo que enfatizar que conscientemente no me apresuro a llamar este tipo de proceso “de resolución de conflicto” a pesar de que integra varios elementos que Damaska le atribuye a ese modelo, debido a que algunos de sus aspectos se relacionan con el sistema judicial y no solamente con el proceso mismo (por ejemplo la concentración es un elemento conceptual de sistemas judiciales paritarios y no de procesos como resolución de conflictos, por mucha afinidad que puedan tener con estos últimos).

En el extremo contrario nos encontramos con procesos con jueces profesionales en cortes unitarias, procedimientos que se desarrollan en etapas sucesivas con varias oportunidades de revisión y la actividad procesal se concibe como un esfuerzo común entre el tribunal y las partes. A pesar de no tratarse de un concepto de proceso definido negativamente, me referiré a este tipo de proceso como *modelo no adversarial* para evitar equívocos que surgen de referirse a él como modelo inquisitivo.<sup>40</sup> Por razones análogas a las indicadas arriba, no me refiero a este modelo como proceso de implementación de políticas.

Habiendo definido dos conceptos opuestos de proceso en relación a su entorno institucional y aclarado la terminología que se aplicará, procede explorar con Damaska las implicancias en cuanto a los arreglos probatorios en cada caso, primero en términos generales y después para aspectos particulares del proceso penal. Para eso se distinguen tres ámbitos: el ámbito de exclusión previa al juicio (i), el ámbito de la rendición de prueba en juicio (ii) y el ámbito de evaluación del resultado probatorio (iii).

(i) En cuanto a la *exclusión de las pruebas antes de su presentación en juicio*, en los modelos adversariales existen incentivos para excluir y filtrar medios de prueba de forma preliminar bajo complejas reglas de exclusión de prueba. Este tipo de proceso presenta una fuerte *orientación profiláctica*.<sup>41</sup> Existe una preocupación especialmente pronunciada de que el valor probatorio de los medios pueda ser malinterpretado una vez presentados en juicio.

---

<sup>40</sup> Para una caracterización de la problemática del término “inquisitivo” véase DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. University of Pennsylvania Law Review, T. 121, 1973, p.556 ss.

<sup>41</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), pp. 12 ss.

Esta preocupación se desprende, en primer lugar, de que un panel aislado de legos es más susceptible de valorar de forma desproporcionado ciertos medios de prueba. Adicionalmente, durante el juicio no es procedente que el juez influya sobre aspectos de mérito y tampoco es viable una revisión e impugnación ex post de la decisión. Estos aspectos incentivan arreglos probatorios tendientes a controlar y modificar ex-ante la información que será sometida al jurado (actúa el factor lego).<sup>42</sup>

A eso se agregan las presiones propias de un procedimiento concentrado, que excluye una amplia revisión de la información sometida e impone reducir al mínimo la base de información expulsando todo aspecto de menor valor probatorio o respecto al cual no se tendrá el tiempo para apreciarlo en su debida proporción (actúa el factor de concentración).<sup>43</sup>

Esta tendencia de exclusión probatoria preliminar se ve acrecentada por la necesidad de mitigar el impacto de la presentación de pruebas unidireccional y estratégica de las partes, y permite prevenir que medios efectistas pero de inferior valor probatorio alcancen los ojos de juzgadores inexpertos (actúa el factor bipolar y lego).

Por lo mismo, el escenario partisano exige instancias de impugnación de los elementos probatorios de la parte contraria, precisamente para contrarrestar su afán efectista, y la forma de efectuarlo es mediante reglas de exclusión ex-ante debido a que la concentración del juicio no permite una amplia indagación del medio de prueba (especialmente si se trata de un medio de prueba derivativo y no original) y tampoco permite una impugnación ex-post (debido a que el jurado no justifica ni publica el razonamiento de su decisión, ni hay posibilidad de apelación). Como se aprecia, actúan conjuntamente el elemento bipolar, de concentración, bifurcación y lego para generar un terreno fértil de arreglos y normas de exclusión previa de material probatorio que presenta dudoso valor probatorio.

Por el otro lado, modelos no adversariales no exigen arreglos probatorios de exclusión tan complejos y restrictivos para evidencia que pueda ser mal abordada, debido a que se confía en

---

<sup>42</sup> En cuanto a la plausibilidad histórica de esta lógica véase LANGBEIN, op. cit. (n. 36), p. 1195.

<sup>43</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), pp. 61 ss.

que los juzgadores profesionales y experimentados en una corte unitaria no den un valor probatorio inadecuado a la prueba presentada, estableciéndose un filtro preliminar menos exigente (actúa el factor profesional e unitario).

Cabe considerar que incluso en el caso que legos integren las cortes, su carácter unitario hará posible tipos de compensación de las deficiencias del elemento lego, alternativos a la orientación profiláctica, como son la influencia informal directa de los jueces profesionales en la deliberación, la exigencia de motivación y la posibilidad de apelación posterior.<sup>44</sup>

El juicio es susceptible de interrupciones, suspensiones y la decisión puede ser impugnada y revisada en otras instancias, por lo tanto, el momento preliminar es solamente una de varias posibilidades de controlar el material probatorio en la que se base el fallo (actúa el factor episódico).

Además, se considera que las partes asisten al juez en una indagación común, por lo cual no tenderán a presentar pruebas poco reveladores pero efectistas que de todas formas no impresionarían mucho a un juzgador experto (actúan el factor unipolar y profesional), por lo tanto se justifican arreglos de exclusión más laxos.

(ii) En lo referente al *ámbito de presentación de pruebas*, vimos que el modelo adversarial tenderá a mantener reducida la base de información y los medios de prueba que se presentarán. Sin embargo, para el caso que información deficiente pase el filtro preliminar y surjan cuestiones de admisibilidad durante el juicio, *el factor de bifurcación hace practicable la aplicación efectiva de reglas de exclusión* durante el juicio, permitiendo que el jurado quede totalmente ignorante de la información excluida.<sup>45</sup>

El predominio de consideraciones estratégicas y el manejo de las partes de la rendición de la prueba aumentan la preocupación por evidencia falsa o deficiente ya que las partes se encuentran bajo la responsabilidad y la presión de persuadir de su versión de los hechos, y ante la pasividad

---

<sup>44</sup> LANGBEIN, op. cit. (n.28), p. 202.

<sup>45</sup> DAMASKA, Mirjan. *Of Hearsay and Its Analogues*. *Minnesota Law Review*, T. 76, 1992, p. 427.

y falta de asistencia del juez en la indagación de los hechos, se le atribuirá a ella el fracaso si no lo logran (actúa el elemento bipolar).<sup>46</sup>

Los medios de prueba se consideran pertenecientes a una u otra parte para fortalecer una versión parcial de los hechos.

Para contrarrestar los peligros del cálculo estratégico es indispensable contar con *oportunidades igualitarias para impugnar la rendición de la contraria*, surgiendo la institución de cross-examination en la toma de declaraciones.<sup>47</sup> Cada una de las partes dirige las preguntas al declarante en la forma que beneficie su versión de los hechos, reservándose la contraria el derecho de impugnar y solicitar el retiro de las preguntas que realiza, permaneciendo el juez esencialmente pasivo, resolviendo las cuestiones de exclusión que se aleguen.

Las oportunidades de impugnación durante el juicio son aún más importantes teniendo en cuenta que no habrá instancia de apelación posterior a la que se pueda acudir ante la decisión del jurado (actúa el factor lego con el factor bipolar).

Desde otro punto de vista, el control exclusivo de las partes implica gran campo de *actuación de su voluntad en la normativa que regula la prueba*: se admiten renunciaciones a disposiciones probatorias, que las partes pueden moldear según sus necesidades, al igual que acuerdos probatorios de generosa amplitud.<sup>48</sup> La pasividad del juez no le permite cuestionar estas convenciones.

Potenciado por el predominio de la presentación estratégica de pruebas, las limitaciones de la concentración y la imposibilidad de una indagación más profunda respecto a la fuente probatoria hacen plausible una mayor gama de causales de exclusión en juicio. Esto con mayor razón en vista que no se admiten interrupciones para completar la base fáctica (actúa el factor de concentración). Este mismo factor determina una *baja tolerancia a la presentación tardía o*

---

<sup>46</sup> DAMASKA, (n. 22), pp. 84 ss.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pp. 79 ss.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, pp. 86 s.

*extemporánea de medios probatorios*, asumiendo el riesgo de que no se logre probar todos los hechos en favor de la celeridad del juicio. Ante esta situación, el adjudicador enfrenta evidencia “fresca”: no tuvo oportunidad de familiarizarse antes ni tendrá ocasión para revisarla después en etapas posteriores.<sup>49</sup>

Por el contrario, en un proceso no adversarial, *la efectividad de la aplicación de arreglos de exclusión probatoria es psicológicamente poco realista*, debido a que la misma corte que toma la decisión final debe resolver la exclusión, y en caso que prospere, suprimirla de sus consideraciones de hecho. Frente a este escenario de dudosa efectividad no se dan las condiciones para que nazca una amplia normativa de exclusión de prueba durante el juicio (opera el factor unitario).

Adicionalmente, una amplia normativa de ese tipo no es necesaria. La idea de indagación común entre el juez y las partes desincentiva conductas procesales estratégicas y perjudiciales a la acertada determinación de los hechos.<sup>50</sup> El juez puede solicitar que se aclaren puntos confusos y se complementen vacíos en la base fáctica. Los medios de prueba son comunes y funcionales al esfuerzo de aclaración de los hechos. Por lo mismo, no está entregada a la voluntad de las partes la aplicación de las normas probatorias y las posibilidades de acuerdo están estrictamente restringidas (opera el factor unipolar).

La presentación de pruebas derivativas es menos problemática, ya que se cuenta con varias oportunidades para indagar la solidez de su fuente, por lo cual se puede ser más laxo en su exclusión. El adjudicador está familiarizado con el material probatorio por etapas anteriores y, en general, se admite la posibilidad de interrupciones para completar y perfeccionar la base fáctica, al igual que presentación de pruebas de forma tardía si son necesarias para esos efectos.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pp. 67 s.

<sup>50</sup> Bajo este paradigma extremo se concibe la existencia de una comunidad en el esclarecimiento bajo dirección judicial (*Aufklärungsgemeinschaft unter gerichtlicher Führung*) según PÉREZ, Álvaro y NUÑEZ, Raúl. Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweisbeschaffung im Zivilprozess: der Vorschlag des chilenischen Reformentwurfs im Kontext der internationalen Diskussion. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, T.14, 2009, p. 362.

Se agrega que no existe presión de ampliar las causales de exclusión durante el juicio debido a que, si la apreciación que hace el fallo es deficiente, se ofrece la oportunidad de revisión posterior (factor episódico).

Se puede concluir que, atendido al entorno institucional del modelo adversarial la exclusión de prueba durante el juicio es, por un lado, *indispensable*, por el otro lado, *altamente efectiva*, mientras en el modelo no adversarial no se acentúa esa necesidad de exclusión, que de todas formas se puede aplicar sólo defectuosamente.

(iii) *En relación al ámbito de evaluación de la prueba*, algunos arreglos probatorios propios de modelos adversariales tienden a anticiparse a los efectos de la presentación de la prueba en un contexto de deliberación grupal. Pretenden excluir o quitarle peso a futuros argumentos en las discusiones secretas del jurado. El ejemplo más notorio son las instrucciones que el juez da al jurado.

Estos arreglos no tendrán sentido alguno en contextos de corte unitaria de convicción personal y fallos razonados (factor lego y factor de bifurcación).<sup>51</sup> La misma bifurcación hace plausible normas que se basan en la distinción conceptual entre relevancia probatoria (en el ámbito del juez) y credibilidad del medio de prueba (en el ámbito de la evaluación del jurado)<sup>52</sup>, mientras que en sistemas no adversariales de corte unitaria el contexto institucional no admite el desarrollo de reglas basadas en esa distinción.

Finalmente, cabe recordar que, para efectos de la evaluación, en los sistemas adversariales está a cargo de legos inexperimentados lo que genera el peligro de otorgar peso inadecuado a los medios de prueba, por lo cual no está demás reiterar que la amplia regulación probatoria en estos sistemas tiene como vocación anticiparse a estos déficit propios de la adjudicación lega (entre otros aspectos).

c. *Consecuencias particulares del entorno institucional en la prueba penal*

---

<sup>51</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), pp. 52 ss.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 55.

Vimos que ciertos factores propios del contexto institucional del proceso son determinantes para el sentido de arreglos probatorios. También caracterizamos de qué forma estos factores afectan la lógica de la actividad probatoria en procesos adversariales y no adversariales.

En este apartado revisaremos la forma en que estas tendencias se manifiestan en las particularidades del proceso penal. Para estos efectos volveremos a distinguir los tres ámbitos del apartado anterior.

(i) En cuanto a la *exclusión de pruebas antes de su presentación en juicio*, cabe mencionar, antes que todo, una distinción que se ha ignorado en los pasajes anteriores: la distinción entre normas de exclusión de carácter intrínseco y extrínseco.

Las primeras de carácter intrínseco están dirigidas a excluir evidencia que pueda perjudicar la determinación acertada de los hechos. Las segundas de carácter extrínseco excluyen pruebas por razones distintas, diferentes a la determinación de la verdad, por ejemplo, aquellas que se excluyen por provenir de actuaciones que afectan derechos fundamentales o aquellas relacionadas con privilegios testimoniales.<sup>53</sup>

En términos generales, las diferencias más pronunciadas entre modelos adversariales y no adversariales que vimos en el apartado anterior se refieren a las normas de exclusión intrínsecas. Sin embargo, el análisis de procesos penales nos obliga hilar más fino y considerar esa distinción.

Entonces, respecto a las *normas de exclusión intrínsecas*, los modelos adversariales tienden a necesitar un amplio espectro de admisibilidad y filtración, como se extrae de lo señalado hasta ahora. En cambio, en los modelos no adversariales no son ni necesarios ni practicables.

Sin embargo, los procesos penales modernos presentan ciertos principios que pueden actuar como contra-tendencias con efectos de exclusión en modelos no adversariales. En primer lugar,

---

<sup>53</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), p. 513.

el *principio de inmediación* exige una fuerte y preferencia por pruebas originales, produciendo sobre la base fáctica resultados análogos a algunas normas de exclusión preliminar propio de modelos no adversariales.<sup>54</sup>

En segundo lugar, *el principio de inocencia*, puede operar como mecanismo de exclusión, haciendo una labor análoga a muchas normas de admisibilidad intrínsecas relacionadas con conductas y delitos anteriores a los hechos que provocan el juicio que se presentan en los procesos adversariales.<sup>55</sup> Sin embargo, según el autor que comentamos, estos efectos de exclusión no se comparan con las limitaciones a la prosecución penal que establecen las normas de admisibilidad en procesos penales adversariales.<sup>56</sup>

En relación a *las normas de exclusión extrínsecas*, por ejemplo aquellas que excluyen evidencia obtenida de forma ilegal, cabe reiterar que, a pesar que existen en todos los procesos penales modernos, en un proceso penal adversarial la bifurcación permitirá mayor efectividad de su cumplimiento.

(ii) En cuanto al *ámbito de presentación de la evidencia*, el factor de la bifurcación tiene efectos característicos en cuanto al rol del fiscal que determinan varios arreglos procesales. Como vimos, este factor implica que cada parte se debe procurar su propia evidencia.

Para los procesos adversariales penales esto significa que *el fiscal debe preparar un caso "prima facie"* antes de presentar la prueba a los adjudicadores de hecho. Esto tiene varias consecuencias para las figuras procesales:

En primer lugar, en los procesos penales el rol del imputado es crucial, es el testigo más importante para esclarecer los hechos constitutivos del delito, ya sea porque los cometió, ya sea porque estuvo lo suficientemente cerca a los incidentes para ser perseguido. Por lo tanto, cabe indagar el tratamiento del *acusado como fuente probatoria*. Todos los procesos penales

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 517.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, pp. 518 s.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 519.

modernos reconocen el privilegio contrario a la autoincriminación, sin embargo, su fuerza dependerá de los factores institucionales del proceso.

El factor bipolar en los modelos adversariales implica la imposición al fiscal de la carga de presentar un caso *prima facie* con suficiente evidencia incriminadora antes de que tenga la oportunidad de interrogar al acusado.<sup>57</sup> Por lo tanto, el fiscal está obligado de acudir a otro tipo de material probatorio antes de poder aprovecharse de sus declaraciones. Se suma el protagonismo de los abogados en estos sistemas cuyo manejo del proceso desincentiva las declaraciones de las partes, en especial del acusado.<sup>58</sup> Así el principio de la no autoincriminación rige con particular fuerza en este tipo de modelo.

En los procesos no adversariales, si bien se consagra el mismo principio y el acusado tiene derecho a guardar silencio, el factor unipolar de la indagación le otorga al silencio del acusado un aire de sospechosa falta de colaboración con la labor común de esclarecimiento de los hechos.<sup>59</sup> Es plausible solicitar la declaración del acusado incluso antes de presentar otro tipo de información incriminadora, debido a que esto no se considerará favorecer una postura partidista del fiscal, sino un aporte a esclarecer lo que realmente ocurrió.

Sin embargo, cabe destacar que en este contexto unipolar, la *confesión del acusado* se considera uno de varios medios de prueba conducente a una acertada apreciación de los hechos, por lo cual de ninguna manera excluye un juicio o la toma de pruebas adicionales. Por el contrario, si el resultado de la actividad probatoria está institucionalmente sometido a la voluntad de las partes, como es el caso de los procesos adversariales, es lógico que la confesión de culpabilidad pueda ser la base de salidas negociadas sin que sea necesaria la realización de un juicio oral.<sup>60</sup>

En segundo lugar, la necesidad de preparación de un caso “*prima facie*” por el fiscal le da plausibilidad al surgimiento de *reglas de corroboración*, que exigen evidencia adicional antes

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 528.

<sup>58</sup> LANGBEIN, *op. cit.* (n. 26), pp. 307 ss.

<sup>59</sup> DAMASKA, *op. cit.* (n. 40), p. 527.

<sup>60</sup> JESCHECK, *op. cit.*, pp. 247 s.

que el caso pueda ser presentado ante los juzgadores, estableciendo estándares de exigencias más altos en caso de ciertos delitos, significando esto obstáculos adicionales para el fiscal en los modelos adversariales.<sup>61</sup>

En los modelos no adversariales y bajo la idea de indagación colaborativa, estas exigencias de sustancia probatoria anterior a la presentación de prueba carecen de sentido. Con mayor razón tomando en cuenta que en una decisión final razonada debe constar el peso otorgado a la evidencia para efectos de condenar y es posible impugnar posteriormente eventuales deficiencias.<sup>62</sup>

Según el autor comentado estas consideraciones nos dejan con la impresión que el fiscal encuentra más obstáculos probatorios en el contexto adversarial y que el acusado parece estar en una posición probatoria más favorable. Vimos que esto se debe principalmente a exigencias basadas en el factor bipolar de estos procesos, mientras que no tienen razón de ser en procesos unipolares bajo la noción de indagación colectiva.

Sin embargo, en relación a la *exhibición de evidencia*, este mismo factor unipolar también puede favorecer al acusado en un contexto no adversarial, debido a que tiene derecho a revisar su expediente y acceder a la información que maneja el fiscal, lo que de ninguna forma es aceptable en un contexto bipolar en que los medios probatorios se consideraría propios y exclusivos del fiscal o de la defensa. Por lo tanto, el acusado en procesos adversariales es ignorante de la prueba que el fiscal hará valer en su contra y está en peor situación para formular una acertada defensa.<sup>63</sup>

Además, el acusado en sistemas adversariales se puede ver en peor situación que su análogo frente a la prueba de circunstancias exculporias (e.g. legítima defensa). En modelos unipolares no hay tensión con el principio de inocencia y basta que el acusado afirme una de estas circunstancias para que el fiscal tenga que enfrentar la carga de probar lo contrario. Sin embargo,

---

<sup>61</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), p. 530.

<sup>62</sup> ESER, Albin. Collection and evaluation of evidence in comparative perspective. *Israel Law Review*, T. 31, N° 1-3, 1997, p. 436.

<sup>63</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), pp. 533 s.

en un entorno bipolar, este arreglo es inadmisibles y significaría un desequilibrio a la idea fundante que cada parte es responsable de presentar su caso y probar su versión de los hechos. Por lo tanto, en un contexto adversarial el acusado deberá probar las circunstancias exculpatorias que quiera aprovechar.<sup>64</sup>

Finalmente, a pesar de que todo sistema procesal penal moderno establece el *derecho a defensa jurídica por un abogado*, este principio tendrá una importancia crucial en los sistemas basados en el enfrentamiento partidario, en el que los abogados presentan la evidencia y realizan las prácticas de *cross-examination*, sin que el juez esté en condiciones de suplir deficiencias, como sí es el caso en modelos no adversariales.<sup>65</sup> Así, los dispositivos jurídicos para hacer cumplir este derecho a defensa tenderán a ser más rigurosos en modelos adversariales.<sup>66</sup>

(iii) En relación al ámbito de evaluación de evidencia, Damaska identifica *menor propensidad de condenar en contextos adversariales* que no adversariales: Esto debido a que legos no endurecidos sienten más cercanía con el caso concreto y son más difícil de persuadir, exigiéndose además unanimidad en sus decisiones.<sup>67</sup> El factor de bifurcación excluye la posibilidad de neutralizar estas propensidades mediante un control informal entre profesionales y legos, estando el juez limitado a la rígida instrucción de no condenar en caso de duda razonable.

A esto se suma la circunstancia que en los modelos adversariales el ejercicio bipolar de la presentación de prueba y la pasividad esencial del juzgador es susceptible de conducir a la necesidad de juzgar sin haberse satisfecho todas las exigencias cognitivas en su mente, y sin que este haya podido intervenir activamente para completar su entendimiento de los hechos. El resultado es la tendencia de un mayor grado de incertidumbre y *mayor facilidad que se produzcan dudas razonables* que en un escenario unipolar en el que el juzgador tiene la facultad intervenir activamente para disipar puntos poco claros.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup>JESCHECK, op. cit., p. 247.

<sup>65</sup> Ibíd., p. 248.

<sup>66</sup>ESER, op. cit. (n. 62), p. 431.

<sup>67</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), pp. 537 ss.

<sup>68</sup> Ibíd., p. 542.

d. *La verdad en modelos adversariales y no adversariales*

Este trabajo no tiene como objeto tratar la problemática de la verdad en el proceso. Sin embargo, es indispensable hacer unas breves observaciones al respecto antes de seguir avanzando.

En general, e independientemente de la posición que se tenga sobre la posibilidad de determinar la verdad en general o en un proceso, se puede afirmar con Damaska, que el método de determinación de los hechos en contextos adversariales es radicalmente diferente al método de determinación de los hechos que las personas emplean diariamente o que se aplican en otras áreas de las ciencias sociales. En ninguna disciplina que pretenda hacer una determinación fáctica se realiza una fragmentación artificial de la indagación en dos casos opuestos.<sup>69</sup>

Ante esta aseveración se puede optar entre dos conclusiones:

En primer lugar, que el juicio adversarial no está dirigido a determinar la verdad sino que a resolver conflictos. Esta conclusión sonará plausible desde un punto de vista escéptico que niega la posibilidad general o judicial de determinar una verdad objetiva.

En segundo lugar, se puede concluir que el juicio adversarial, al igual que el juicio no adversarial, está dirigido a obtener una decisión correcta en base a hechos verdaderos, sin embargo, busca otro “tipo” de verdad, es decir, una verdad interpretativa, producto de un procedimiento justo, y no una verdad ontológica.<sup>70</sup> Sin embargo, incluso aceptando, en este último caso, una orientación epistemológica de los modelos adversariales, salta a la vista que su método de

---

<sup>69</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), pp. 90 s., y planteando con ironía la adopción del método adversarial en nuestras decisiones personales LANGBEIN, John. Why Adversary Justice Fails. Frank G. Raichle Lecture Series on Law in American Society, 1997, pp. 160 s.

<sup>70</sup> GRANDE, Elisabetta. Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. En: JACKSON, John et al. (Eds.). Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Oxford/Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 147 s.

alcanzar una verdad procedimental se aleja incluso de los métodos que en la teoría dialéctica de la verdad se consideran aceptables, para la cual un punto de partida bipolar es insuficiente.<sup>71</sup>

De esa forma, y evitando profundizar en enfoques epistemológicos, concluimos, por ahora, con la afirmación que los *modelos adversariales presentan un menor compromiso que los modelos no adversariales con la determinación de la verdad*, ya sea que esta se entienda como verdad procedimental o verdad ontológica. Retomaremos el tema al abordar los fines del derecho penal internacional.

## **5. Recapitulación**

Comenzamos este capítulo planteándonos el interés del estudio del proceso y la prueba ante la CPI desde la óptica comparada y la necesidad de precisar la noción de derecho comparado.

Expusimos, de forma panorámica, los distintos enfoques del derecho comparado, apreciando sus ventajas y desventajas según los fines de la comparación y escogimos la postura de Damaska como la más adecuada para nuestros propósitos por la vinculación que realiza entre arreglos procesales, entorno institucional y formas de ejercicio del poder estatal, entre otras razones.

Abordamos una reconstrucción del pensamiento de dicho autor, aislando los factores institucionales relevantes para crear modelos ideales de análisis. Vimos las consecuencias tendenciales que en materia de regulación probatoria provoca la presencia de estos factores y cómo se manifiestan en el contexto del proceso penal y en la pregunta de la verdad en el proceso.

Ahora corresponde aplicar este esquema elaborado a los sistemas reales nacionales (trataremos la prueba penal estadounidense y alemana) y el sistema de la CPI. Por lo tanto, en lo que sigue identificaremos los factores institucionales de dichos sistemas y evaluaremos en qué medida algunos aspectos cruciales de la regulación probatoria se relaciona con dichos factores y en qué medida siguen las tendencias desarrolladas en este capítulo. Este ejercicio será de

---

<sup>71</sup> JACKSON, John. Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach. *Cardozo Law Review*, T. 10, 1988, p. 523.

particular interés respecto a la prueba ante la CPI que, a diferencia de los sistemas nacionales que analizaremos, pretende representar una fusión de elementos de modelos adversariales como no adversariales.

## CAPÍTULO II

### LA PRUEBA PENAL EN EL PROCESO ADVERSARIAL ESTADOUNIDENSE

#### 1. Introducción

Es común referirse al proceso legal estadounidense como “adversarial” o “acusatorio”, en oposición al sistema continental al que frecuentemente se califica con el término ambiguo de “inquisitivo”. La ambigüedad nace de los diversos significados asociados al término.

Desde un punto de vista histórico, el termino inquisitivo se refiere al tipo de proceso penal que regía en Europa entre los siglos XIII y XVIII y generalmente se le atribuye una connotación negativa asociada a procedimientos secretos, tortura e identidad del funcionario investigador y juzgador.<sup>72</sup> Los posteriores procesos “mixtos” mantuvieron algunos aspectos inquisitivos, pero introdujeron un funcionario acusador. Por lo tanto, un proceso inquisitivo se puede distinguir del acusatorio por la separación de las funciones de investigar y acusar de las de juzgar.

Sin embargo, también se usa el término “acusatorio” para referirse a procesos en los que el acusado tiene más amplias posibilidades de presentar prueba y ser oído, mientras que en procesos “inquisitivos” las posibilidades de defensa están más limitadas.<sup>73</sup>

Ninguno de estos contrastes nos sirve para revisar aspectos relevantes en relación a importancia de la configuración de los tribunales y los poderes del juez y las partes por lo cual evitaremos utilizar esa nomenclatura que enturbia más que aclara las diferencias entre distintos sistemas.

Gracias al esfuerzo de esclarecimiento conceptual hecho en el capítulo anterior, nosotros contamos con un conjunto de factores institucionales concretos y positivos que nos permiten

---

<sup>72</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), pp. 556-558.

<sup>73</sup> *Ibíd.* p. 561.

calificar un proceso de adversarial o no adversarial para efectos de evaluar el sistema probatorio. Por lo tanto, a continuación aplicaremos este esquema al sistema estadounidense para obtener una imagen concreta de su sistema adversarial, y posteriormente apreciar cómo este ambiente institucional se manifiesta en algunos aspectos de la regulación probatoria.

## 2. El jurado: presencia lega aislada en el proceso estadounidense

### a. Consagración constitucional del derecho a juicio por jurado y su justificación

En los EE.UU. existe una gran variedad de sistemas penales. Por un lado, cada estado tiene su propio proceso penal, sujeto a lo dispuesto en las constituciones y estatutos estatales respectivos, y por el otro lado, existe un sistema penal federal para ciertos delitos, regulado por la legislación federal y la Constitución estadounidense (en los términos y con el alcance de las interpretaciones de la Corte Suprema del país). Las diez primeras enmiendas de esta última, conocidas como la *Bill of Rights*, contemplan algunas exigencias de diseño procesal. La sexta enmienda de la Constitución de los EE. UU. consagra:

“En toda causa criminal, el acusado gozará del **derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial** del Estado y distrito en que el delito se haya cometido (...)” [énfasis agregado].

Al igual que el *Bill of Rights* en su conjunto, esta cláusula solamente limita el poder federal, y no directamente el poder de los estados que, en principio, no estarían obligados a un proceso penal con jurado imparcial.

Sin embargo, sí les es aplicable la decimocuarta enmienda que contiene la cláusula de debido proceso que establece que a una persona no “(...) se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal** (*due process of law*) (...)” [énfasis agregado].

En 1968 la Corte Suprema decidió en *Duncan v. Louisiana* que, en caso de delitos graves, el derecho a ser juzgado por sus pares integra el debido proceso, por lo cual la existencia de un jurado es una exigencia constitucional, incluso a nivel estatal.

En la misma sentencia, el juez White recalca la importancia histórica y la justificación del juicio por jurado como medio para prevenir opresión estatal, cargos infundados, arbitrarios o políticamente motivados, arbitrariedad del juez y, en general, como materialización del rechazo al ejercicio de poder no controlado en la determinación de la culpa o inocencia de un ciudadano.<sup>74</sup>

El compromiso con el derecho a un juicio por jurado en los EE.UU. no se limita al derecho penal. Desde un principio se ha considerado una protección general contra la corrupción en la administración de justicia, lo que justifica su extensión a materias civiles.<sup>75</sup>

Además de esa justificación histórico-política relacionada con el ejercicio del poder estatal, se han agregado otras supuestas ventajas epistemológicas al momento de determinar los hechos:

En primer lugar, se ha destacado los beneficios de memoria grupal que, según los estudios empíricos, es más confiable que la de cualquier persona (juez) individual. Se afirma que el grupo aporta una mayor riqueza en las distintas interpretaciones de la prueba rendida y tiende a neutralizar prejuicios en las opiniones de sus integrantes.

Por otra parte, también se considera beneficiosa la diversidad en la experiencia de vida que presentan los miembros del jurado, logrando mayor relación y la posibilidad de un entendimiento más acabado del caso presentado.

---

<sup>74</sup> *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968): “Fear of unchecked power, so typical of our State and Federal Governments in other respects, found expression in the criminal law in this insistence upon community participation in the determination of guilt or innocence. The deep commitment of the Nation to the **right of jury trial in serious criminal cases as a defense against arbitrary law enforcement** qualifies for protection under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, and **must therefore be respected by the States**” [énfasis agregado].

<sup>75</sup> Véase HAMILTON, Alexander, *The Federalist*, 83. En: HAMILTON, A. et al. *The Federalist Papers*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 409.

Finalmente, se destaca la mayor aceptabilidad y legitimidad de un veredicto emanado de un jurado, por representar a la comunidad, especialmente en el caso de decisiones impopulares.<sup>76</sup>

*b. Descripción del juicio por jurado en EE.UU.*

Teniendo en cuenta las razones que justifican la institución del jurado en EE.UU. caracterizaremos, de forma simplificada, lo esencial del juicio por jurado (que recordamos es distinto a nivel federal y en cada estado) con énfasis en el proceso penal. Me centraré en la composición (i), el ámbito de intervención (ii), el ámbito de decisión (iii) y la relación con el juez (iv).

(i) En cuanto a la composición del jurado, tradicionalmente está integrado por doce personas, pero la Corte Suprema ha permitido que los estados contemplen jurados con un número menor (con un mínimo de seis integrantes según *Williams v. Florida*<sup>77</sup>).

Como vimos, en la institución del jurado se plasma la participación de la comunidad en la adjudicación, por lo cual los sistemas de selección buscan asegurar la representatividad.

Generalmente son elegidos al azar de listas provenientes de registros públicos (por ejemplo listas de votantes o parecidos).<sup>78</sup>

Un conjunto de personas elegidas como potenciales jurados es llamado a una audiencia en la que se les introduce al caso que deberán conocer y su esperada duración, y se comienza con el procedimiento del *voir dire*: son interrogados (por el juez o las partes, dependiendo de la jurisdicción) respecto a su eventual conocimiento individual sobre el caso, algún interés o relación con los involucrados o prejuicios que sostengan para efectos de excluirlos de la

---

<sup>76</sup> JONAKAIT, Randolph. *The American Jury System*. Ann Arbor, Yale University Press, 2003, pp. 42-49.

<sup>77</sup> *Williams v. Florida*, 399 US 78 (1970).

<sup>78</sup> VON MEHREN, Arthur y MURRAY, Peter. *Law in the United States*. 2ª ed., New York, Cambridge University Press, 2007, p. 210.

integración del jurado.<sup>79</sup> Ya en esta etapa se manifiesta el carácter adversarial del proceso americano, ya que los abogados de las partes tienen la facultad de excluir a determinados candidatos. Cada parte puede excluir un número ilimitado de potenciales jurados si es capaz de justificar su falta de imparcialidad (*challenge for cause*)<sup>80</sup> y también cuenta con un número limitado de exclusiones sin necesidad de dar razón alguna (*preemptory challenge*, el número varía según territorio jurisdiccional).<sup>81</sup> En los años ochenta la Corte Suprema comenzó a exigir, como imperativo constitucional del debido proceso, la necesidad de justificar, incluso en estos casos, que la razón de la exclusión no es la raza<sup>82</sup> o el género<sup>83</sup>.

(ii) En cuanto al ámbito de intervención, el jurado es esencialmente pasivo, el flujo de la información (sea oral, visual o forense) es completamente unidireccional, los abogados de las partes hacen las presentaciones y se dirigen al jurado, sin que este pueda intervenir en la audiencia. Si bien existe la posibilidad de que el jurado formule preguntas o solicite aclaraciones, el procedimiento es engorroso (petición por escrito, a través del juez que debe evaluar su procedencia antes de plantearse a las partes) por lo que generalmente no se hace uso de la facultad.<sup>84</sup>

La pasividad llega al extremo de que tradicionalmente les está prohibido tomar nota de lo presenciado (si bien reformas recientes han tendido a permitirlo en ciertos grados), debiendo confiarse completamente en su memoria. La razón histórica de esta prohibición radica en que era habitual que los jurados no pudieran leer ni escribir, y aun se pretende evitar una dominancia desproporcionada de los integrantes que tengan mejor capacidad de redacción. Además se aduce que puede distraer de la presentación de la prueba.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> JONAKAIT, op. cit., pp. 128 ss.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, pp. 135 ss.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, pp. 139 ss.

<sup>82</sup> *Batson v. Kentucky*, 476 US 79 (1986).

<sup>83</sup> *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 US 127 (1994).

<sup>84</sup> VON MEHREN, op. cit., pp. 213 s.

<sup>85</sup> JONAKAIT, op. cit., pp. 192 ss.

(iii) En cuanto el ámbito de decisión, como es generalmente conocido, le corresponde al juez decidir los asuntos de derecho (sustancial y procedimental) mientras que al jurado le corresponde la decisión sobre los hechos. No tan conocido en nuestro medio es la pregunta respecto a *quién le corresponde aplicar el derecho a los hechos*. Una posibilidad es que la aplicación le corresponda al juez, lo que significa que el jurado determina la efectividad de un conjunto de proposiciones de hecho (frecuentemente a través de un cuestionario) y con la base factual que consta en ese informe el juez decide, aplicando el derecho. Si bien esta modalidad se practica en algunas materias civiles, es poco común y en materia penal inexistente. Otra posibilidad, que es la corriente, consiste en que, después de presenciada la evidencia, el juez emite una serie de instrucciones al jurado respecto al derecho aplicable (*charge*), para que posteriormente el jurado lo aplique decidiendo, en caso del proceso penal, si el acusado es culpable o no culpable, de forma unánime, tras deliberación secreta, sin necesidad de justificación y sin posibilidad de impugnación.<sup>86</sup>

(iv) En cuanto a la relación con el juez, el jurado opera esencialmente aislado de la influencia de éste. Como vimos, una de sus justificaciones es evitar el abuso por parte de jueces con prejuicios o políticamente motivados, lo que se traduce en la improcedencia de que el juez intervenga en materias que digan relación con la decisión respecto a la determinación de los hechos (veremos que esta posición aislada no es una necesidad conceptual de la institución del jurado). Durante las audiencias el juez se limita a velar por que se cumplan las normas de forma (especialmente las normas de admisibilidad probatoria) y a dar diversas instrucciones al jurado respecto a puntos de derecho y aspectos jurídicos relacionados con la prueba presentada. La deliberación del jurado es secreta y el juez no toma parte. Una vez emitido el veredicto unánime, termina la labor del jurado. Para el juez, no es procedente ni posible revisar esta decisión, lo que sería difícil debido a que el jurado no justifica su conclusión.<sup>87</sup> Dentro de esta lógica del aislamiento el contacto con el jurado es *rígido y formal* (en base a las normas procedimentales y la solicitudes que hagan los litigantes), y la posibilidad que tiene el juez de influir sobre el mérito

---

<sup>86</sup> VON MEHREN, op. cit., pp. 219 s.

<sup>87</sup> *Ibíd.* p. 222.

de la decisión del jurado sobre los hechos solamente es posible al momento de sentenciar, al evaluar las agravantes o atenuantes en caso de condena.<sup>88</sup>

Teniendo en cuenta los cuatro aspectos revisados, se puede concluir que en EE.UU. el jurado en materia penal funciona como un órgano compuesto por individuos imparciales, sin conocimiento previo del conflicto, encargados de determinar la efectividad de las proposiciones de hecho en el proceso y la culpa o inocencia del acusado, que *actúa en el juicio de forma fundamentalmente pasiva y sin intervención del juez profesional* en sus decisiones, con quien interactúa solamente por vías formales sometidas a la rigidez de normas prefijadas cuya invocación generalmente depende de los litigantes.

c. *Juicio por jurado bajo perspectiva histórica*

Expuestos en términos generalísimos los rasgos y fundamentos básicos de la institución del jurado en EE.UU. corresponde revisar sus orígenes para poder hacer una mejor evaluación de la relación entre el jurado y la prueba en el proceso penal.

El derecho americano siempre ha considerado el jurado como un ente fundamentalmente pasivo que delibera y decide sin intervención del juez (quien se limita, en general, a resolver las objeciones y cuestiones de forma y a dar instrucciones sobre materia de derecho).

Esta idea de jurado era la que precisamente dominaba el proceso anglosajón al ser incorporado al derecho de las colonias americanas. Sin embargo, *se nos plantea la pregunta de si estas características son esenciales a un juicio por jurado o contingentes a la realidad jurídico-política actual en el mundo anglosajón.*

Para dar respuesta a esta inquietud debemos acudir a una visión histórica más amplia respecto al desarrollo del jurado en el *common law*.

---

<sup>88</sup> Respecto al absurdo de la debilidad del juez en la determinación de los hechos y el veredicto, por un lado, y el poder del juez en la determinación de la pena, por el otro, véase PIZZI, William. *Trials Without Truth*. New York, New York University Press, 1999, p. 220.

Alrededor del siglo XII el juicio por jurado se consolidó en Inglaterra desplazando resolución de conflictos mediante pruebas divinas o combates. Sin embargo, en ese tiempo el jurado era un órgano que se informaba por cuenta propia de los hechos relacionados con el conflicto. Precisamente su familiaridad con la vecindad y el entorno, y el conocimiento personal que puedan tener de los hechos, justificaba su intervención. Es decir, la decisión de los integrantes del jurado se basaba justamente en su conocimiento individual del caso. Esta lógica chocaba con la dificultad de encontrar jurados relacionados con la comunidad inmediata y los sujetos involucrados en el conflicto, por lo cual fue gradualmente sustituida por un sistema distinto. El jurado deja de ser investigador y se convierte en un órgano limitado a evaluar información presentada en juicio, invirtiéndose la lógica y justificándose la institución en la imparcialidad de los juzgadores extraídos de la comunidad.<sup>89</sup>

A pesar de que, en general, se parece al sistema de jurado americano, el juicio por jurado de Inglaterra del siglo XVII dista mucho del que rige actualmente en EE.UU. Se distingue en los rasgos fundamentales caracterizados arriba: *no era ni pasivo ni aislado*, como arroja la investigación del profesor Langbein sobre la práctica de la corte inglesa *Old Bailey* entre 1675 y 1735.

En primer lugar, el *jurado no era pasivo en la intervención ni críptico en la decisión*: durante el juicio, sus integrantes formulaban directamente preguntas a los testigos o al acusado, llamaban testigos a declarar, requerían testimonios adicionales y hacían observaciones sobre los hechos o declaraciones de testigos o del acusado.<sup>90</sup> Además, sus deliberaciones no necesariamente eran secretas, sino que frecuentemente se efectuaban de inmediato concluida la audiencia, en la misma sala<sup>91</sup>, y revelaban las razones de sus decisiones al anunciar su veredicto, ya sea voluntariamente o tras requerimiento del juez.<sup>92</sup> Esta descripción es bastante distinta a la que dimos arriba respecto del jurado en el juicio estadounidense. Esta mayor actividad del jurado también puede relacionarse con el hecho que los jurados no eran llamados a conocer solamente

---

<sup>89</sup> JONAKAIT, op. cit., p. 107.

<sup>90</sup> LANGBEIN, op. cit. (n. 26), p. 288.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 284.

<sup>92</sup> *Ibíd.* pp. 289 s.

un solo caso como en EE.UU., sino que una serie de causas que se tramitaban con bastante rapidez, por lo que adquirirían cierta rutina en su labor.<sup>93</sup>

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, *el jurado no operaba de forma aislada, sino que estaba sometido a un amplio control informal por parte del juez* que lo guiaba en el trayecto hacia la decisión. Este poder de control e influencia se manifestaba en su facultad de comentar sobre los méritos del caso, la prueba rendida, incluso daba recomendaciones explícitas de cómo decidir. Es más, el jurado esperaba cierta orientación por parte del juez y frecuentemente seguía sus recomendaciones.<sup>94</sup> Ya que el jurado justificaba sus decisiones, era fácil para el juez cuestionarlas y rechazar el veredicto por no adecuarse a la evidencia presentada, discutir sus fundamentos con el jurado, agregar instrucciones y exigir re-deliberación, contando incluso con medios para enfrentar un “jurado desobediente”.<sup>95</sup>

Esta breve descripción del juicio inglés del siglo XVII nos aclara un aspecto crucial en nuestra investigación: *el carácter pasivo y bifurcado de la intervención lega no es una exigencia estructural del juicio por jurado*. Fue necesario un ingrediente adicional para la creación del proceso penal anglosajón que conocemos hoy. Este elemento adicional fue, según Langbein, el *surgimiento de los abogados* en el juicio penal.<sup>96</sup> En los procesos descritos ante el *Old Bailey*, no intervenían abogados (estaba prohibido) y gran parte de la examinación de la prueba era entregada al mismo juez (lo que hace comprensible que se involucre activamente en asuntos de mérito ante el jurado). Volveremos a este punto al comentar el factor bipolar, pero cabe dejar establecido desde ya que el rol tímido del juez en materias de mérito probatorio y el carácter pasivo y aislado del jurado no son necesidades conceptuales del juicio por jurado, sino que producto de la captura del control procesal por parte de los abogados y la presión partidaria que su presencia produce, es decir, un resultado de la orientación bipolar del proceso.

#### *d. Conclusión*

---

<sup>93</sup> *Ibíd.* pp. 272 ss.

<sup>94</sup> *Ibíd.* pp. 285 s.

<sup>95</sup> *Ibíd.* pp. 291 ss.

<sup>96</sup> *Ibíd.* pp. 263, 307 ss.

Vimos que el juicio penal estadounidense articula el elemento lego en forma de un jurado cuya intervención es un imperativo constitucional para los delitos penales más graves. Se justifica como mecanismo de control político de la ciudadanía como por las ventajas de la decisión grupal en la determinación de los hechos. Opera como órgano pasivo y aislado de la labor del juez profesional, pero una revisión histórica nos indica que estas características no son esenciales en el juicio por jurado, sino que el resultado de las presiones partidarias bipolares desarrolladas posteriormente.

### **3. Control procesal de las partes y los abogados**

#### *a. Importancia del surgimiento de la abogacía*

El proceso estadounidense (en todas sus ramas) está fuertemente dominado por las partes y sus abogados.

Es probable que en ningún otro país del mundo el control de las partes sobre el proceso sea tan fuerte como en EE.UU.

Como ya se ha aludido, hasta el siglo XVII la asistencia de un abogado estaba prohibida en los procesos penales anglosajones lo que colocaba al juez en la necesidad de tomar una postura activa en cuanto a la dirección del proceso ante la falta de formación técnica de las partes, contando con amplios poderes en cuanto a la examinación de los testigos y, como vimos, en cuanto al control formal e informal del jurado.

Durante el siglo XVIII se fue implementando (por razones políticas), de forma gradual, el derecho a un abogado defensor, quien terminó asumiendo, junto con el abogado fiscal, la examinación de los testigos. Langbein destaca la ironía de que precisamente en virtud de sus amplios poderes discrecionales el juez fue admitiendo la presencia de abogados y otorgándoles,

como acto de gracia, cada vez más facultades y, a la larga, gatillando un cambio radical en la dinámica del proceso anglosajón.<sup>97</sup>

La culminación de esta inversión del centro gravitacional del proceso, de este desplazamiento del poder del juez hacia las partes, es el actual proceso estadounidense, más notoriamente en el proceso penal de dicho país.

Al final de este capítulo veremos por qué en el sistema jurídico de los EE.UU. esta tendencia llegó al extremo que conocemos. Limitémonos ahora en precisar cómo se manifiesta ese dominio partidario en el proceso penal americano.

*b. Bipolaridad extrema y debilidad del juez*

A todo nivel el proceso penal es entendido como confrontación bipolar entre el individuo y el estado. Me refiero al nivel de cláusulas constitucionales, cuerpos legales, doctrinas jurisprudenciales y doctrinaria, todas formuladas exclusivamente en términos de derechos subjetivos de una u otra parte del conflicto (y no en términos de intereses jurídicos generales ni concepciones de un sistema jurídico coherente y justo en su conjunto), así como la concepción y regulación corporativa de la profesión de abogado, con códigos de ética que validan y promueven un afán partidista exacerbado. A eso se agrega la forma en que los jueces y fiscales entienden su labor, la estructura judicial descentralizada, el funcionamiento de la policía, entre muchos otros. Todos estos aspectos que, actúan de forma interrelacionada y mutuamente condicionada, aumentan la tensión bipolar.

A continuación me voy a referir solamente a algunos puntos más enfatizados por los críticos del sistema que se presentan *durante el juicio* y que, como veremos, tienen importantes efectos en materia probatoria<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, pp. 313 s.

<sup>98</sup> Hay muchos aspectos importantes en que se manifiesta la bipolaridad en el proceso penal, tanto *antes del juicio* (especialmente en relación con la conducta policial) y *después del juicio* (en las posibilidades que tiene el defensor de impugnar en distintos foros el fallo por vicios de forma en el procedimiento). El desarrollo de estas implicancias está fuera del marco de esta investigación.

En primer lugar, las cortes americanas presentan una *excesiva personalización de los juicios*. Hay una completa identificación entre el abogado defensor, su cliente y el resultado de su caso.

En relación al fiscal, su partidismo se potencia por los amplios derechos del imputado, la inexistencia de presión para que éste coopere (tema que se abordará en el siguiente apartado) y un conjunto estricto de reglas de exclusión extrínsecas, entre otros aspectos.

La policía y el fiscal tienden a considerarse un equipo con la misión de lograr producir evidencia contra el imputado a pesar de todas esas trabas. El fiscal está involucrado de forma muy cercana con el caso desde un principio de la investigación y, en el caso que llegue a etapa de juicio, su compromiso personal con el resultado es aún mayor. A todo esto se agrega el hecho que los fiscales son elegidos en EE.UU. y que el cargo muchas veces puede ser determinante para la carrera de servidor público, por lo cual el resultado de las causas que lleva a juicio afecta su futuro político, ya sea que quiera ser reelegido o postular a algún otro cargo.<sup>99</sup>

En relación al abogado defensor se produce una situación análoga, generalmente está plenamente involucrado desde un principio con la misión de asegurar que su cliente no haga declaración alguna ante las autoridades, que permanezca completamente mudo. Como veremos más adelante, la forma en la que se ha implementado el derecho a guardar silencio y el derecho a un abogado fomenta que el acusado no haga actuación ni declaración alguna sin la presencia de su defensor, involucrándose también desde un principio del proceso con la causa y, en caso que llegue a producirse un juicio, orientando toda su energía a ganarlo.<sup>100</sup>

En EE.UU. se entiende que el resultado del juicio depende esencialmente de las partes o, mejor dicho, de las habilidades de sus abogados, por lo que será concebido como el fracaso del abogado de la parte vencida y la victoria del abogado de la parte vencedora; en todos los juicios está en juego su prestigio personal.

---

<sup>99</sup> PIZZI, op. cit., pp. 118 s.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 120.

En segundo lugar, y en correlación a lo anterior, llama la atención la *debilidad de los jueces* en los tribunales americanos. No tienen mucha familiaridad con el caso y dada su limitada intervención en el fondo del asunto, no hay necesidad que la tenga.<sup>101</sup>

El surgimiento de los abogados afectó el concepto de imparcialidad del juez, equiparándolo a la más estricta pasividad, debido a que cualquier actuación por parte del órgano judicial en un esquema bipolar es percibida como favor indebido al abogado de una u otra parte y un quiebre al deber de trato equitativo.<sup>102</sup>

Esta pasividad potencia y es potenciada por la importancia de las capacidades de los abogados para el resultado del juicio y el compromiso personal que tienen con este (no creo que, actualmente, sea adecuado decir que un aspecto sea causa y el otro sea el efecto, se potencian mutuamente, sin perjuicio de la relación histórica entre ambos aspectos desarrollada arriba).

En tercer lugar, la pasividad del juez y el involucramiento personal del abogado con su causa se manifiesta en el hecho que el juicio está dominado por la actuación y condicionado por el *desempeño de los abogados en la sala de audiencia*.

En general, no existe mucha regulación de lo que es considerado el adecuado ejercicio de la profesión de abogado, lo que unido a la debilidad del juez, valida y fomenta métodos de litigación muy ajenas al fin del proceso (sea que éste se considere la decisión correcta, conforme a la verdad, o la resolución de un conflicto): los abogados tienen el control físico de la sala, pudiendo usarla como escenario para emplear sus talentos teatrales en forma de movimientos, muecas y todo el abanico de recursos de comunicación no verbal para convencer al jurado de su versión de los hechos. Pueden formular preguntas improcedentes al testigo, que si bien son impugnadas y retiradas, cumplen la función de insinuar la existencia de un hecho al jurado (que, como vimos, es mudo y pasivo, no solicita aclaraciones). El hecho que no se pueda impugnar el mérito de la decisión del jurado, unido la falta de restricciones del afán partidista, se traduce en

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*, pp. 141 s.

<sup>102</sup> En procesos en los que predomina la bipolaridad como los procesos como resolución de conflicto “imparcialidad presupone dos ‘parcialidades’”. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 215.

incentivos para los abogados (en caso del proceso penal especialmente del defensor) de “plantar” errores de procedimiento que se puedan usar posteriormente para anular el juicio en caso de decisión desfavorable.<sup>103</sup>

Todos estos ejemplos nos dan una idea general respecto a los extremos de esta simbiosis entre juez débil y afán partidario irrestricto en el sistema estadounidense. Una visión histórica nos aclaró cómo estos aspectos son una la culminación del poderoso efecto centrífugo que tuvo el surgimiento de la abogacía en la distribución de poder en el proceso anglosajón y que desarticuló el dialogo informal que existía entre el juez y el jurado en la búsqueda de la decisión más acertada, separando sus ámbitos de decisión, transformando al jurado en un enigmático e impenetrable, pero manipulable, cuerpo de decisión y al juez en un mero guardián de las reglas formales. A continuación veremos cómo este ambiente procesal determina algunos aspectos fundamentales de la actividad probatoria.

#### **4. Influencia del entorno institucional del proceso penal estadounidense en aspectos de la prueba**

##### *a. Generalidades y relación histórica*

En el capítulo I desarrollamos, siguiendo a Damaska, las tendencias que producen en materia probatoria los procesos adversariales (definidos en nuestros términos). En resumen, vimos que este modelo exige la existencia de oportunidades de examinar e impugnar la prueba presentada por la parte contraria y favorece una orientación profiláctica en la exclusión de evidencia (y posibilita su efectiva aplicación).

Ahora corresponde ver cómo se concretan estas tendencias generales en el proceso penal estadounidense: la oportunidad de examinación e impugnación se traduce básicamente en un *derecho constitucional del acusado a confrontar a los testigos*, la orientación profiláctica se traduce en un amplio y complejo conjunto de normas de exclusión de prueba, con excepciones y

---

<sup>103</sup> PIZZI, op. cit., pp. 126 ss.

contra-excepciones, que varían según jurisdicción, de la cual la más emblemática es la *hearsay-rule* referente a evidencia derivativa.

A continuación revisaremos estos dos aspectos, terminando el apartado con un problema específico del proceso penal que es muy sensible a las diferencias del medio institucional y por eso de nuestro interés: *el problema del acusado como fuente de prueba*.

Creo que también en este contexto es indispensable una revisión histórica de la regulación probatoria anglosajona en la medida que cambiaba la dinámica del proceso (tanto civil como criminal).

Antes de la captura del proceso por los abogados a fines del siglo XVIII, el derecho probatorio era bastante simple. La preocupación principal giraba alrededor de la prueba escrita y el respeto a la “*best evidence rule*”.

Respecto a los testigos, lo central era la exclusión de su declaración por interés en el juicio y el juramento, mientras que no se le daba mucha importancia a consideraciones de credibilidad o prueba derivativa.<sup>104</sup>

En general, no existía la preocupación de que el jurado malinterprete declaraciones incompletas, inexactas, aquellas basadas en dichos ajenos o provenientes de un testigo poco creíble, como tampoco predominaba la inquietud que el testigo mienta (a lo que contribuía la confianza en un mayor respeto al juramento en esa época). La razón era precisamente el control informal que el juez ejercía sobre el jurado impidiendo un descriterio en la valoración de la evidencia de cuya examinación él mismo estaba a cargo, pudiendo incluso indagar si los fundamentos de las decisiones eran acertadas. Este control hacía innecesario un complejo de normas formales que se encargaran de prevenir esos errores.

---

<sup>104</sup>LANGBEIN, op. cit. (n. 36), pp. 1173 ss.

Sin embargo, tras la captura del control del proceso por los abogados, y en especial el hecho que les corresponda de forma exclusiva la examinación de los testigos, se eliminó este control orientador, haciendo necesario un sistema de normas formales de exclusión.

La eliminación del control judicial sobre el jurado, por un lado, y los nuevos incentivos de los abogados a presentar la prueba de la forma más favorable a su versión de los hechos, por el otro (en otras palabras, un incentivo tendiente a la mentira que no existía antes), dieron origen a las preocupaciones que predominan hoy en los procesos anglosajones referentes al testigo mentiroso o al impacto que pruebas deficientes o de segunda mano puedan tener en las mentes impenetrables de los miembros del jurado; y a un complejo voluminoso y asistemático de normas formales para hacerle frente a esas preocupaciones. Hubo un cambio de énfasis radical: Antes, existía un juez poderoso para orientar y controlar la decisión del jurado, ahora, existen normas formales para resguardar la decisión del jurado (tanto frente a sus propias deficiencias como frente a abusos del control de las partes y sus abogados).

Hoy el juez es débil y pasivo, el jurado mudo e impenetrable y todo el control sobre la actividad probatoria recae sobre los abogados de las partes. El resultado de la etapa probatoria depende exclusivamente del desempeño de los abogados al examinar e impugnar la prueba (precisamente en base de las complejas normas de exclusión). Así las cosas, la oportunidad de confrontar la prueba presentada por la contraparte se convierte en el pilar central cuyo derrumbe deslegitimizaría toda la etapa probatoria. En el proceso penal estadounidense esto se traduce en un derecho constitucional del imputado de confrontar los testigos que declaren en su contra.

*b. Derecho de confrontación y “cross-examination” de testigos*

Gran parte del derecho procesal penal estadounidense se ha desarrollado a partir de disposiciones constitucionales y las interpretaciones que les ha brindado la Corte Suprema. Un caso es el derecho de confrontación y sus implicancias para la prueba penal. La sexta enmienda de la Constitución consagra lo siguiente:

“En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho (...) de que se le caree con los testigos que depongan en su contra...”

A pesar de no haber evidencia histórica al respecto, la Corte Suprema ha decidido que este derecho a careo o confrontación incluye fundamentalmente el derecho a *cross-examination* (o interrogatorio cruzado)<sup>105</sup>, lo que significa, por regla general, que cualquier medio de prueba proveniente de una fuente que no pueda ser examinada (como en el caso citado una confesión previa de un cómplice que se rehúsa a declarar) infringe este derecho constitucional.

Para algunos autores el método de *cross-examination* es considerado como una herramienta eficaz de determinación de la verdad<sup>106</sup> (lo que es muy cuestionable), para otros es una exigencia de “*fairness*” procedimental (lo que es más convincente en un contexto adversarial). Tradicionalmente se considera que entre sus fines se encuentran la revelación de inconsistencias y errores en el relato de un testigo, hacer presente déficits en su memoria, intentar modificar su declaración inicial, intentar obtener datos beneficiosos de su declaración y cuestionar su credibilidad.<sup>107</sup> Recordemos que, dado el entorno institucional actual, no se divisa otra forma en la que jurado pueda determinar esos aspectos (el juez no lo orienta y los jurados no hacen preguntas aclaratorias).

Además, en su faceta de garantía procesal penal, integra el *derecho a preparar una defensa* (emanado de la interpretación de la cláusula de debido proceso). La imposibilidad de examinar e impugnar la prueba presentada por el fiscal hace imposible una adecuada preparación de defensa, justificándose por lo tanto exigencias de *disclosure* que hagan posible preparar una *cross-examination* acertada.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> *Douglas v. Alabama*, 380 US 415 (1965).

<sup>106</sup> Wigmore estaba convencido, según su famosa afirmación, que el *cross-examination* es “*beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth*” en WIGMORE, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. Little Brown, 1974, § 1367, incluso el alemán Jescheck lo consideraba el método psicológicamente preferible debido a que la indagación del juez es incompatible con una valoración desinteresada de la prueba, véase JESCHECK, op. cit., p. 250.

<sup>107</sup> STRYKER, Lloyd. *Cross-Examination*. *Buffalo Law Review*, T. 2, 1952, 1953, pp. 48 ss.

<sup>108</sup> Comentario. Confrontation, Crossexamination and the Right to Prepare Defense. *Georgetown Law Journal*, T. 56, 1967-68, pp. 973 s.

Sin embargo, estas constituyen solamente excepciones frente al telón de fondo del principio bipolar, en virtud del cual la actividad probatoria está fragmentada en dos extremos, dos versiones del caso, y corresponde al interés de ambas partes mantener a la contraria en penumbra respecto a la fuerza de su posición probatoria.<sup>109</sup>

Por regla general el defensor no conoce los archivos de investigación y también el fiscal tiene que intentar “adivinar” los medios de prueba que se van a presentar en contra de su caso. Por lo tanto, en el sistema penal estadounidense, la centralidad de la práctica del interrogatorio cruzado, se debe, por un lado, al hecho que resguarda la equidad en el empleo del control estratégico de las partes, mientras que, por el otro lado, valida la ideología partisana en la sala de audiencia, otorgando una plataforma para que los abogados puedan lucir (y aprovechar de forma abusiva) todas sus habilidades persuasivas<sup>110</sup>.

En ese sentido podemos afirmar que *el cross-examination simultáneamente remedia y fomenta la bipolaridad extrema durante el juicio*. Es importante destacar esta doble faceta de esta práctica probatoria: El método de interrogatorio cruzado sirve, tanto para *potenciar el interés estratégico* de las partes dándoles la oportunidad de poner en escena su versión de los hechos bajo la luz más favorable posible, como también para *contener el exceso partidario* de la contraparte dándoles la oportunidad de indagar la fuerza y procedencia de los medios probatorios.

Los autores críticos del sistema adversarial estadounidense (como los autores citados Langbein y Pizzi) generalmente se centran en los excesos del primer aspecto, los autores favorables al sistema suelen glorificar el segundo.

Mientras que respecto al primer aspecto de “performance” del interrogatorio cruzado no encontramos mucha regulación (recordamos que los abogados, no se encuentran con muchas restricciones legales o gremiales en la elección de los métodos que usan para ganar los casos), el

---

<sup>109</sup> PIZZI, op. cit., pp. 121 s.

<sup>110</sup> En oposición a Wigmore, Langbein cree que la práctica estadounidense del *cross-examination* es “*one of the greatest engines of abuse and obfuscation ever discovered*” por su potencial distorsionador, véase LANGBEIN, op. cit. (n. 69), pp. 166 s., una crítica parecida se encuentra en PIZZI, op. cit., pp. 125 s.

grueso de la normativa de exclusión probatoria se relaciona con el segundo aspecto, la posibilidad de confrontar, examinar e impugnar la prueba contraria.<sup>111</sup> La norma más notoria es la exclusión del *hearsay* que veremos en el próximo apartado.

c. *Exclusión del “hearsay”*

El cuerpo legal de normas probatorias generales (*Federal Rules of Evidence*) contempla la siguiente definición de *hearsay*:

“...es una declaración, distinta a aquella hecha por el declarante mientras testifica en juicio o audiencia, ofrecida como evidencia para probar la verdad de lo afirmado” (regla 801 c.)<sup>112</sup>

Doctrinariamente, se entiende como cualquier declaración, u otro tipo de conducta comunicativa, extrajudicial o hecha en una audiencia distinta a aquella en la cual se rinde como prueba, ofrecida para probar la verdad acerca de la materia afirmada (y respecto la cual el testigo que ofrece esta declaración no tenga conocimiento personal sobre la verdad que expresa).<sup>113</sup>

Salta a la vista que lo que se excluye no es la simple repetición de una declaración extrajudicial, debido a que ésta se puede ofrecer para probar el hecho de que la afirmación se realizó. Lo que se prohíbe es ofrecerla para probar la verdad de lo que expresa.<sup>114</sup> La regla general es que el *hearsay* se excluye, a no ser que exista una norma jurisprudencial o legal que lo admita (regla 802).

Históricamente se excluía por la imposibilidad de prestar juramento por parte del declarante, lo que lo despojaba de este resguardo propio de las declaraciones que se hacen en juicio. En esta

---

<sup>111</sup> Independientemente de las críticas ya expuestas, existen autores que aprueban la práctica pero la consideran inadecuada para enfrentar ciertos problemas como el error de un testigo honesto, véase MCCORMICK, Charles. The Scope and Art of Cross-Examination. *Northwestern University Law Review*. T. 47, 1952, p. 197, o más reciente EPSTEIN, Jules. Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and "at Risk". *Widener Law Review*, T. 14, 2008-2009, pp. 437 ss.

<sup>112</sup> En el original: “‘Hearsay’ is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.”

<sup>113</sup> WHEATON, Carl. What is Hearsay? *Iowa Law Review*, T. 46, 1960-1961, p. 211.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 215.

explicación la consideración a la verdad de la declaración es importante: se cuenta con que el juramento induzca a declarar conforme a la verdad y en las declaraciones extrajudiciales no existe esta garantía, siendo más probable que lo dicho no sea verdad. Aún existen excepciones a la exclusión del hearsay que se basan en esta lógica, como la posibilidad de admitir la declaración de la persona que está por morir (confiándose en que en ese momento las personas en general son más propensas a decir la verdad, equivalente al juramento).<sup>115</sup>

Con la pérdida de importancia del juramento, tradicionalmente se ha considerado como una razón importante para la exclusión del *hearsay* la incapacidad del jurado de evaluar estas declaraciones en su debida proporción.<sup>116</sup>

En el capítulo I vimos que el elemento lego lleva consigo una preocupación respecto a las distorsiones a las que podría llevar la inexperiencia lego y la sensibilidad emocional en la apreciación de medios probatorios.

En relación al *hearsay*, se cree que el cuerpo lego es incapaz de reconocer la diferencia de categoría entre declaraciones que los testigos prestan en la audiencia de prueba y el relato que hacen de declaraciones extrajudiciales, error imposible de detectar y remediar por una revisión posterior de la decisión.

Sin embargo, estudios empíricos muestran que en general los jurados cuentan con ese criterio diferenciador (en la vida diaria también diferenciamos el peso de tipos de información), que le atribuyen más fuerza a las declaraciones de testigos presenciales y que esas preocupaciones de ineptitud lego no se justifican, por lo menos en cuanto al *hearsay*.<sup>117</sup> Es decir, el elemento lego, si bien juega en rol en esta norma de exclusión, no debería ser el factor determinante.

---

<sup>115</sup> Comentario. Confrontation, Crossexamination and the Right to Prepare Defense, op. cit., pp. 941 ss.

<sup>116</sup> Véase MORGAN, Edmund. The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence. The University of Chicago Law Review, T. 4, 1936-1937, p. 255

<sup>117</sup> MIENE, Peter, et. al. Juror Decision Making and the Evaluation of Hearsay Evidence. Minesota Law Review, T. 76, 1991-1992, p. 692.

La justificación más reconocida de la exclusión del *hearsay* consiste precisamente en la imposibilidad de realizar el *cross-examination* del declarante ausente, lo que, como vimos, es indispensable en un sistema basado en la confrontación bipolar equitativa.

Usando las palabras de Damaska, en este ambiente institucional el declarante ausente se percibe como “enemigo fuera del juicio” (*out-of-court enemy*)<sup>118</sup> más que como un aporte al esclarecimiento de los hechos. Para la doctrina tradicional de Wigmore, la ausencia de posibilidad del interrogatorio cruzado es precisamente la característica principal del *hearsay*.<sup>119</sup> Entonces, la preocupación, más que la determinación acertada de la verdad, es la falta de *fairness* al despojar al contrincante de su derecho a testear la prueba que se rinde en su contra. Considerando esto, la mayoría de las excepciones a la norma del *hearsay* se justifican por la existencia de un “equivalente” al interrogatorio cruzado (por ejemplo, en el caso que se haga valer un testimonio en una audiencia preliminar, solamente se puede admitir si la contraparte tuvo oportunidad efectuar, según la jurisprudencia, una *cross-examination* “completa y adecuada”).<sup>120</sup>

Podemos afirmar a modo de conclusión que la exclusión del *hearsay*, norma paradigmática en el aparato complejo de exclusión probatoria estadounidense, está vinculada directamente con las características del entorno procesal adversarial: *el sistema bipolar no acepta la introducción de evidencia cuya fuente no pueda ser testeada porque significaría que una parte se está blindando contra el ejercicio del derecho de confrontación que tiene la otra* (constitucionalmente consagrado para el acusado). A esto se suma la inquietante intuición (empíricamente no claramente justificada) de que el jurado no podrá situar adecuadamente la fuerza de las declaraciones extrajudiciales en su evaluación final.

d. *Privilegio contra la autoincriminación*

---

<sup>118</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 22), p. 81.

<sup>119</sup> WHEATON, op. cit., p. 201.

<sup>120</sup> Comentario. Confrontation, Cross-examination and the Right to Prepare Defense, op. cit., p. 949.

Vimos el rol del fiscal en el esquema estadounidense, su partidismo y su compromiso personal con ganar el juicio. Asimismo, nos referimos al rol del defensor y su tarea de dificultar cualquier cooperación con los encargados de la persecución penal. Como hemos señalado, la declaración del acusado es un medio de prueba crucial para esclarecer los hechos por la cercanía que tuvo con estos (sea culpable o inocente). Nos falta revisar el rol probatorio del acusado en este esquema bipolar del proceso estadounidense.

Todos los sistemas penales modernos contemplan resguardos contra la auto-incriminación coercitiva, pero se diferencia en cuanto a los términos y la extensión de estos resguardos. Para efectos comparativos, el contenido mínimo de este privilegio consiste en la idea que nadie puede ser forzado a causar su propia condena testificando.<sup>121</sup> Corresponde a la orientación general del derecho procesal penal moderno que el acusado no sea visto meramente como objeto de indagación susceptible de sufrir apremios para el avance del proceso. La pregunta es hasta qué grado se le puede obligar a la cooperación y hasta qué grado conviene fomentar la falta de cooperación.

En EE.UU. es la Constitución la encargada de consagrar el principio general dando lugar a interpretaciones de la Corte Suprema para precisar su alcance. La quinta enmienda expresa que a ninguna persona:

“...se le compelerá a declarar [*be witness*] contra sí misma en ningún juicio criminal”

A continuación veremos brevemente la justificación del principio en EE.UU. (i), aclararemos algunos alcances conceptuales del privilegio (ii), veremos la extensión que le ha dado Corte Suprema (iii), para terminar apreciando la fuerte conexión entre la versión americana del privilegio y la orientación bipolar del proceso americano (iv).

---

<sup>121</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), pp. 526.

(i) En cuanto a su justificación, históricamente, la noción de *nemo tenetur* se desintegraba en distintas normas con distintos fundamentos: entre ellos el rechazo a la coerción que significa obligar a declarar bajo juramento, la santidad de la confesión, o la consideración a terceros.<sup>122</sup>

Hoy esas razones ya no bastan para explicar la institución, por lo cual ya no hay claridad sobre la justificación teórica de este privilegio en EE.UU. Los tribunales lo han tratado de justificar en la necesidad de balancear el poder del estado y el acusado o evitar la instrumentalización de la persona a intereses estatales, esfuerzos que no convencen, ya sea porque se disuelven en su vaguedad o fracasan por la incapacidad de explicar por qué el privilegio es un imperativo solamente en materia penal (por ejemplo, la instrumentalización se da en varios ámbitos de la actividad estatal).<sup>123</sup> De forma parecida han sido infructuosos los intentos doctrinarios de fundamentación del principio, por mucho que se intente extraer de la autonomía o privacidad del declarante: no explican por qué se acepta la obligación de declarar en otro tipo de procesos.<sup>124</sup>

(ii) La ausencia de claridad respecto a la fundamentación teórica del privilegio se debe a la falta de claridad respecto al contenido del privilegio.

El profesor Alschuler arroja algo de luz al respecto, distinguiendo dos conceptos distintos del privilegio (referente al imputado):

En primer lugar, se puede entender como *derecho a guardar silencio*, lo que significa que las autoridades judiciales y de persecución no pueden legítimamente exigir evidencia testimonial que tienda a incriminar a la persona que la posee y deben permanecer neutras ante su decisión de no hablar.

---

<sup>122</sup> Hasta el siglo XVII el privilegio se desintegraba básicamente en tres reglas: una primera que rechazaba que cualquier interesado declarara en juicio bajo juramento, una segunda que excluía las confesiones del imputado hechas bajo juramento en una fase anterior al juicio, y una tercera que prohibía exigir a terceros hacer declaraciones auto-incriminadoras como testigos. SMITH, Henry. *The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins*. En: HELMHOLZ, R. H. (Ed.), *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press, Chicago, 1997, p. 146.

<sup>123</sup> ALLEN, Ronald. *Theorizing about Self-incrimination*. *Cardozo Law Review*, T. 30, 2008-2009, p. 731.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, pp. 732 s.

En segundo lugar, se puede entender como un *privilegio que lo protege contra métodos impropios de interrogación*, lo que no excluye que se puedan aplicar formas de persuasión tendientes a producir testimonios auto-incriminadores provenientes del imputado.<sup>125</sup>

Se hace evidente que el primer significado tiene una extensión mayor que el segundo, en el cual cabrían arreglos procesales que aprovechan al acusado como fuente de prueba (incluso en su contra) mientras que no crucen el límite hacia los apremios indebidos. El tenor literal del postulado constitucional transcrito se condice más con este segundo significado del privilegio que con un derecho a guardar silencio (se utiliza la palabra “compelerá”) y las fuentes históricas nos dan a entender que en el pensamiento jurídico de la época del nacimiento de la Constitución no se concebía un proceso en que se otorgara un derecho a guardar silencio. En el proceso de la joven república americana se esperaba que el acusado hablara.<sup>126</sup> Sin embargo, durante el siglo XX la Corte Suprema ha asimilado la norma constitucional al primer significado.

(iii) La Corte Suprema ha interpretado el privilegio constitucional contra la auto-incriminación como un *extenso derecho del imputado a guardar silencio*.

En 1965 la Corte Suprema decidió que el fiscal y el juez no pueden comentar al jurado acerca del silencio del acusado en el ejercicio de su derecho de la quinta enmienda, aplicable a todos los estados a través de la cláusula del debido proceso.<sup>127</sup>

Esa decisión rechaza explícitamente la posibilidad de “convertir” el silencio del imputado en prueba en su contra.<sup>128</sup> Así, durante los años sesenta se consolidó la prohibición de hacer inferencias adversas del silencio del acusado o un testigo en el ejercicio del privilegio.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> ALSCHULER, Albert. A Peculiar Privilege in Historical Perspective. En: HELMHOLZ, R. H. (Ed.), op. cit., pp. 181 s.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 194.

<sup>127</sup> *Griffin v. California*, 380 US 609 (1965).

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 615.

<sup>129</sup> NESSON, Charles, LEOTTA, Michael. The Fifth Amendment Privilege Against Cross-examination. *The Georgetown Law Journal*, T. 85, 1996-1997, p. 1640.

En la misma década, la Corte extendió el derecho a guardar silencio a la etapa de investigación en los interrogatorios policiales en *Miranda v. Arizona*<sup>130</sup> exigiendo, al momento del arresto, antes de interrogarlo, informar al imputado sobre su derecho a guardar silencio y a asistencia legal (*Miranda warning*).

Generalmente se concreta mediante la comunicación por parte de los funcionarios que efectúan el arresto del derecho a guardar silencio, la posibilidad de que su declaración se use en su contra ante un tribunal, de su derecho a un abogado defensor y su presencia al ser interrogado y a que el estado le asigne un defensor en el caso que no lo pueda costear. Sin una renuncia informada del derecho a guardar silencio su confesión durante el interrogatorio policial no es admisible en juicio (como ocurrió en *Miranda*).

No es difícil notar la distancia entre el tenor literal del postulado constitucional respecto al privilegio contra la autoincriminación y la interpretación judicial de un amplísimo derecho a guardar silencio del acusado unido a resguardos para que su ejercicio no lo perjudique. El componente lego en corte bifurcada y la orientación bipolar del proceso americano hacen plausible este extremo interpretativo.

(iv) Vimos que la lógica bipolar del proceso penal americano implica compromiso personal de los abogados con el caso, que ellos controlan lo que ocurre en la sala de audiencia mediante su performance y que sobre ellos recae la responsabilidad de la actividad probatoria y el resultado del juicio ante la extrema debilidad y pasividad del juez y el jurado.

Desde esta óptica de confrontación bipolar, *nunca puede ser ventajoso optar por perder el control y la exclusividad sobre información* que manejan las partes.

Si la información es perjudicial a la parte, es evidente que no conviene que la contraparte la conozca y la pueda usar en su contra. Si la información favorece a la parte, tampoco conviene ya que es más fácil para la contraparte prepararse para contrarrestar y desvirtuar ese tipo de

---

<sup>130</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966).

evidencia. Es por eso que en el proceso penal americano tanto la información que maneja el fiscal como la que maneja la defensa, en principio, es exclusiva de cada parte. Por un lado, el imputado cuenta con un amplísimo derecho a guardar silencio, por el otro lado el expediente de investigación del fiscal es, en principio, secreto y el defensor no tiene acceso a él.

Como el derecho penal moderno exige el respeto a ciertas garantías del imputado como límites al ejercicio del poder estatal, en especial, como vimos, el derecho a preparar una defensa, se justifican varias excepciones al secreto del expediente de investigación en virtud de las cuales el fiscal debe exhibir evidencia (en especial cuando se trata de evidencia exculpatória). Esas exigencias no son mutuas, por lo cual no sorprende que en una concepción de proceso como un enfrentamiento entre dos opuestos el derecho del imputado a no ser compelido a declarar en su contra se haya convertido en un derecho absoluto a guardar silencio y negar toda cooperación con las autoridades.

En el ámbito bipolar esto significa que el defensor hará todo por evitar que las autoridades puedan extraer cualquier tipo de información (aunque el acusado esté dispuesto a conversar voluntariamente sobre lo ocurrido). El trabajo del abogado defensor consiste en impedir que la policía obtenga cualquier dato que pueda aportar a resolver el caso, debido a que permanecer en silencio no le produce desventaja alguna al imputado. No lo perjudica en forma alguna en el juicio (ejercido antes del juicio, el jurado nunca se enterará, y durante el juicio, el jurado no puede hacer inferencias adversas), y por el contrario, solamente le va dar ventajas: puede obtener un *plea bargain* más favorable si el defensor usa la información para negociar. Incluso en el caso que el acusado tenga algo valioso que decir, hechos que favorezcan su versión, la estrategia adversarial dicta permanecer mudo de todas formas, y prestar declaración recién al final de la audiencia de juicio como último testigo. De esa forma se puede sorprender al fiscal con estos hechos (y al supuestamente impresionable jurado), contando con que no haya seguido esa línea investigativa y no haya preparado una réplica, sembrando la duda razonable en el jurado al final del juicio y aumentando las posibilidades de obtener una absolución.<sup>131</sup> Por lo tanto, la carga de

---

<sup>131</sup> PIZZI, op. cit., pp. 54 s.

recolectar evidencia para generar un caso es del fiscal y cualquier colaboración del imputado es un sinsentido en este tipo de proceso.

Por lo tanto, siendo el imputado la fuente probatoria más valiosa en un proceso penal, el factor bipolar del sistema estadounidense fomenta la más absoluta falta de cooperación y su inutilidad para esclarecer los hechos; generalmente será un espectador mudo durante todo el proceso. Los incentivos adversariales y las estrictas reglas extrínsecas de exclusión han llevado a una práctica del principio contra la autoincriminación dirigida a dificultar la labor del fiscal y la policía durante la investigación y confundir al jurado durante el juicio.

Esta fuerte conexión entre la orientación bipolar del proceso y la versión extrema del derecho a guardar silencio en EE.UU. no solamente se percibe en su entendimiento y práctica actual en ese país sino que también es confirmada por una mirada histórica.

Hasta el siglo XVIII la lógica del rol del acusado era completamente inversa en los procesos penales anglosajones: el resguardo que ofrecía el juicio penal al imputado era precisamente el derecho a hablar, a contar su versión de los hechos para hacer frente a los cargos que se estaban formulando en su contra. Recordamos que los abogados estaban prohibidos, de manera que, como dice Langbein, *no se diferenciaba entre la función testimonial y la función de defensa de las declaraciones que hacía el acusado.*<sup>132</sup> No declarar era no defenderse. Solamente la introducción del defensor hizo siquiera concebible el silencio del acusado como algo ventajoso.

Con la captura por los abogados del proceso anglosajón y la llegada del abogado defensor, la defensa, a cargo de este último, se pudo distinguir de la declaración testimonial del acusado, haciendo viable y beneficiosa la invocación del privilegio. Como explica el autor, el proceso cambió de un modelo “el acusado habla” a un modelo “se testea la fiscalía”<sup>133</sup> en que es tarea del defensor dificultar el trabajo de la fiscalía en la investigación y desvirtuar las prueba que rinda en juicio. Posteriormente, el empoderamiento gradual de los abogados, asumiendo la actividad

---

<sup>132</sup> LANGBEIN, John. The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination. Michigan Law Review, T. 92, 1993-1994, pp. 1052 ss.

<sup>133</sup> Ibíd., p. 1048.

probatoria y prácticamente eliminando cualquier iniciativa por parte del juez, llevó al extremo estadounidense de un sistema dirigido a silenciar al acusado, desaprovechando del todo el potencial probatorio de sus declaraciones. Como dice Langbein, el privilegio contra la autoincriminación es una criatura del abogado defensor<sup>134</sup>, y se puede afirmar que en su versión actual, es un producto de la orientación bipolar del proceso.

## 5. La tradición jurídica del legalismo adversarial

Hasta este momento hemos precisado en qué consiste el entorno procesal del sistema adversarial estadounidense y cómo se materializa en algunas prácticas y figuras jurídicas centrales relacionadas con la prueba. Dejamos clara la conexión entre ambos ámbitos, especialmente entre el factor bipolar extremo en la comprensión de la litigación americana y el derecho a confrontación, la preocupación excesiva de excluir evidencia derivativa y la eliminación del rol probatorio del acusado.

Nos falta aún hacer una referencia más amplia a la pregunta por qué en EE. UU. el factor bipolar pudo desarrollarse con tanta intensidad generando estas figuras procesales tan ajenas a las formas convencionales de investigación de hechos. A mi parecer, los autores críticos del sistema, como los citados Langbein y Pizzi, si bien dejan de manifiesto los absurdos de algunos arreglos procesales probatorios desde el punto de vista convencional de determinación fáctica, no toman en cuenta su rol en una visión más amplia referente a la forma en que un país entiende el ejercicio del poder y el derecho. Por eso creo que, de forma complementaria a lo desarrollado hasta ahora, corresponde una breve referencia a cómo el proceso adversarial estadounidense encaja en la *tradición jurídica* de ese país.

Merryman nos da la siguiente noción de tradición jurídica que me parece adecuada para lo que estamos estudiando:

“Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 1054.

reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. **La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural** [énfasis agregado].<sup>135</sup>

Esto nos conecta con la vocación del pensamiento de Damaska de vincular las normas procesales, no solamente con el ambiente institucional inmediato del proceso, como lo hemos hecho hasta ahora, sino que también con la forma en que una cultura determinada entiende el derecho y el ejercicio del poder.

Creo que para el caso de EE.UU. Robert Kagan hizo un gran aporte para dilucidar cómo la tradición jurídica de ese país afecta los procesos judiciales. Utilizando los criterios que Damaska nos ofrece en *Las Caras de la Justicia*, el autor llama *legalismo adversarial* la tendencia americana de crear e implementar políticas públicas y resolver disputas mediante litigación dominada por abogados.<sup>136</sup>

Sostiene que el legalismo adversarial no se debe a que a los americanos les guste demandar, sino que a tradiciones políticas y arreglos legales que incentivan enfrentar problemas sociales acudiendo a mecanismos adversariales.<sup>137</sup>

Los rasgos más distintivos de este estilo americano son, por un lado, la *contestación legal formal*, es decir, una tendencia de contrincantes a invocar derechos y deberes legales y requerimientos procesales que puedan ser ejecutados por una autoridad mediante una toma de decisión formal, por el otro lado, *activismo litigante*, es decir, una tendencia de enfrentar los problemas sociales

---

<sup>135</sup> MERRYMAN, J. H. La tradición jurídica romano canónica. México, Fondo de Cultura Económica, 1970, p. 15. Cabe advertir que me distanciaré de Merryman en cuanto a la delimitación de una tradición jurídica. Él se limita a afirmar que existen tres tradiciones jurídicas, yo consideraré para efectos de este trabajo que EE.UU. y Alemania tienen tradiciones jurídicas propias sin entrar en la discusión de delimitación.

<sup>136</sup> KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 3.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 34.

dejando el control de las contiendas en manos de los particulares (ya sean grupos de interés o partes en un proceso) y no en manos de los funcionarios públicos (es decir, lo que nosotros a nivel del proceso hemos divisado como orientación bipolar).

Esto, a su vez, se debe relacionar con la forma de ejercer el poder político en EE.UU. La histórica desconfianza al poder centralizado ha producido una realidad política en la que el poder de las instituciones de toma de decisiones públicas *está fragmentado* y la organización del poder cuenta con un *control jerárquico débil* en favor de un esquema de ciudadanía participativa.<sup>138</sup> Según el autor, esta mezcla entre esquema participativo (en los términos de Damaska, un modelo de organización de poder paritario de coordinación), por un lado, y formalismo en los procedimientos de toma de decisiones, por el otro, dan lugar a este legalismo adversarial del que el proceso penal es solo una limitada expresión.

Precisamente el estallido de la litigación se dio en la segunda mitad del siglo XX, cuando en EE.UU. aumentaron las demandas sociales y se empezó a exigir acción del estado en la solución de problemas sociales. EE.UU. pasaron de ser un estado reactivo (en los términos de Damaska), a un estado activo. Sin embargo, estando tradicionalmente limitado a una organización paritaria y fragmentada de poder y ante la ausencia de una jerarquía y burocracia nacional que le permitiera al estado una efectiva implementación de políticas públicas para la satisfacción de las demandas sociales, EE.UU. las tuvieron que enfrentar con leyes que creaban derechos subjetivos y fomentaban el surgimiento de grupos de intereses en defensa de fines específicos, dejando la implementación de las políticas en gran medida en manos de la iniciativa particular, provocando una explosión de litigación y abogados.<sup>139</sup> En materia penal el ejemplo se encuentra en la llamada “revolución del debido proceso” en los años sesenta en cuyo marco la Corte Suprema tendía a aumentar y precisar los derechos del imputado en fallos emblemáticos (de los cuales hemos citado algunos en este capítulo).

Finalizamos este capítulo llamando la atención sobre la relevancia de la cultura jurídica al momento de comprender y evaluar arreglos procesales. Figuras jurídicas específicas como la

---

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, pp. 40 ss.

práctica del interrogatorio cruzado, la exclusión del *hearsay*, y el derecho al silencio del imputado, más de obedecer a mecanismos universalmente adecuados o deficientes, consisten en expresiones procesales que tienen sentido en una idea de derecho y poder en la que el protagonismo de los particulares se considera esencial en la configuración del equilibrio entre el poder público y el individuo. Recordando las reflexiones sobre el derecho comparado que efectuamos en el capítulo anterior, hay que evitar que prejuicios y reduccionismos localistas distorsionen el estudio de derechos extranjeros.

CAPÍTULO III  
**LA PRUEBA PENAL EN EL PROCESO NO ADVERSARIAL: EL SISTEMA  
ALEMÁN**

**1. Introducción**

Ahora corresponde revisar las relaciones entre ambiente institucional y los arreglos procedimentales en un sistema no adversarial concreto en contraste con los resultados del capítulo anterior respecto al proceso angloamericano.

El caso alemán parece una buena elección. Su sistema concilia la lógica de los sistemas inquisitivos históricos con los principios liberales modernos, y, más recientemente, con exigencias constitucionales definidas por el tribunal constitucional del país. Adicionalmente, su ejemplo e influencia en el desarrollo del derecho procesal comparado y en el diseño de los procesos en otros países está fuera de discusión y, en ese sentido, es más fuerte que la influencia del sistema anglosajón.

Sin embargo, antes de comenzar es necesario hacer una precisión terminológica. En Alemania se discute si es adecuado utilizar el término “parte” para designar a la fiscalía y al imputado, representado por el defensor. La discusión se produce por el hecho que, como veremos, el rol, tanto de la fiscalía como la defensoría no se conciben como partidarios, sino que tendientes a un interés general, si bien con distintos énfasis. Debido que utilicé el termino en los capítulos anteriores y este no es lugar para hacerme cargo de todas las arista de dicha discusión, seguiré usando “parte” para referirme a la fiscalía y al imputado y su defensor, sin pretender tomar posición concreta respecto a aquel debate. Dicho esto, revisaremos a continuación los aspectos centrales del ambiente procesal del sistema procesal penal alemán, para posteriormente relacionarlo con arreglos procesales específicos, con la misma estructura de análisis del capítulo anterior.

## 2. Corte unitaria y mixta

Hemos mencionado que la participación legista puede estar configurada de varias formas.

En primer lugar, puede tener el aspecto del proceso anglosajón contemporáneo en que actúan un juez y un jurado de forma aislada con atribuciones divididas.

En segundo lugar, puede tener el aspecto del proceso anglosajón histórico que tuvimos en cuenta en capítulo anterior en el que también actúa un juez y un jurado, pero no de forma aislada, sino que mediando conductos formales e informales de comunicación e intercambio para llegar a una decisión acertada.

En tercer lugar, existen los tribunales pueden tener carácter de mixtos, integrados por miembros profesionales y legos que participan con las mismas atribuciones en la decisión, tanto de culpabilidad como de punibilidad. Este es el caso del sistema alemán que revisaremos a continuación.

Originalmente el proceso alemán contemplaba dos tipos distintos de participación legista; dependiendo del tipo de causas se contemplaba un tribunal mixto que integraba legos llamados escabinos (*Schöffengericht*) y un juicio por jurado (*Schwurgericht*). En los años veinte se eliminó este último por la preocupación de que el jurado no comprendiera por sí solo las aristas jurídicas de los asuntos sometidos a su conocimiento, quedando como única opción el tribunal mixto (sin perjuicio de los juicios ante juez profesional único para la criminalidad de menos gravedad y de los juicios ante las cortes superiores que no cuentan con participación legista).<sup>140</sup>

Si bien la presencia legista se justifica en Alemania por razones parecidas al jurado en EE.UU., es decir, evitar abuso de poder y fomentar mayor sintonía entre el pueblo y la judicatura y el sentido común en las decisiones<sup>141</sup>, se diferencia en el sentido de que no parece existir la

---

<sup>140</sup> ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Traducción de la 25a. edición alemana de CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000, p. 34,

<sup>141</sup> VOLK, Claus. Grundkurs StPO. 4ª Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2005, p. 15.

preocupación que el contacto directo con los jueces profesionales en la deliberación pueda distorsionar o neutralizar esta función y estudios empíricos demuestran que esta función es efectiva ya que en muchos casos la opinión legista se impone ante la opinión profesional.<sup>142</sup>

Además, los legos no son seleccionados para un único caso como en EE.UU., sino que por un término de varios años (actualmente cinco años, de 2009 a 2013), por lo tanto, alcanzan a adquirir una comprensión del proceso y la labor de adjudicación, pero sin ser absorbidos por la rutina profesional.<sup>143</sup>

El proceso de selección es oficial y depende de cada estado, pero las partes de un caso específico no tienen injerencia alguna respecto a los funcionarios legos que participarán en el juicio, fuera de las causales de recusación. Es decir, el sistema no admite nada comparable al *voir dire* estadounidense en el cual el enfrentamiento bipolar alcanza la composición misma del adjudicador.

Tanto los legos como los profesionales tienen la *misma función y los mismos derechos*, están presentes en la audiencia y deciden en una *deliberación conjunta* aspectos tanto de culpabilidad como de punibilidad (no hay distribución de tareas ni en cuanto al derecho y los hechos, ni en cuanto a culpabilidad y punibilidad, como ocurre en EE.UU.).

Como mencionamos en el capítulo anterior respecto al proceso angloamericano, el juez, tan débil durante el juicio, tiene un amplio poder de afectar la decisión al establecer la pena y evaluar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (y los hechos correspondientes). En ese sentido, la influencia legista americana se ve notoriamente disminuida a favor del juez profesional. En Alemania los legos tienen más influencia en ese sentido, al no estar limitados a los hechos y la culpabilidad, sino que con poder decisorio sobre todo el espectro de la responsabilidad penal.<sup>144</sup> La influencia legista es más amplia en Alemania también en otro sentido: en EE.UU. la institución del *plea bargain* excluye el juicio por jurado en la gran

---

<sup>142</sup> LANGBEIN, op. cit. (n. 28), p. 204.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, pp. 206 ss.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, pp. 202 ss.

mayoría de los casos. En cambio, en Alemania no existe un derecho tan amplio para renunciar a la presencia lega en juicio: en general todos los casos llegan ante un tribunal de escabinos (salvo la criminalidad leve) sin posibilidad de renuncia.<sup>145</sup> Sin querer profundizar en los aspectos de justicia negociada que escapan del núcleo de este trabajo, este contraste entre presencia lega esencialmente renunciable en EE.UU. y esencialmente irrenunciable en Alemania ya nos anticipa el compromiso del proceso alemán con la averiguación acertada y legítima de los hechos que no se encuentra en un esquema bipolar, como veremos en el próximo apartado.

El criterio legal para llegar a una decisión, consagrado en el § 261 StPO<sup>146</sup>, es la *libre convicción* y la jurisprudencia inicial le dio una interpretación bastante subjetivista. Sin embargo, a diferencia de la decisión del jurado estadounidense, la decisión no es críptica. La sentencia debe ser fundamentada y esta fundamentación se debe comunicar según § 268, lo que es consistente con el vuelco que ha existido en la jurisprudencia alemana hacia mayor objetividad en la decisión que es controlable por los tribunales superiores.<sup>147</sup>

En cuanto a la decisión misma, las reglas de votación están hechas de forma que los legos puedan imponerse frente al voto profesional. La composición de los tribunales consiste, en general, en tres jueces, dos escabinos y un juez profesional (quien será el presidente), excepcionalmente, en los juicios ante la Gran Cámara del Tribunal Estatal, la integrarán tres profesionales y dos escabinos. Una condena requiere una mayoría de dos tercios (§ 263 II), por lo cual, en caso de discrepancia entre profesionales y legos, los primeros nunca podrán desvirtuar la absolución que decidan los segundos. Los jueces profesionales sólo pueden imponerse a favor del acusado, absolviéndolo. Además, la regulación del orden de votación se encarga de que los escabinos voten antes que los profesionales para asegurar la independencia de su voto (§ 197 del GVG, ley de organización de tribunales).<sup>148</sup> La decisión del tribunal mixto debe ser motivada y es susceptible de apelación, en oposición al carácter críptico e inimpugnable del veredicto del jurado.

---

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 199.

<sup>146</sup> El párrafo se refiere a la ordenanza procesal penal alemana. A continuación, cuando se indique un párrafo sin mencionar cuerpo legal, se debe entender referida a la ordenanza procesal penal.

<sup>147</sup> ROXIN, *op. cit.* (n. 140), pp. 103-105.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 418.

Se puede concluir que la presencia lega en las cortes mixtas alemanas se justifica por razones análogas al jurado angloamericano, y tiene mecanismos para asegurar que se cumplan: el resguardo contra el abuso del estado se asegura por la composición, el sistema de votación y la amplitud del ámbito de decisión del elemento lego, y el período de ejercicio es suficientemente corto para que los beneficios de la mayor cercanía lega al caso concreto no se desvirtúe.<sup>149</sup> Pero a diferencia del sistema angloamericano contempla resguardos a deficiencias legas, como a deliberación conjunta (que permiten una aclaración completa e informal de los aspectos de derecho), motivación de la decisión y posibilidad de impugnación.<sup>150</sup> Veremos que, junto a la orientación unipolar, estos resguardos hacen desaparecer la necesidad y pertinencia de amplias reglas de exclusión probatoria (como por ejemplo por *hearsay*).

### **3. Orientación unipolar y poder del juez en la actividad probatoria**

#### *a. Aclaración conceptual*

En el capítulo anterior apreciamos la relevancia histórica y el gran impacto de las consecuencias de la orientación bipolar del proceso angloamericano y su captura por los abogados. El ambiente institucional del proceso penal alemán es radicalmente diferente en ese aspecto, la actividad probatoria es concebida como un esfuerzo común entre el juez y las partes que se realiza bajo una lógica de colaboración orientada a la verdad, sin dejar de reconocer los intereses de cada interviniente. El tribunal, dirigido por su presidente (un juez profesional), comparte con las partes la tarea de determinar los hechos de forma acertada, la que es su responsabilidad. En ese sentido rige el principio de oficialidad y de investigación. Sin embargo, antes de seguir, haré una aclaración conceptual para evitar confusiones.

Generalmente se vincula el principio de investigación con procesos inquisitivos en los que es tarea del juez investigar los hechos y proceder contra el imputado que es considerado objeto de esa tarea judicial. Sin embargo, no considero que sea recomendable confundir esos dos aspectos

---

<sup>149</sup> LANGBEIN, op. cit. (n. 28), p. 214.

<sup>150</sup> *Ibíd.*, p. 202.

que se pueden distinguir analíticamente. Al *proceso inquisitivo* se opone el proceso acusatorio, y el criterio de distinción de ambos no es la existencia o no de atribuciones del juez para participar activamente en la determinación de los hechos, sino que si *la actividad de acusación y de juzgamiento están unidas en un funcionario*, o si radican en dos funcionarios distintos. Ahora, al *principio de investigación* se opone, no a la idea de un proceso acusatorio, sino que al principio dispositivo, y el criterio de distinción radica en que en virtud del primero el *tribunal es responsable de un acabado esclarecimiento de los hechos para una toma de decisión correcta*, mientras que en el segundo las partes pueden diseñar el objeto de prueba y controlar la rendición de prueba, como es la regla en los procesos civiles. Por lo tanto, conceptualmente nada se opone a que en un proceso acusatorio rija el principio de investigación y el juez cuente con facultades para lograr una acabada comprensión de la base fáctica dentro del marco de la acusación, y precisamente ese es el caso del sistema procesal penal alemán.

b. *Obligación judicial de esclarecimiento*

La norma que consagra el principio de investigación se encuentra en el § 155, que en su primer inciso limita la investigación y juzgamiento a la acción y a las personas que constan en la querrela, estableciendo, en el segundo, que *dentro de estos límites* los tribunales están *facultados y obligados a actuar de forma autónoma*. Este ámbito autónomo de actividad judicial consagra el principio de investigación de la verdad material<sup>151</sup>, oponiéndose visiblemente a la pasividad del juez anglosajón y, en materia probatoria se traduce en la siguiente disposición encontrada en el § 244 II:

“Para efectos de investigar la verdad, el tribunal debe extender la recepción de prueba de oficio a todos los hechos y medios de prueba que sean significantes [*von Bedeutung*] para la decisión.”

Esta norma no puede ser más clara en cuanto al establecimiento de la unipolaridad del proceso penal alemán. La actividad probatoria no está entregada a las partes y sus abogados, sino que se

---

<sup>151</sup> MEYER-GROßNER, Lutz. Strafprozessordnung. 48 Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2005, p. 648 [ § 155 Rn 2].

considera que el tribunal y los intervinientes realizan una actividad común dirigida a la determinación de la verdad, pero bajo dirección judicial.

El objeto y la rendición de prueba no se condicionan a un molde prefijado por consideraciones estratégicas de las partes, sino que tienen como norte la verdad de lo ocurrido, teniendo el tribunal el poder y deber de canalizar los impulsos partidarios de la fiscalía y el defensor hacia ese fin. El tribunal está sometido a lo que la doctrina y jurisprudencia alemana llama *obligación de esclarecimiento* que exige del tribunal investigar los hechos significantes de oficio, con la cooperación de las partes (pero no condicionado a sus solicitudes) agotando todos los medios de prueba para esos efectos.<sup>152</sup> Por lo tanto, no está limitado a los medios de prueba ofrecidos por las partes si no que puede procurarse de forma independiente medios adicionales (tanto para la decisión sobre la apertura del juicio oral en conformidad al §202 como para su preparación según el § 221), tampoco está vinculado a las afirmaciones de las partes, en especial a la confesión del acusado.<sup>153</sup>

Para el mejor ejercicio de ese poder, el juez presidente está familiarizado con el contenido del expediente de investigación y con los detalles del caso, a diferencia del juez angloamericano que es básicamente ignorante de las particularidades del conflicto. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter acusatorio del proceso, el ámbito de actuación del juez está reducido a los límites de la querrela en conformidad al § 155 en relación al § 151 que exige la interposición de una querrela para la apertura de una investigación.

En resumen, el juez debe esforzarse por la *mejor prueba posible*<sup>154</sup>, no conformándose con las pruebas solicitadas por las partes y bajo la obligación de ordenar la rendición de pruebas adicionales cuando los hechos indican la posibilidad y necesidad de una visión más acabada de lo ocurrido.

---

<sup>152</sup> ROXIN, op. cit. (n. 140), pp. 381 s.

<sup>153</sup> *Ibíd.*, p. 99.

<sup>154</sup> VOLK, op. cit., p. 234.

Ante este poder del juez la actuación de las partes en la prueba está configurada como derechos de solicitud de prueba con el fin de equilibrar y controlar la actividad judicial (adicionalmente pueden hacer presente la necesidad que el tribunal aclare un hecho o se sirva de algún medio de prueba que el juez presidente decidirá según su adecuación al deber de esclarecimiento).<sup>155</sup> El rechazo de una solicitud de prueba requiere resolución judicial razonada, figurando entre las razones consideraciones tanto de forma como de fondo en muchas de las cuales influye el entendimiento del tribunal del alcance de esclarecimiento de los hechos (irrelevancia, impertinencia, inspección personal innecesaria, § 244 V). Como vemos, estos derechos no logran contrarrestar la dominancia judicial y dejan muy poco espacio para la litigación partidaria y estratégica. Sin embargo, la posibilidad de impugnación de la decisión final (en la que puede haber influido un rechazo improcedente de una solicitud de prueba) protege contra posibles arbitrariedades judiciales.

Estas disposiciones corresponden al diseño básico del sistema alemán de un tribunal activo y comprometido con una acertada base fáctica en el proceso, a diferencia de la debilidad y pasividad que vimos en el juez anglosajón al respecto. Pero esta posición del tribunal no es el único factor que aporta a un proceso de orientación unipolar. También la forma en que están regulados (y son percibidos) los roles del fiscal y del defensor contribuye a esta idea de la actividad probatoria como un esfuerzo común, como veremos a continuación.

c. *Rol colaborativo de fiscal y defensor*

El protagonismo del juez en la determinación de los hechos tiene un impacto importante en la posición del fiscal.

En el juicio oral y su preparación el *rol del juez y el rol del fiscal se acercan*, ambas labores esta dirigidas a determinar los hechos en conformidad a la verdad. En ese sentido tanto la ley (§160 II) como la doctrina no han tenido mucha vacilación en reconocer un *principio de objetividad* del ministerio público, en el sentido que debe incluir en su labor la investigación de

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 236.

los hechos y presentación de las pruebas que favorezcan al imputado. Se considera que ambos están igualmente orientados al valor jurídico.<sup>156</sup> El sistema alemán rechaza la fragmentación artificial de la actividad probatoria, y su resultado de una base fáctica incompleta y potencialmente distorsionada. Por el contrario, la actividad del juez y del fiscal se ven como complementarias, comparten la vocación de esclarecimiento con el fin de incorporar todos los hechos, medios y puntos de vista relevantes para una completa averiguación de la verdad y una decisión acertada.<sup>157</sup>

Bajo este esquema de instrucción orientado a la verdad el rol del defensor también cambia radicalmente.

En el modelo adversarial la justicia del procedimiento probatorio se mide según su aptitud de asegurar la *fairness* entendida en términos formales como igualdad de armas, metáfora que en concreto se traduce en la exigencia de oportunidad y la posibilidad efectiva de las partes, no solamente de rendir su prueba, sino que además de examinar, controvertir e impugnar la prueba contraria. Dentro del ámbito de actuación de los abogados definido formalmente, estos tienen amplia libertad, sin estar limitados por una autoridad pública preocupada por la verdad material. Así, vimos que el proceso penal estadounidense apenas contempla restricciones en las estrategias y prácticas de los abogados defensores para obtener una absolución y ganar el caso (aunque no contribuyan a la acertada determinación de la verdad o incluso la amenacen). *En un sistema que reconoce y somete al fiscal y a juez al principio de investigación de la verdad material, la libertad del abogado defensor se encuentra con limitaciones respectivas.*

En Alemania existe más regulación de la profesión de la abogacía y los supuestos jurisprudenciales y doctrinales de obstrucción de justicia (interpretados a partir del delito de la *Strafvereitelung*, § 258 del Código Penal alemán) son más amplios, son penados incluso a nivel de tentativa, e incluyen casos como convencer al imputado no confesar en el juicio oral, pedir

---

<sup>156</sup> ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. *En*: MAIER, Julio (Ed.). El Ministerio Público en el Proceso Penal. Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 45.

<sup>157</sup> Por lo tanto, el principio de investigación de la verdad material es compartido por fiscal y juez en virtud de los §§ 155II, 160 II y 244II citados, así en BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2005, p. 21.

una absolución a sabiendas de la culpabilidad del acusado, o “preparar” al testigo e inducirlo a dar respuestas falsas.<sup>158</sup> Esto se opone manifiestamente a la libertad estratégica estadounidense, en la cual, por ejemplo, la práctica del *coaching* de testigos es generalmente practicada, aceptada y abiertamente perfeccionada entre los abogados<sup>159</sup> a pesar de amenazar la acertada determinación de los hechos. Entonces, la orientación unipolar hacia la verdad también limita y condiciona el actuar del abogado defensor configurando la actividad probatoria como colaborativa y no de enfrentamiento.

Es más, la doctrina considera que *también el defensor está obligado actuar conforme a la verdad*<sup>160</sup> y, en relación con eso, incluso se discute si el defensor representa exclusivamente los intereses del acusado o si también vela por el interés general.

La doctrina tradicional respecto a la naturaleza jurídica del defensor afirma que se trata de un órgano de la administración de justicia independiente, y no simplemente un mandatario del imputado. Según el tenor del §137 I provee “asistencia” al imputado, lo que no excluye que deba servir a los intereses de la administración de justicia.<sup>161</sup>

Si bien esta teoría es criticada y ha hecho surgir teorías que, por el contrario, postulan la absoluta parcialidad del defensor, el solo hecho que esta teoría del defensor objetivo se haya planteado es muy revelador del enfoque alemán que tiende a la colaboración rechazando la polarización que promueve el sistema anglosajón. Incluso las teorías que afirman la obligación del defensor a la parcialidad no la postulan como una exigencia de un derecho absoluto del

---

<sup>158</sup> VOLK, op. cit., p. 104.

<sup>159</sup> Como el sistema adversarial bipolar exige estructuralmente a las partes hacer encajar los medios de prueba a su versión de los hechos (cada parte tiene “sus” medios de prueba) es difícil concebir una división clara entre lo permitido y lo prohibido, y restricciones a los métodos de los abogados tienden ser percibidas como amenaza al derecho de presentar una prueba adecuada, en ese tono la crítica a las normas federales de manipulación de testigos del abogado JEFFRESS, William. The New Federal Witness Tampering Statute. *American Criminal Law Review*, T. 22, 1984, p. 6. En cambio, en un sistema en que el fin del proceso se considera una decisión correcta conforme a la verdad material, como el alemán, la línea divisora entre lo prohibido y permitido es más cierta y clara (cercana al sentido común), lo que permite que la concreción jurisprudencial de disposiciones vagas en prohibiciones específicas no sea problemática.

<sup>160</sup> VOLK, op. cit., p. 102.

<sup>161</sup> ROXIN, op. cit., p. 132.

imputado, una necesidad estructural del proceso o como un resguardo (directo) contra el abuso estatal, sino que más bien como una exigencia de otros principios jurídicos, como la presunción de inocencia y la necesidad de velar por la corrección de las formalidades del proceso.<sup>162</sup>

Por lo tanto, mientras que en el proceso angloamericano la defensa es un presupuesto sistémico, teóricamente imprescindible para concebirlo, en el esquema colaborativo alemán se justifica pragmáticamente (para la mejor protección de los derechos del imputado y resguardar adicionalmente la corrección formal del procedimiento), pero es teóricamente prescindible.<sup>163</sup>

Eso se debe a que, de forma análoga al caso del fiscal, también aquí el rol del juez y el rol del defensor se acercan condicionándose mutuamente: Vimos que la idea de colaboración se produce porque, en cierta medida, el fiscal y el juez comparten la labor de averiguar los hechos en conformidad a la verdad. Análogamente, la labor del juez y del defensor se acercan en la medida que el primero comparte con el segundo la labor de asistencia al imputado.

Según la doctrina existe un *deber judicial de asistencia* que se enmarca dentro de los poderes que tiene el juez en el proceso<sup>164</sup> en base al § 264 y las aplicaciones en el § 265 y tiene como fin asegurar una defensa completa del acusado y protegerlo de vuelcos sorpresivos en juicio.<sup>165</sup>

Acá nos encontramos con otra diferencia muy interesante con el proceso penal angloamericano. Como pudimos apreciar, los autores críticos del sistema estadounidense (especialmente Pizzi) se quejaban de una obsesión por la perfección formal del procedimiento por la que tiene que velar el juez, un afán que se mantiene de forma independiente del mérito sustancial del juicio y que, unido a la debilidad judicial, perjudica tanto al imputado como la persecución.<sup>166</sup> A pesar de criticarse, vimos que esto tiene sentido en un sistema concebido como un enfrentamiento entre dos opuestos bajo el respeto de reglas formales que garantizan la *fairness*. Sin embargo, esto es inaceptable en un esquema unipolar orientado a la verdad, por lo

---

<sup>162</sup> ROXIN, *ibíd.*

<sup>163</sup> VOLK, *op. cit.*, p. 95.

<sup>164</sup> ROXIN, *op. cit.*, p. 366.

<sup>165</sup> MEYER-GROßNER, *op. cit.*, p. 982 [§265 Rn 2].

<sup>166</sup> PIZZI, *op. cit.*, pp. 183 ss.

cual la doctrina alemana ha incorporado al debido proceso precisamente este deber judicial de asistencia en *rechazo a un actuar excesivamente formalista*. Este deber del juez significa que en el proceso penal alemán defectos procesales no son categóricos y se excusan a favor del respeto a los derechos de los intervinientes y la acertada decisión final.<sup>167</sup>

Finalmente, la colaboración no rige solo en la relación entre interviniente y el juez, sino que incluso entre defensor y fiscal, en cuanto al flujo de información.

En el modelo adversarial el principio era que cada parte tiene acceso exclusivo a la información que maneja, sin que la otra tenga acceso a ella, salvo excepciones. Bajo la óptica del ideal de la actividad probatoria colaborativa en función de la verdad, tampoco es sostenible este principio. El abogado defensor tiene, como regla general, *acceso al expediente del fiscal* según el §147 I, pudiendo informar al imputado de su contenido.<sup>168</sup> Si bien este derecho no es recíproco en el sentido que la defensa no está obligada a exhibir toda la información que maneja, esto no se debe al ambiente procesal sino que al principio de inocencia y al privilegio contra la autoincriminación (cuya extensión en este tipo de proceso revisaremos más adelante). En todo caso, la ley exige informar a la fiscalía las solicitudes de prueba del acusado (§219 II), confirmándose, en lo que no contraria los principios penales mencionados, el esquema colaborativo en la preparación del juicio oral.

Teniendo en cuenta esta comprensión de los roles del juez, fiscal y defensor, recordemos que en el capítulo anterior vimos que en el proceso bipolar la imparcialidad se considera una exigencia de pasividad como única forma de asegurar el trato equitativo. En cambio, la existencia de un deber de esclarecimiento y asistencia del juez en un esquema unipolar implica otro entendimiento de la *noción de imparcialidad, ya no relacionada con la abstención absoluta del tribunal respecto al contenido de la prueba, sino que con la exigencia de actuar, pero de forma objetiva* y sin tomar partido a favor de una de las partes o actuar según un interés personal. Esto no excluye que su actuación conforme al deber de esclarecimiento pueda favorecer a alguna de las partes. Pero debido a que tanto el fiscal como el defensor deben permanecer fieles a la

---

<sup>167</sup> VOLK, op. cit., p. 180

<sup>168</sup> *Ibíd.*, pp. 97 s.

verdad, la actividad judicial no da la sensación de favorecer o perjudicar a las partes, sino que de aportar a la búsqueda del fin común. El único peligro que un esquema unipolar atribuye a la actividad judicial es que no esté en condiciones de dirigirse al objetivo común de determinación de la verdad por existir un interés personal que turba su criterio. Por lo tanto, son precisamente las normas de exclusión y recusación las adecuadas para descartar una relación de los jueces con el juicio que ponga en duda su imparcialidad.

Podemos concluir que el proceso penal alemán confía en un protagonismo fuerte del juez dentro del ámbito de la querrela deducida con el fin de obtener una decisión acertada conforme a derecho. Estos poderes se extienden tanto a la definición del objeto de prueba como a los medios que se utilizarán y es concebido como un deber de esclarecimiento para obtener una base fáctica completa sobre la cual pueda actuar de forma acertada el principio *in dubio pro reo* al momento de fallar. Esta fuerza del juez condiciona su relación tanto con el fiscal con el defensor, debido a que comparte con el primero la investigación y con el segundo la asistencia al imputado, acercando los intervinientes y canalizando sus labores hacia el fin común de una decisión correcta conforme a la verdad, partiendo de una base fáctica completa. Como la consecución de este fin exige actividad del juez, esta no se opone a la exigencia de imparcialidad, que en Alemania se identifica con un criterio objetivo en la actuación, es decir, no distorsionado por compromisos personales con el juicio.

#### **4. Influencia del entorno institucional del proceso penal alemán en aspectos de prueba**

##### *a. Prueba de testigos e interrogatorio*

Vimos que en el proceso anglosajón el juez es débil y pasivo y no interviene en el fondo de la actividad probatoria (solamente decide sobre reglas formales) mientras que en el proceso penal alemán el juez puede ordenar por impulso propio la práctica de pruebas que estime convenientes. En el proceso americano se consagra a nivel constitucional un derecho a confrontación a favor del acusado que contiene el derecho a examinar e impugnar la prueba que se rinde en su contra, concretado en el paradigmático derecho, tanto del acusado como la fiscalía, a practicar un interrogatorio cruzado en el que el juez no participa sino para decidir normas de procedimiento.

En cambio, en un ambiente institucional como el alemán orientado de manera unipolar hacia una decisión correcta bajo la responsabilidad de un tribunal investido de amplios poderes, el interrogatorio de los testigos es radicalmente distinto:

En primer lugar, la ley le atribuye un rol dominante al juez presidente durante el juicio oral. Según el §238 I, a éste le corresponde la dirección del proceso en general<sup>169</sup>: de la audiencia, el interrogatorio del acusado y la recepción de la prueba (lo que incluye el interrogatorio de los testigos). Por consiguiente, el contraste con el sistema americano se hace evidente: a diferencia del juez débil, pasivo y con escasos conocimientos del fondo del asunto, en el sistema alemán el centro de poder de la etapa probatoria se encuentra en el juez presidente, pareciendo los demás intervinientes más bien colaboradores del tribunal.

En segundo lugar, en cuanto al interrogatorio, al testigo se le informa sobre los hechos sometidos a investigación y las personas imputadas, y después *debe hacer una exposición contextualizada de lo que sabe sobre los hechos (im Zusammenhang, en conformidad al §69 I)*.

Solamente si es necesario para efectos de claridad y completitud (*Vervollständigung*) de la declaración, o para indagar la razón de sus dichos, se hacen preguntas adicionales (§69 II).

A partir de esta norma la jurisprudencia alemana distingue dos etapas (obligatorias) en la toma de declaración testimonial: la primera en forma de informe o relato (*Bericht*) y posteriormente el interrogatorio propiamente tal (*Verhör*).<sup>170</sup> La doctrina considera que la primera etapa de exposición completa y coherente es un derecho del testigo.<sup>171</sup> Vemos que un interrogatorio en un proceso de orientación unipolar se opone radicalmente a la fragmentación de la base fáctica propia del sistema anglosajón en el que solamente existe un interrogatorio sin una etapa de relato espontáneo.

---

<sup>169</sup> MEYER-GROBNER, op. cit., p. 836 [§238 Rn 1].

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 229 [§ 69 Rn 3]

<sup>171</sup> ROXIN, op. cit. (n. 140), p. 236.

El juez presidente está a cargo del interrogatorio, la declaración no es moldeada por las preguntas de las partes, sino que el testigo expone libre y espontáneamente lo que sabe, y, mientras que en EE.UU. las preguntas de los abogados tienen como fin hacer encajar (y, en los ojos de los críticos, distorsionar) la declaración testimonial a sus versiones opuestas del caso, en Alemania las preguntas posteriores buscan lo contrario: asegurar que la declaración abarque de la forma más completa posible el conocimiento del testigo respecto a los hechos. De hecho, al juez presidente le corresponde formular las preguntas, y solamente con su autorización pueden preguntar los otros jueces profesionales, los legos, el fiscal, al imputado o el defensor (§ 240).

La declaración testimonial continua y contextualizada no hace peligrar los derechos de las partes a ser oídos respecto a la prueba e impugnarla, debido a que el fallo se podrá apelar posteriormente en caso que el juez le otorgue un valor no justificado.

En un sistema que, como vimos, exige al tribunal esclarecer los hechos de forma acertada, que configura los roles del juez, fiscal y defensor de forma que su actividad se perciba como una labor colaborativa y la imparcialidad judicial es concebida como objetividad en el camino hacia una decisión correcta, la prueba de testigo no puede sino tener este aspecto. Esto ha quedado demostrado por la baja aplicación práctica que ha tenido la introducción del interrogatorio cruzado en Alemania.<sup>172</sup> De hecho, el §239 I contempla la posibilidad que el fiscal y el defensor, de común acuerdo, soliciten al juez presidente tomar en sus manos el interrogatorio de los testigos que presentaron. El ambiente institucional del sistema penal no ha permitido que florezca esta práctica que en EE.UU. es considerada un derecho esencial y paradigmático de las partes dentro del proceso. Además, el legislador alemán tuvo reticencia a implementar la versión americana del *cross-examination* dejando espacio para la actividad judicial permitiéndole al presidente dirigir al testigo preguntas aclaratorias después del interrogatorio por las partes (§239 II).

Para concluir, podemos afirmar que la declaración testimonial libre, continua y contextualizada consagrada en el sistema alemán precisamente es posible porque el adjudicador

---

<sup>172</sup> ROXIN, op. cit. (n. 120), p. 123.

no es críptico sino que su decisión es transparente e impugnabile, porque no es necesario anticiparse mediante complejas normas de exclusión a errores del adjudicador, por lo mismo, no cada frase del testigo es una potencial infracción a una norma probatoria y no hay necesidad de interrumpir para evitar esta infracción, no existe la presión bipolar de hacer encajar el testimonio a la propia versión de los hechos y el juez no abandona la actividad probatoria a la voluntad de las partes y “preformance” de sus abogados. La relación entre la modalidad del interrogatorio y el contexto procesal no puede ser más clara.

b. *Prueba derivativa*<sup>173</sup>

En los juicios penales de EE.UU. fuentes probatorias ausentes son consideradas inaceptables en juicio por privar a la contraparte del sagrado derecho a confrontarla, se excluyen previamente. El carácter bipolar del proceso adversarial impone esta concepción. Vimos que esta razón es dominante y más importante que preocupaciones por la disminuida fuerza probatoria de este tipo de prueba que, según estudios empíricos, es tomada en cuenta por los jurados.

En un contexto no adversarial de indagación unipolar, la prueba derivada no deja de ser una preocupación, pero el énfasis cambia: el problema deja de ser la imposibilidad de testear el medio de prueba y pasa a ser el peligro de que éste no sea adecuado para el esclarecimiento de los hechos conforme a la verdad. Por lo tanto, el problema del *hearsay* encontrará un tratamiento distinto, centrado principalmente en el testigo de oídas (*Zeuge vom Hörensagen*)<sup>174</sup>, pero dentro del contexto que se precisará a continuación.

Adelantaremos que en Alemania la *prueba derivativa no se excluye de forma general en sede de admisibilidad*, como es el caso de EE.UU. Para entender el tratamiento alemán de la prueba derivativa es necesario vincularlo a los siguientes aspectos: la ubicación histórica del problema de prueba derivativa en el continente (i), el principio de intermediación en el proceso penal (ii), los

---

<sup>173</sup> “prueba derivativa” definida con DAMASKA como aquellos medios de prueba que extraen su fuerza probatoria de una fuente ulterior de información, DAMASKA, op. cit. (n. 46), p. 425.

<sup>174</sup> A pesar de su parentesco etimológico *hearsay* y *Hörensagen* no tienen significado jurídico idéntico. Mientras el término inglés se refiere a todo tipo de prueba derivativa (oral y escrita) el término alemán, desarrollado en el contexto romano-canónico, se relaciona únicamente con el testimonio oral, *ibíd.*, p. 436.

alcances del principio del debido proceso alemán en materia de contestación de prueba (iii), y el tratamiento bajo la orientación unipolar del proceso (iv).

(i) En cuanto a la *ubicación histórica* del problema de la prueba derivativa en el continente, la tradición medieval romano-canónica estaba muy consciente de sus peligros, mucho antes de la formulación inglesa de la norma del *hearsay*. Pero a diferencia de ésta, de un principio el déficit de la prueba derivativa no se consideraba la falta de posibilidad de impugnación por la contraria (menos relevante en procesos inquisitivos) sino que la falta de juramento y la ausencia de la imponente presencia del juez que examinaba al testigo en los antiguos procesos, es decir, preocupación por la acertada determinación de los hechos.<sup>175</sup>

Sin embargo, la estructura de estos procesos tornaba imposible optar por una regla de inadmisibilidad, debido a que el juez, investigador y adjudicador a la vez, debía interrogar al testigo de oídas para identificar al testigo original. Al ser inconcebible una exclusión de la prueba de oídas, estos procesos adoptaban reglas de corroboración y suficiencia respecto al peso de declaraciones de fuentes ausentes al proceso (en el marco del sistema de prueba legal).<sup>176</sup> Por lo tanto, un primer aspecto histórico importante consiste en que la *estructura de los procesos inquisitivos impedía el camino de la inadmisibilidad de pruebas derivativas que eran abordadas mediante normas de suficiencia probatoria*.

Un segundo dato histórico relevante para el tema consiste en la presencia de *funcionarios intermediarios* que caracterizaba el antiguo régimen, quienes escribían informes respecto al material probatorio, infectados con sus aseveraciones y opiniones propias, en base a los cuales los tribunales dictaban sentencias afectas a las deficiencias propias de la frialdad rutinaria que genera la excesiva distancia al conflicto.<sup>177</sup>

Ambos aspectos son importantes debido a que fueron objeto de fuerte rechazo en el diseño de los procesos penales modernos del continente, como el alemán, que precisamente afirmaban el

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p. 436.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, p. 440.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, pp. 441 s.

principio de *libre apreciación de la prueba* (rechazando la prueba legal tasada, incluyendo las reglas de suficiencia respecto a la prueba derivativa que pueda ir contra la convicción del juez) y el *principio de inmediación formal* (rechazando funcionarios que medien entre el juez y la prueba). El primer principio hacía insostenible el resguardo romano-canónico contra los peligros de la prueba derivada (en forma de normas legales prefijadas). A continuación revisaremos si hoy existen resguardos alternativos en los procesos penales modernos del continente, como el alemán, empezando por el imperativo de inmediación.

(ii) El *principio de inmediación* entonces tiene su origen en el rechazo a que la apreciación de la prueba sea distorsionada por funcionarios intermedios como ocurría en el antiguo régimen, lo que dio lugar a lo que se llama la versión *formal* del principio que exige que el tribunal observe por sí mismo la rendición de prueba. El desarrollo posterior del principio agregó una versión *material* que requiere extraer los hechos de la fuente probatoria y no de equivalentes probatorios.<sup>178</sup>

Según la doctrina alemana, en ambas versiones el principio busca la investigación acertada de la verdad, en el primero al exigir la cercanía entre el tribunal y los medios de prueba, en el segundo al exigir la cercanía entre el tribunal y el tema probatorio.<sup>179</sup> En su versión formal, el principio solamente rechaza la intermediación oficial, no la privada, por lo cual no constituye obstáculo para la presentación de testigos de oídas.<sup>180</sup> Respecto a su versión material, es menos claro si alcanza la problemática de la prueba derivativa: corresponde revisar los términos de su consagración positiva en el proceso alemán. La norma del § 250 señala:

“Si la prueba de un hecho se basa en la percepción de una persona, ésta deberá ser interrogada en el juicio oral. El interrogatorio no puede sustituirse por la lectura del acta de un interrogatorio anterior o de una declaración escrita.”

---

<sup>178</sup> ROXIN, op. cit. (n. 140), p. 394.

<sup>179</sup> GEPPERT, Klaus. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren. Berlin/New York. De Gruyter, 1979, p.127.

<sup>180</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 46), p. 450.

En su referencia a las actas de interrogatorios anteriores encontramos la consagración del principio de intermediación formal que, como vimos, no afecta la problemática de prueba derivativa. Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, el artículo establece la *preferencia de los medios de prueba personales a los reales* (especialmente a la prueba instrumental)<sup>181</sup> pero no impone un principio general que obligue a la utilización del medio de prueba más cercano, por lo cual no excluye testigos de oídas, que constituyen la problemática principal de la prueba derivativa<sup>182</sup> (sin perjuicio de que pueda absorber supuestos de *written hearsay*<sup>183</sup>).

(iii) Advertimos que en EE.UU., al menos en cuanto al imputado, *hearsay* se excluye en base a la disposición constitucional que asegura el derecho de confrontación. Cabe preguntarse si en Alemania existe un derecho semejante que se pueda oponer contra una declaración de testigos de oídas.

El artículo 103 I de la Ley Fundamental Alemana (GG) contempla el derecho a ser oído, en los siguientes términos:

*“Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales”*

A su vez, el artículo 6 III d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos le reconoce al acusado el derecho

“a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”

Si bien especialmente el contenido de la segunda norma citada nos recuerda al derecho angloamericano de confrontación, la jurisprudencia alemana no considera que la declaración de un testigo de oídas sea inadmisibles por consideraciones de debido proceso.<sup>184</sup> En vez de afirmar

---

<sup>181</sup> MEYER-GROßNER, op. cit., p. 908 [§250 Rn 2].

<sup>182</sup> *Ibíd.*, Rn 3, 4, también en VOLK, op. cit., p. 186 y ROXIN, op. cit. (n. 140), p. 403.

<sup>183</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 46), p. 447.

<sup>184</sup> ROXIN, op. cit. (n. 140), p. 403.

su exclusión, el tribunal constitucional alemán ha impuesto ciertos deberes a los tribunales con el fin de hacer respetar los derechos que se expresan en las normas citadas. Así, ha exigido otorgarle menor peso en la apreciación y mayor exigencia de fundamentación al momento de motivar el fallo.<sup>185</sup>

A propósito del fallo que condena a Monika Haas por la participación en actos terroristas vinculados a la RAF en los años 70, el tribunal constitucional confirmó esta interpretación de las normas del debido proceso en relación a la prueba derivativa. En ese caso, el medio de prueba más importante fue una declaración de un coautor cumpliendo condena en Beirut, que por razones políticas no pudo trasladarse a declarar en el juicio oral contra Haas. En vez de él declararon funcionarios alemanes que estuvieron presentes durante su interrogatorio policial en el que el coautor había declarado afirmando la participación de Haas en el delito terrorista. La acusada alegó infracción al debido proceso. El tribunal constitucional lo negó, pero advirtió que:

“Las declaraciones emanadas de informantes que no fueron interrogados en el juicio oral, según las reglas no bastan, en cuanto a su valor probatorio, para producir la convicción judicial si no son **confirmadas por otros puntos de vista e indicios de prueba que sean importantes** según la convicción del tribunal; el tribunal siempre debe estar consciente de los límites de la formación de su convicción, resguardarlas y, además, **expresarlo en la fundamentación del fallo**” [énfasis agregado].<sup>186</sup>

Esta visión también es compartida por la jurisprudencia europea sobre derechos humanos. A pesar de esto, parte de la doctrina es más radical y afirma la inadmisibilidad de la declaración de testigos de oídas aduciendo que el derecho a interrogar es la base del debido proceso que no se puede ponderar y limitar a favor de otros bienes.<sup>187</sup> No obstante, la doctrina dominante y la jurisprudencia parece más acertada al distanciarse de la vinculación del problema de testigo de oídas con la inmediación o el debido proceso y conectarla más bien con el contexto institucional del proceso alemán, como veremos en seguida.

---

<sup>185</sup> RZEPKA, Dorothea. Zur Fairness im Deutschen Strafverfahren. Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2000, p. 209 .

<sup>186</sup> 2 BvR 591/00

<sup>187</sup> Así la opinión de Dieter Dörr, citado en RZEPKA, op. cit., p. 282

(iv) Al igual que el vínculo que destacamos en EE.UU. entre el *hearsay* y el factor bipolar plasmado en el derecho a confrontación, el tratamiento del testigo de oídas en Alemania se debe vincular al factor unilateral plasmado en la obligación judicial de esclarecimiento del 244 II transcrito arriba.<sup>188</sup>

Siguiendo la comparación, mientras que el derecho a confrontación y a realizar el *cross-examination* excluía categóricamente la rendición de cualquier prueba que la haga imposible (admitiendo, en general, solamente excepciones en que se encuentre un equivalente aceptable al *cross-examination*), *la obligación judicial de esclarecimiento no hace necesario un rechazo tan radical y, por el contrario, manda a que el testigo de oídas sea escuchado si puede aportar al esclarecimiento de hechos significantes*, sin perjuicio del menor valor probatorio que corresponda atribuirle.<sup>189</sup> Por lo tanto, si el testigo presencial, que obviamente es más adecuado para la determinación de los hechos y debería ser preferido en virtud de la obligación de esclarecimiento, no está disponible, nada se opone a que se acuda a la opción más próxima, que sería el testigo de oídas.<sup>190</sup>

Esto explica por qué en el derecho probatorio alemán la discusión sobre la admisibilidad de un medio probatorio derivado no se da a nivel sistémico, como en EE.UU, sino que en relación con los agentes encubiertos e informantes, especialmente, en qué medida se pueden excluir absolutamente de comparecer o declarar en el juicio oral, en cuyo caso hay que ponderar el interés del secreto a la identidad con el de la acertada determinación de la verdad.<sup>191</sup> La discusión se centra en la legitimidad de la injerencia de una decisión del poder ejecutivo en la rendición de prueba y la determinación de los hechos en juicio. La imposibilidad de confrontarlo solamente tiene importancia marginal en la discusión.

Finalmente, otro aspecto del ambiente institucional, la corte unitaria, y la modalidad de interrogatorio continuo y contextualizado se oponen a la efectividad de una exclusión de la

---

<sup>188</sup> VOLK, op. cit. 263.

<sup>189</sup> *Ibíd.*

<sup>190</sup> MEYER-GROßNER, op. cit., p. 909 [§250 Rn 4].

<sup>191</sup> VOLK, op. cit., p. 266

declaración de testigo de oídas (hace imposible prevenir la declaración de oídas mediante una objeción, como es posible en EE.UU.), aportando a la tendencia de admitir este tipo de prueba.

Por lo tanto, se puede concluir que en el proceso penal alemán la problemática de la prueba derivada y del testigo de oídas es entregada al poder y el criterio del juez en el marco de su obligación de esclarecimiento, no existiendo y no siendo necesario ni factible un rechazo categórico de este tipo de evidencia.

*d. El acusado como fuente de prueba y el principio “nemo tenetur”*

Reiteramos que, en su contenido mínimo, el privilegio indica que nadie puede ser forzado a causar su propia condena testificando. En el capítulo anterior seguimos la evolución del privilegio en el mundo anglosajón y cómo el protagonismo del factor bipolar lo transformó un resguardo contra métodos impropios de interrogación en un absoluto derecho a guardar silencio y a no cooperar del imputado, convirtió un proceso en el que los abogados estaban prohibidos y se esperaba que el imputado hable para hacer sus descargos en un proceso en que el defensor testea el caso de la fiscalía, el imputado habla lo menos posible al menos que su declaración sea útil para la estrategia del defensor.

Contrastemos esta breve recapitulación con el contexto del proceso penal alemán: Por un lado nos encontramos con la orientación unipolar dirigida a la verdad que es compartida por el tribunal mixto unitario (bajo dirección del juez presidente), el fiscal e incluso el defensor, lo que significa en materia probatoria que la determinación de los hechos es una tarea fundamentalmente colaborativa. Por otro lado, un proceso penal moderno exige, también en el sistema alemán, un principio que excluya que el imputado sea forzado a causar su propia condena. El afán de determinar la verdad tiende a concebir al imputado como objeto de indagación (contemplando medidas de esclarecimiento que recaen sobre él), mientras que los principios liberales exigen considerarlo sujeto participativo del proceso (afirmando su dignidad humana, protegiéndolo contra medios impropios y consagrando derechos de actuación).<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> ESER, Albin. La Posición Jurídica del Inculcado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana. [en línea]

Creo que, visualizando esta tensión, podemos adelantar lo siguiente: *en un ambiente procesal orientado a la colaboración hacia un fin común el privilegio contra la autoincriminación no puede ser entendido en su versión angloamericana como un derecho a la falta absoluta de colaboración por parte del imputado*. A diferencia del proceso angloamericano de orientación bipolar, el proceso alemán tenderá a promover la cooperación del imputado.

Un juicio dirigido a la acertada determinación de la verdad material con participación de todos los intervinientes en su búsqueda no puede darse el lujo de adoptar una versión del privilegio que desaproveche el mejor medio de prueba que existe en los juicios penales: la declaración del imputado. Veamos si las normas positivas y sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales nos confirman esta conclusión anticipada.

La doctrina alemana generalmente se refiere al privilegio contra la autoincriminación con la expresión latina *nemo tenetur se ipsum accusare*, y si bien se discute su extensión (general no se limita a expresiones verbales sino que a cualquier comportamiento activo), la doctrina extrae su aplicación de los artículos 2I (libre desarrollo de la personalidad), 1I (la intangibilidad de la dignidad humana), 20 III (supremacía constitucional) GG.<sup>193</sup> A nivel legal, la ordenanza procesal penal establece que a todo interrogatorio del imputado se aplica el §136.<sup>194</sup> Este párrafo exige informarle al imputado, al principio del interrogatorio, los hechos que se le imputan, las normas penales correspondientes, el derecho a un abogado de su elección y, respecto al privilegio, que, conforme a la ley, *tiene libertad de pronunciarse acerca de la inculpación o no declarar sobre el asunto* (§136 I). A esta posibilidad de elección la doctrina ha dado el nombre de derecho a negarse a declarar (*Aussageverweigerungsrecht*). En cuanto al juicio oral, tras la lectura de la acusación, también la ley le otorga al acusado la opción de pronunciarse acerca de la inculpación o no declarar (§ 243 IV).

---

<[http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3789/pdf/Eser\\_La\\_posicion\\_juridica\\_del\\_inculpado.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3789/pdf/Eser_La_posicion_juridica_del_inculpado.pdf)>

[consulta: 7 de octubre de 2011], pp. 2 s.

<sup>193</sup> BEULKE, op. cit., p. 73.

<sup>194</sup> BEULKE, op. cit., p. 69.

Antes de seguir con un análisis más contextualizado de esas normas, algunas palabras sobre el juramento y su importancia en esta materia. Retomando la distinción del capítulo anterior entre el privilegio como ausencia de coerción y como derecho a guardar silencio, históricamente se ha considerado respecto al primero que exigirle juramento al imputado es una forma de coerción. Por lo tanto, los sistemas que adoptan dicho modelo del privilegio prohíben que el acusado declare bajo juramento y hacen una distinción categórica entre la declaración del acusado, a quien no se le puede exigir juramento, y la declaración del testigo, quien sí debe jurar, sin perjuicio que también goce de un privilegio contra la autoincriminación. Este es el caso del sistema anglosajón histórico que vimos el capítulo anterior. Solamente el desarrollo de la bipolaridad y la instrumentalización de los medios de prueba (incluida la del imputado) a favor de la versión de los hechos de cada parte hicieron factible y deseable la opción del defensor de dejar declarar al acusado bajo juramento como un testigo y aprovecharse de los beneficios que otorga el ritual. Obviamente en un sistema de orientación unipolar como el alemán no se produjo este desarrollo ulterior, por lo cual en Alemania aún se hace una distinción tajante entre imputado y testigo en materia probatoria.

Según la doctrina, el imputado se diferencia del testigo en que respecto al primero se tolera una actitud pasiva al declarar mientras que el segundo debe participar activamente en la declaración. El primero puede guardar silencio sin justificación, el segundo debe justificar por qué no quiere responder (§ 56). Y, en lo que más importa en nuestro contexto, *el primero no puede declarar bajo juramento, mientras que el segundo, en principio, debe jurar*.<sup>195</sup> Para el imputado del proceso alemán, *mentir no tiene consecuencias jurídicas adversas*. Para el imputado del proceso anglo-americano que declara bajo juramento, mentir significa cometer el delito de perjurio. Por eso en Alemania incluso se ha planteado que el imputado tiene un *derecho a mentir*.<sup>196</sup> Si bien la doctrina en general rechaza la existencia de este derecho, está de acuerdo en que *no existe un deber de decir la verdad*.<sup>197</sup> Esto puede parecer contradictorio: por qué un proceso, como el alemán, dirigido a determinar la verdad no obliga al imputado decir la verdad y un proceso, como el estadounidense, orientado al enfrentamiento bipolar obliga a decir la verdad.

---

<sup>195</sup> El paralelo entre inculcado y testigo en VOLK, op. cit., p. 41.

<sup>196</sup> Sobre la discusión, BEULKE, op. cit., p. 74.

<sup>197</sup> MEYER-GROßNER, op. cit., p. 523 [§136 Rn 18].

La contradicción desaparece cambiando el planteamiento: el sistema alemán, precisamente para apreciar de forma más acertada los datos, tiende a aprovechar en la mayor manera posible todos los medios probatorios, incluida la declaración no jurada del acusado, en el entendido que incluso declaraciones inexactas pueden ser reveladoras al evaluar la prueba en su totalidad.<sup>198</sup>

Pero no solamente la ausencia de obligación a decir la verdad fomenta que el imputado se exprese. El esquema colaborativo se hace visible a nivel conceptual, ya que en Alemania se habla menos de un derecho a guardar silencio, sino que se concibe la *libertad de declaración en una doble faceta*: Su faceta negativa (derecho a negarse a declarar) y su faceta positiva, como derecho a plantear descargos y solicitar pruebas en base al ya citado artículo 103 I GG, ambos como medios alternativos e igualmente legítimos de defensa.<sup>199</sup> Esto no es solamente un asunto de nomenclatura. En el diseño procesal esto se traduce en que durante *todo el proceso se le hace presente al imputado que tiene derecho a hablar*, ya sea en el contexto de un interrogatorio policial (§ 163 a), tras una detención judicial (§ 115 III), tras una detención en caso de flagrancia (§ 128 I), en la etapa intermedia (§ 201 I) o en el juicio oral (§§ 243 IV, 257 I, 258).<sup>200</sup> En estos artículos se contempla, ya sea el derecho de hablar, ya sea la opción de declarar o no declarar en los términos del § 136 mencionado. Por consiguiente, tanto bajo la óptica de su ambiente institucional como de su concreción en normas positivas, en el *proceso penal alemán se espera que el imputado hable* (parecido al modelo anglosajón histórico descrito por Langbein). Y si bien se puede afirmar que tanto en EE.UU. como en Alemania el imputado tiene derecho a guardar silencio y a que su ejercicio no se interprete de forma perjudicial, la posición psicológica del imputado es radicalmente distinta.<sup>201</sup> En el sistema anglosajón se le va a comunicar al imputado antes de su primera declaración, entre otros aspectos, que tiene derecho a guardar silencio y que cualquier cosa que diga puede ser usado en su contra en juicio, su defensor le va recomendar permanecer en silencio, no se le hará pregunta alguna y no hablara hasta el fin del proceso, o, en el caso que se acomode a la estrategia partidaria, hasta que su defensor lo “llame

---

<sup>198</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), p. 528.

<sup>199</sup> ESER, Albin. Der Schutz vor Selbstbeziehung im deutschen Strafprozeßrecht. En: Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 9 (1974), [ en línea] <[http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4232/pdf/Eser\\_Der\\_Schutz\\_vor\\_Selbstbeziehung.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4232/pdf/Eser_Der_Schutz_vor_Selbstbeziehung.pdf)> [consulta: 7 de octubre de 2011], p. 148.

<sup>200</sup> Según la exposición del derecho a poder hablar en ESER, op. cit. (n. 192) p. 6.

<sup>201</sup> DAMASKA, op. cit. (n. 40), p. 527.

al estrado” (*call to the witness stand*). En el sistema alemán, en cambio, se le informa al imputado que está libre de declarar o no declarar y constantemente, en distintas etapas procesales, se le ofrecerá la palabra sin que dependa del defensor que se le pregunte o no se le pregunte. No es de asombrarse que en la práctica los imputados tiendan a declarar en juicio.

Finalmente, enfocándonos en el juicio oral, el esquema colaborativo se manifiesta en el momento en que declara el acusado. Como vimos, el § 243 IV contempla ofrecerle la palabra al acusado antes de rendir cualquier otro medio de prueba. Si decide declarar, lo hará sin conocer las pruebas que la fiscalía rendirá para inculparlo (sin perjuicio de que conozca el contenido del expediente a través del defensor).<sup>202</sup> Así, su declaración no estará condicionada por alguna versión de los hechos de la fiscalía que tenga que refutar, sino que tenderá a orientarse a lo que verdaderamente ocurrió en relación a los hechos que se investigan, conforme a una concepción unipolar del proceso. En cambio, en el esquema bipolar anglosajón, vimos que, si el imputado decide declarar como testigo, lo hace al final, en base al caso que la fiscalía construyó en su contra, tratando de provocar dudas razonables en el jurado respecto a esa versión en la última etapa de la prueba.

Considerando todos estos aspectos, podemos concluir que, si bien en todo sistema procesal penal moderno se asegura un derecho a no declarar del imputado, el ambiente procesal influye fuertemente respecto a cómo este se concibe y se concreta. Mientras que en el esquema adversarial anglosajón se materializa de una forma que fomenta el silencio y desaprovecha la declaración del imputado como medio de prueba, el esquema alemán orientado a la verdad concibe el silencio y la declaración como formas de defensa alternativas, invita al imputado a hablar y aprovecha su declaración para una determinación más acertada de los hechos.

## **5. La tradición jurídica de la decisión correcta**

El derecho alemán se ubica en la tradición jurídica romano-canónica. A finales del siglo XV se consolida la recepción del modelo procesal romano-canónico mediante el

---

<sup>202</sup> DAMASKA, *ibíd.*

*Reichskammergericht* esparciendo sus nociones en todo el imperio alemán durante el siglo XVI.<sup>203</sup>

Posteriormente, las categorías y las formas de razonar propia de la tradición romana se adecuaron a concepciones iusnaturalistas de justicia natural totalizadora (Grotius y posteriormente Thomasius y Wolff).<sup>204</sup>

A diferencia de la tradición del *common law*, la visión romano-canónica concibe el derecho como un área de conocimiento apartada de las prácticas sociales, accesible solamente mediante el aprendizaje y razonamiento abstracto, por lo cual su ejercicio necesariamente debe entregarse profesionales.<sup>205</sup>

Para la recepción y consolidación de la tradición romano-canónica en Alemania, y en general en Europa, también fue determinante su utilidad para establecer un modo de ejercicio de poder centralizado, que se legitima pretendiendo imponer leyes naturales independientes de costumbres locales y cuya comprensión y ejecución corresponde exclusivamente a profesionales de un determinado órgano jerárquico (siguiendo el modelo de la iglesia católica).

No correspondiendo entrar en detalles respecto a la evolución de la cultura jurídica alemana (siendo especialmente relevante la experiencia de las guerras mundiales), actualmente dicha noción universalista sobre el derecho correcto se mantiene y reproduce a través de la interpretación del tribunal constitucional alemán de los preceptos de la Ley Fundamental, traduciéndose esto en una concepción del derecho supra legal, doctrinas jurídicas académicas con pretensión captación total y sistemática de los temas, búsqueda de criterios correctos objetivos y sustento en filosofías basadas en verdad metafísica.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> IBBETSON, David y LEWIS, Andrew. The Roman Law Tradition. En su: IBBETSON, David y LEWIS, Andrew (Eds.).The Roman Law Tradition. Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 6.

<sup>204</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, p. 11.

<sup>206</sup> BECKER, Uwe. Kontrolle versus Vertrauen. Eine vergleichend-historische Studie niederländischer und deutscher Rechts-kultur als Aspekt politischer Kultur. *Jahrbuch 2007 des Zentrums für Niederlandestudien*, Münster, Aschendorff Verlag 2008, [en línea] <http://home.medewerker.uva.nl/k.u.becker/> [consulta: 7 de octubre de 2011], p. 2.

Esta visión jurídica de sistema se opone a la visión jurídica anglosajona del particularismo debido a que una concepción que busca soluciones sistemáticamente coherentes y, en ese sentido, correctas no puede diseñar procesos exclusivamente en base a derechos subjetivos de las partes que intervienen. Esta cultura jurídica necesariamente va tender a procesos que fomenten ese afán de corrección sistémica, mediante lo que he llamado orientación unipolar, y arreglos de sistemas procesales bipolares, como el interrogatorio cruzado, no encontrarán un suelo sólido bajo esta forma de concebir el derecho.

## CAPÍTULO IV

### LA PRUEBA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN DISEÑO NO ADVERSARIAL

#### 1. Introducción

En general la doctrina jurídica internacional afirma que el juicio ante la CPI obedece a un sistema adversarial.<sup>207</sup> En este apartado llegaré a la conclusión contraria, es decir, que obedece a una lógica no adversarial. Si bien me opongo a la opinión dominante, esta oposición no es tan tajante como parece, una vez aclarada la terminología.

Como queda claro en los capítulos precedentes, yo definí un proceso adversarial como aquel en el que se presenta una bifurcación en la corte, una fuerte influencia lega y, como factor más importante, un elemento bipolar que fragmenta la base fáctica en dos posturas opuestas, a diferencia del proceso no adversarial, en que una corte unitaria se encarga de la determinación de los hechos con colaboración de los demás intervinientes, es decir, que tiene una orientación unipolar.

Ninguno de los dos sistemas se opone, conceptualmente, al carácter acusatorio del proceso que supone la división de tareas de investigador y acusador, y la de juzgador, junto al reconocimiento del imputado como sujeto del proceso que goza de determinados derechos, tanto de protección contra intervenciones indebidas, como de actuación en el procedimiento.

Sin embargo, muchos autores, al afirmar que el sistema judicial de la CPI es adversarial, lo dicen pensando en su carácter acusatorio más que en una orientación bipolar. Por lo tanto, mi postura afirma que el juicio ante la CPI es de carácter *acusatorio* (en el sentido que acabo de

---

<sup>207</sup> En su influyente obra introductoria Schabas afirma: “*Although much of the procedure of the Court is a hybrid of different judicial systems, it seems clear that there is a definite tilt towards the common law approach of an adversarial trial hearing*”, en SCHABAS, William. An Introduction to the International Criminal Court. 3a Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 285.

exponer) pero *no adversarial* (especialmente porque es de orientación unipolar y no bipolar, como se expondrá).

Para fundamentar lo anterior, se seguirá el mismo esquema utilizado para el análisis de los sistemas angloamericano y alemán, tratando de depurar el análisis procesal de las distorsiones con las que el afán de propagación y búsqueda de consenso respecto al derecho penal internacional pueda haber contaminado la percepción de estos juicios. Si bien este trabajo no pretende ofrecer un análisis jurisprudencial sistemático, se hará referencia, en lo pertinente, a la praxis de la corte en los primeros casos que conoce.

## **2. Corte unitaria sin presencia lega**

Los tribunales que operan en el marco de la CPI son unitarios y profesionales. La opción de un jurado parece forzada en el contexto internacional. Como vimos, el jurado se basa en una concepción de participación de la comunidad local en el proceso. Como consta en el preámbulo del Estatuto de Roma (en lo que sigue “Estatuto”), la CPI conoce delitos que afectan la comunidad internacional como un todo. Es difícil trasladar la lógica localista del jurado a este contexto. Adicionalmente, los delitos internacionales se producen en el marco de un conflicto político o étnico en el que toda la comunidad, en cierta forma, fue afectada. No se advierte cómo seleccionar un jurado imparcial de manera que el acusado pueda ser juzgado por sus pares.<sup>208</sup>

En cuanto a la exclusión del elemento lego, para juzgar los hechos cometidos en el marco de conflictos es necesario el entendimiento de todas las aristas político-sociales del conflicto. Además, en el ámbito jurídico, para determinar la culpabilidad o inocencia de un sujeto, es necesaria una amplia comprensión del derecho penal y derecho comparado, pero también del derecho internacional humanitario (especialmente en caso de crímenes de guerra) y el derecho internacional de los derechos humanos (el artículo 21(1)(b) del Estatuto hace aplicable los

---

<sup>208</sup> ORIE, Alphonse. *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC*. En: CASSESE, Antonio et al. (Eds.). *The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2002, T. II, p. 1489.

tratados y los principios y reglas de derecho internacional, incluidos los principios del derecho internacional de los conflictos armados).

Se hace evidente que los argumentos de incompetencia lega (o de neutralización de los legos en corta unitaria) cobra mucha fuerza ante la complejidad y la amplitud de criterio (tanto en materias fácticas como jurídicas) que requieren estos casos, con mayor razón teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos que llegan ante la CPI es necesario aplicar alguna teoría de autoría mediata para determinar la culpabilidad, cuya justificación es difícil incluso para jueces profesionales.

Por lo tanto, la estructura por la que se optó para el juicio fue la corte unitaria profesional, compuesta por tres jueces, según el artículo 39(1)(b)(i).

Precisamente por las complejidades de los casos que conoce, el Estatuto exige en su artículo 36(3)(b) competencia y experiencia en materia criminal o conocimiento en amplias áreas del derecho internacional, además de los criterios que se exigen generalmente a jueces internacionales.

Por lo tanto, creo que se puede afirmar que se trata de una corte, no solamente compuesta por profesionales, sino que de profesionales especializados en las áreas del derecho relevantes para el juzgamiento de este tipo de conflictos. Al igual que el sistema alemán, la corte cuenta con un juez presidente que tiene facultades adicionales que veremos más adelante.

Además, al igual que en Alemania, la decisión final de la corte (establecida por mayoría) es motivada (artículo 74(5)) y apelable (artículo 81).

Todas estas características nos permiten anticipar que cualquier arreglo procesal que se justifique en el carácter bifurcado o lego, no es adecuado en este contexto. Así, el hecho que se trata de una justificación profesional revisable no justifica exclusión previa de la evidencia (que sería difícil de aplicar efectivamente ante la ausencia de bifurcación). La exclusión del *hearsay*

por incompetencia lega no tiene asidero, a no ser que estos aspectos encuentren justificación en la bipolaridad, lo que tampoco es el caso como veremos a continuación.

### 3. Orientación unipolar y poder del juez en la actividad probatoria

El Estatuto trata la prueba en su artículo 69 y las Reglas de Procedimiento y Prueba (a continuación “Reglas”). En cuanto a la distribución del poder entre las partes y el tribunal importa especialmente el artículo 64(6) que reza:

“Al desempeñar sus funciones antes del juicio o en el curso de éste, la Sala de Primera Instancia podrá, de ser necesario: (...)

b) Ordenar la comparecencia y la declaración de testigos y la presentación de documentos y otras pruebas recabando, de ser necesario, la asistencia de los Estados con arreglo a lo dispuesto en el presente Estatuto (...)

d) **Ordenar la presentación de pruebas adicionales** a las ya reunidas con antelación al juicio o a las presentadas durante el juicio por las partes” [énfasis agregado]

El Estatuto aclara el fin de esta prerrogativa en el artículo 69(3):

“Las partes podrán presentar pruebas pertinentes a la causa, de conformidad con el artículo 64. La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias **para determinar la veracidad de los hechos.**”

Si bien la doctrina considera que este artículo establece el principio general de presentación de prueba por las partes<sup>209</sup>, su tenor recuerda a la norma alemana que establece el deber judicial de esclarecimiento al indicar como fin la determinación de la verdad.

No es de sorprenderse que el origen de esta norma es precisamente una propuesta alemana en el Comité Preparatorio de 1996, que pretendía extender la prueba a todos los hechos y medios

---

<sup>209</sup> TERRIER, Frank. Procedure before the Trail Chamber. En: CASSESE, op. cit., p. 1290.

probatorios importantes para la decisión.<sup>210</sup> Sin embargo, se rechazó establecerlo como un deber, y se formuló como una facultad.<sup>211</sup>

Antes de sacar conclusiones, conviene revisar otras normas del Estatuto. El 64(3) señala un poder judicial de regulación:

“La Sala de Primera Instancia a la que se asigne una causa de conformidad con el presente Estatuto:

a) Celebrará consultas con las partes y **adoptará los procedimientos que sean necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y expedita**” [énfasis agregado]

y, en cuanto a la prueba, el 64(8)(b) se refiere al poder judicial de regulación en los siguientes términos:

“Durante el juicio, **el magistrado presidente podrá impartir directivas para la sustanciación del juicio, en particular para que éste sea justo e imparcial. Con sujeción a las directivas que imparta el magistrado presidente, las partes podrán presentar pruebas** de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto.” [énfasis agregado]

La regla 140 se refiere a las instrucciones para las diligencias de prueba y testimonio, precisando que:

“1. Si el magistrado que preside la Sala de Primera Instancia no imparte instrucciones con arreglo al párrafo 8 del artículo 64, el Fiscal y la defensa llegarán a un acuerdo sobre el orden y la forma en que se presentarán las pruebas a la Sala. **De no llegarse a un acuerdo, el magistrado que presida la Sala de Primera Instancia impartirá las instrucciones del caso**” [énfasis agregado].

Entonces, el Estatuto no especifica el procedimiento probatorio ante la CPI ni la distribución exacta de los control sobre la prueba entre tribunal y partes, limitándose a consagrar la posibilidad de prueba judicial y la verdad como norte en la determinación de los hechos, y

---

<sup>210</sup> BASSIOUNI, Cherif (Ed.). *The Legislative History of the International Criminal Court*. Ardsley, Transnational Publishers, 2005, T. II, p. 514.

<sup>211</sup> BEHRENS, Hans-Jörg. *The Trail Proceedings*. En: LEE, Roy. *International Criminal Court- The Making of the Rome Statute*, Cambridge, Kluwer Law International, 1999, p. 244.

otorgando, además, al magistrado presidente un poder regulatorio para normar el procedimiento probatorio (sólo si no lo hace corresponde un acuerdo entre las partes). Más que una mezcla entre tradiciones jurídicas la CPI presenta un vacío procesal en esta materia que es crucial para caracterizar un proceso lo que, como se ha dicho, afecta la predictibilidad y consistencia de los procedimientos<sup>212</sup>.

Esto ha llevado a autores afirmar que, si bien se establece el fin epistemológico de la verdad objetiva, la corte no es ni activa ni pasiva, sino que tiene más bien un *rol supletorio* en la búsqueda de la verdad para el caso que las partes no presenten suficiente evidencia.<sup>213</sup>

Sin embargo, en mi opinión, no se advierte en qué sentido la regulación establece una supletoriedad, especialmente si son los jueces los que determinan la suficiencia o insuficiencia de la evidencia presentada por las partes. De hecho, también en Alemania, que reconoce el deber de esclarecimiento judicial, si las partes presentan pruebas suficientes para la determinación de la verdad, el juez tampoco tendrá que intervenir si a su juicio no es necesario para la determinación acertada de los hechos en que basará su decisión. Lo que llamé esquema colaborativo de orientación unipolar no obliga al tribunal ser activo siempre, sino que encargarse de la acertada determinación de los hechos, ya sea mediante las pruebas que ofrecen las partes o las que él mismo ordena. Además, la posibilidad de una actitud activa del tribunal se confirma por el hecho que tendrá a su disposición, de forma similar al juez presidente alemán, el expediente referente a las etapas preliminares (reglas 129, 130, 131) y podrá familiarizarse con las particularidades del caso.

Por consiguiente *el esquema de la CPI es colaborativo y unipolar* ya que, si bien las normas positivas no definen la distribución concreta de los roles, le otorgan a los jueces el poder de determinar la suficiencia o insuficiencia para la determinación de la verdad de la prueba

---

<sup>212</sup> GUARIGLIA, Fabricio. The Rules of Procedure and Evidence for the International Criminal Court: A New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility. En: CASSESE, op. cit. (n. 208), p. 1132.

<sup>213</sup> DE SMET, Simon. A structural analysis of the role of the Pre-Trial Chamber in the fact-finding process of the ICC. En: STAHN, Carsten y GÖRAN, Sluiter (Eds.). The Emerging Practice of the International Criminal Court. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 419.

presentada por las partes, el poder para requerir pruebas adicionales y de regular la forma de presentarlas.

No obstante, conviene revisar adicionalmente el rol de la fiscalía y la defensa (i), y si la circunstancia que la corte tenga sólo una “facultad” y no un “deber” de esclarecimiento desvirtúa el esquema colaborativo (ii).

(i) En cuanto al rol de la Fiscalía en el juicio, su consagración en el estatuto parece confirmar la existencia de un esquema de colaboración. El artículo 54(1) afirma:

“El Fiscal: a) **A fin de establecer la veracidad** de los hechos, podrá ampliar la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, **investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes (...)**” [énfasis agregado].

Nuevamente salta a la vista la similitud con el rol del fiscal alemán y el hecho que esté sujeto al *principio de objetividad*.

Por lo menos los textos positivos dan a entender que existe, al igual que en Alemania, una colaboración de orientación unipolar en materia probatoria entre el fiscal y el juez a abarcar todo el espectro de la base fáctica, si bien con énfasis distintos.

El principio de objetividad se mantiene durante el juicio<sup>214</sup> y el fiscal podría apelar en favor del acusado en virtud del artículo 81(1)(b)(iv).<sup>215</sup> Por lo tanto, a pesar de que los autores insisten en la existencia de un juicio adversarial, *las disposiciones indican, a mi modo de ver, una colaboración entre el fiscal y un tribunal (al menos potencialmente) activo hacia el fin común de la verdad*.

---

<sup>214</sup> RÖBEN, Volker. The Procedure of the ICC: Status and Function of the Prosecutor. Max Planck Yearbook of United Nations, t. 7, 2003, p. 542.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, p. 541.

Un autor ha advertido esto, afirmando que el sistema de la CPI contempla la noción continental de un rol investigativo del fiscal, pero un rol del defensor propio del *common law* en la sala de audiencia.<sup>216</sup>

En oposición a esta postura, no creo que sea posible afirmar la posibilidad de un defensor estratégico ante la CPI.

Vimos que en un sistema no adversarial como el alemán, la tarea de la defensa también se acerca al fin colectivo de determinar la verdad, y que la asistencia al imputado es compartida por el tribunal que tiene un deber judicial en ese sentido, de manera que cualquier impulso estratégico que se desvíe de este fin común será sofocado en este ambiente, y el rol de la defensa radicará principalmente en hacer respetar el principio de inocencia y las formalidades de procedimiento. Ahora bien, creo que el rol del defensor ante la CPI se acerca más a ese modelo que al defensor anglosajón: este último solamente puede existir bajo un régimen de pasividad judicial y autonomía investigativa.

Como vimos, el Estatuto contempla un rol activo del juez y una investigación objetiva del fiscal para la determinación de la verdad. Esta última es necesaria debido a que será prácticamente imposible para la defensa hacer una investigación por su cuenta, en primer lugar, por carecer el acusado de un derecho que ser provisto de fondos para realizarla<sup>217</sup>, en segundo, por los obstáculos que naturalmente encontraría un investigador por la defensa en un país con un gobierno generalmente hostil al imputado. Por lo tanto, *la defensa necesita de la asistencia de la fiscalía y el tribunal* (ambos orientados a la verdad) para la investigación de los elementos exculpatorios, una asistencia que, desde el punto de vista práctico, es más importante que en sistemas nacionales (un ejemplo de esta asistencia se encuentra en el artículo 57(3)(b) del Estatuto, según el cual el imputado puede solicitar la asistencia de la corte para asegurar evidencia o buscar cooperación de los estados para efectos de preparar su defensa).

---

<sup>216</sup> GALLANT, Kenneth. The Role and Powers of Defense Counsel in the Rome Statute of the International Criminal Court. *International Lawyer*, T. 34, 2000, p. 38.

<sup>217</sup> *Ibíd.*, p. 36.

A diferencia de los sistemas nacionales, la asistencia judicial al acusado frente a la CPI está vinculado al poder que tiene de exigir a los estados parte cooperar con las causas que conoce (Parte IX del Estatuto), de manera que el rol del tribunal es indispensable para una acertada preparación de la defensa, lo que excluye la noción de una defensa partidaria e independiente que impera en los sistemas adversariales como el anglo-americano. *La naturaleza misma de la CPI como tribunal internacional exige coordinación y colaboración con la defensa.* No es concebible que un defensor se limite a una estrategia partidaria dirigida a ganar el caso independiente del fin de la acertada determinación de los hechos.

A pesar de esto llama la atención que la regulación del procedimiento de *disclosure* se plantea en términos adversariales, asumiendo enfrentamiento bipolar (el fiscal debe exhibir la evidencia exculpatoria a la defensa lo antes posible en los términos del 67(2) del Estatuto. La defensa, a su vez, tiene deberes de exhibición en ciertos casos (reglas 78 y 79)). Sin embargo, el hecho que las normas de inspección de materiales sean amplísimas (según la regla 77 la defensa puede inspeccionar todo lo que se pertinente para la preparación de la defensa) y que exista un expediente (regla 121 (10)) que incluirá la información exhibida por las partes (regla 121(2)(c)), al que tendrán acceso todos los intervinientes (regla 131 (2))<sup>218</sup> y que justamente tendrá a su disposición el tribunal durante el juicio para ejercer la dirección unipolar (como en juicio no adversariales, regla 130) relegan el enfoque adversarial en esta materia a lo meramente terminológico. En la sustancia, parece tratarse de un enfoque de “todas las cartas sobre la mesa”<sup>219</sup> en que la defensa tiene amplio acceso la evidencia que se presentará contra el imputado, constituyendo nuevamente un esquema de acercamiento colaborativo que no encaja con las lógicas propias de esquemas adversariales bipolares. Precisamente la exhibición de pruebas, regulada de forma ambigua y algo contradictoria en relación con los roles de los intervinientes, ha sido uno de los problemas en el primer caso ante la CPI contra Lubanga, proceso que fue interrumpido ante reticencia de la fiscalía de poner a disposición material exculpatorio. La práctica de la CPI ha sido proactiva en este punto, al enfrentar el incumplimiento de la fiscalía de su obligación de exhibir, tratando remediar el déficit pero

---

<sup>218</sup> ORIE, op. cit., pp. 1484 s.

<sup>219</sup> AMBOS, op. cit. (n. 1), p. 16.

incorporar de todas formas la evidencia al juicio sin excluirla por inadmisibles (lo que no ha permanecido exento de críticas).<sup>220</sup>

(i) En cuanto al hecho que el tribunal tenga una facultad y no un deber de esclarecimiento, se ha afirmado que implica que la responsabilidad de que la base fáctica sea completa radica en las partes y no en el tribunal. Así, lo propio de un sistema no adversarial no sería la mera referencia a la verdad, sino que el establecimiento de un deber para los jueces de aclararla, lo que no es el caso de la CPI.<sup>221</sup> Según esta opinión, el tribunal tiene el deber de velar por que “el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos” (según el artículo 64(2) del Estatuto), pero no un deber de esclarecer los hechos importantes de acuerdo a la verdad como lo establece la ordenanza alemana. No creo que ese razonamiento desvirtúe la caracterización general del juicio ante la CPI como un juicio no adversarial de orientación unipolar.

Siguiendo el estilo de Damaska, no basta ver las disposiciones aisladas sino que las presiones que genera un sistema en conjunto, en relación a los demás actores. En ese sentido vimos que el fiscal está obligado a investigar la verdad e incluir los elementos exculpativos en el juicio, vimos que la defensa no está en condiciones de investigar de forma autónoma, sino que depende de la actividad de la fiscalía y de la corte, que a su vez debe velar por los derechos del imputado, lo que incluye su derecho a defensa conforme al artículo 67(1)(b). *Una acertada defensa dependerá del cumplimiento de la fiscalía de su deber de objetividad, y, en forma más amplia, del deber del juez de velar por el derecho del imputado que la fiscalía lo cumpla para poder preparar su defensa.* La naturaleza misma del sistema excluye una comprensión de la imparcialidad del juez como pasividad, la idea de una igualdad formal no es solamente poco realista y discriminadora, como en los sistemas nacionales, sino que completamente inconcebible ante la CPI. En ese sentido se ha señalado que la fiscalía tiene una *ventaja*

---

<sup>220</sup> CAIANIELLO, Michele. Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models. North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, T. 36, 2011, pp. 312 s.

<sup>221</sup> AMBOS, op. cit., p. 21.

*estructural* por su poder de solicitar asistencia de los estados y ONGs.<sup>222</sup> El tribunal tiene un deber de actuar para proteger el derecho de defensa del imputado (artículo 64(2) del Estatuto), ya sea velando por que el fiscal cumpla su deber de investigar la verdad completa<sup>223</sup>, ya sea haciendo uso de su facultad de determinar la verdad. Por consiguiente, si bien actividad judicial de esclarecimiento no se consagra expresamente como un deber, sino que se establece como una mera facultad, *el contexto procesal, especialmente en cuanto al deber de asegurar el derecho de defensa de un acusado que no puede investigar de forma autónoma, impone un rol activo al juez quien será responsable de que la base fáctica sea lo más completa posible.*

Dicho de otra forma, si el tribunal no se hace responsable de la determinación acertada de los hechos asumiendo un rol activo y, en vez de eso, actúa en base a lo presentado por las partes como si fueran dos posturas opuestas que actúan en un plano de igualdad, perjudicará gravemente los derechos del imputado al debido proceso y a la preparación de una defensa, infringiendo el deber de protección y asistencia que el estatuto le impone en ese sentido. En suma, creo que en el contexto institucional de la CPI y sus órganos *no se puede afirmar un deber judicial de asistencia y protección negando la existencia de un deber judicial de esclarecimiento.*

Cabe agregar que muchas disposiciones positivas confirman esta idea de dirección judicial. Por ejemplo, el tribunal no está vinculado ni a acuerdos probatorios (regla 69) ni a la admisión de culpa por parte del imputado, procedimiento que está mucho más regulado y judicializado que en sus versiones adversariales nacionales.<sup>224</sup>

Otro aspecto que presiona hacia la unipolaridad del procedimiento ante la CPI es la consideración que la corte debe tener con las víctimas, tanto en cuanto a su participación como protección. Si bien el rol de la víctima es un tema demasiado amplio para abordarlo en este trabajo, es bastante claro que es un factor que tiende a potenciar una orientación común, se

---

<sup>222</sup> CAIANIELLO, op. cit., p. 296.

<sup>223</sup> KIRSCH, Stefan. The Trail Proceedings before the ICC. International Criminal Law Review, T. 6, 2006, pp. 286 s.

<sup>224</sup> AMBOS, op. cit., p. 18.

opone a la polarización del proceso y no admite fácilmente subordinar la obtención de la verdad a las presentaciones hechas por la fiscalía y la defensa.

#### **4. Influencia del entorno institucional en aspectos de la prueba y evaluación de las normas probatorias**

##### *a. Introducción*

En el capítulo anterior mencionamos la introducción el interrogatorio cruzado en el juicio penal alemán. A pesar de estar expresamente contemplado no es utilizado en la práctica porque el ambiente procesal se opone a su lógica bipolar. La disposición procesal no es coherente con su entorno y no se aplica. Este es un buen ejemplo de falta de coherencia en el diseño procesal, pero es una preocupación menor en los sistemas nacionales que crecen de una cultura jurídica determinada. Y cuando las circunstancias sociales exigen reformas, también se reforman desde una perspectiva que busca coherencia con la tradición jurídica nacional, por mucho que reciba inspiración del derecho comparado. Si bien cambios jurídicos específicos pueden promover cambios jurídico-culturales, un afán de cambio exagerado puede llevar a reformas que se convierten en letra muerta más que alimentar un cambio en la comprensión de las instituciones jurídicas (como es, precisamente, el caso de la introducción del interrogatorio cruzado en Alemania).

Por el contrario, el diseño procesal en el contexto de la CPI no está situado dentro de una cultura jurídica específica (creo que los ideales de un sistema de derecho penal internacional no califican como tal) de manera que la coherencia entre su entorno y las normas no se puede dar “automáticamente” como en los procesos nacionales. Por eso, en base a las relaciones entre ambiente procesal y arreglos procesales aclaradas en los capítulos anteriores, procederemos a evaluar la coherencia de las normas del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba respecto a la actividad probatoria, en especial, respecto a la prueba de testigo, la prueba derivativa y el rol el imputado (y su derecho a no declarar).

##### *b. Interrogatorio de testigos*

En el apartado anterior aclaramos que el juicio ante la CPI es un esquema colaborativo de orientación unipolar que pone al tribunal bajo la presión de actuar. En los capítulos anteriores vimos que este tipo de proceso generalmente exigirá una prueba de testigos dominada por el juez, lo que en el sistema alemán toma forma de un interrogatorio dividido en una parte de relato y otra de interrogatorio propiamente tal, realizado por el juez con eventuales preguntas posteriores de las partes. Para ser coherente con su entorno institucional, el sistema de la CPI debería contemplar un interrogatorio parecido.

Al referirse a la prueba de testigo el Estatuto no contempla la forma de llevar a cabo el interrogatorio. Se limita a exigir juramento (artículo 69(1)) y permitir (siempre que no se oponga a los derechos del acusado), la introducción de testimonios grabados y escritos en el artículo 69(2). Para mayor detalle hay que acudir a las Reglas de Procedimiento y Prueba que en su número 140(2) señalan:

“En todos los casos, con sujeción a lo dispuesto en los párrafos 8 b) y 9 del artículo 64, el párrafo 4 del artículo 69 y la subregla 5 de la regla 88, un testigo podrá ser interrogado de la siguiente forma:

- a) La parte que presente prueba testimonial de conformidad con el párrafo 3 del artículo 69 tendrá derecho a interrogar al testigo;
- b) El Fiscal y la defensa tendrán derecho a interrogar al testigo sobre cuestiones relacionadas con su testimonio y su fiabilidad, la credibilidad del testigo y otras cuestiones pertinentes;
- c) La Sala de Primera Instancia tendrá derecho a interrogar al testigo antes o después de que éste sea interrogado por uno de los participantes mencionados en las subreglas 2 a) o b);
- d) La defensa tendrá derecho a interrogar al testigo en último lugar.”

Las reglas sugieren que el interrogatorio está principalmente en manos de las partes. Si bien se reconoce el derecho del tribunal a interrogar (distanciándose de un esquema adversarial), no implica un poder de dirección del interrogatorio sino que solamente una intervención marginal bajo el fondo de una interrogación de partes sin interrumpirlas. Si bien no se establece explícitamente un sistema de interrogatorio cruzado (término que conscientemente no se utilizó), estas normas se acercan más a ese método de examinación que al alemán.

Especialmente, teniendo en cuenta que entre los derechos del acusado se contempla en el artículo 67(1)(e) un derecho de confrontación:

“A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto”

Las decisiones adoptadas por la CPI para los interrogatorios de testigos de sus primeros casos confirman esta cercanía con los interrogatorios adversariales. Si bien prevén la posibilidad de que la corte domine el interrogatorio de sus propios testigos (pudiendo negar el cross-examination)<sup>225</sup>, contemplan, en general, una división en caso de la fiscalía y caso de la defensa y un rol subsidiario del juez en los interrogatorios, afirmando que a las partes les corresponde examinar a los testigos respecto a los asuntos más controversiales.<sup>226</sup>

A pesar de que, por lo menos para el caso contra Lubanga, no está permitido dirigir al testigo en la examinación inicial<sup>227</sup> (acercándose este así al relato que conocemos del sistema alemán) *el modelo de interrogatorio al que están dirigidas las reglas citadas y que ha sido concretado por la CPI para sus primeros juicios corresponde a un interrogatorio propio de un ambiente procesal bipolar y no la orientación unipolar que domina el proceso ante la corte.*

Creo que este enfoque es inadecuado. Como vimos, la confrontación y el derecho al interrogatorio cruzado tiene sentido en un sistema en que el control y la responsabilidad sobre la actividad probatoria radica en las partes iguales quienes

---

<sup>225</sup> Para el proceso contra Katanga véase ICC-01/04-01/07-1665-Corr 01-12-2009, párrafo 44.

<sup>226</sup> CAIANIELLO, op.cit., pp. 300 s.

<sup>227</sup> GALLMETZER, Reinhold. The Trial Chamber’s discretionary power to devise the proceedings before it and its exercise in the trial of Thomas Lubanga Dyilo. En: STAHN, Carsten y GÖRAN, Sluiter (Eds.), op. cit., p. 519.

presentan a “sus” testigos y adecuan su declaración a su versión partidaria de los hechos mientras el juez permanece esencialmente pasivo.

En el ambiente de la CPI, en que es responsabilidad de la corte establecer la verdad y velar por el interés, especialmente del acusado, que ésta no sea distorsionada dentro de un sistema en que la asimetría entre el poder de investigación de la fiscalía y de la defensa es una característica estructural, este tipo de interrogatorio es inapropiado.

Además la fragmentación en dos casos es artificial frente a la realidad de una etapa de investigación unipolar (dominada por la fiscalía bajo control de la corte), como vimos en el apartado anterior. Se hace aconsejable reinterpretar las normas en el sentido de un interrogatorio en que predomine el relato guiado judicialmente y que las partes, posteriormente, tengan la posibilidad de formular preguntas. La implementación del *cross-examination* lleva a incoherencias, como veremos a continuación en relación al testimonio de oídas.

c. *Prueba derivativa*

Vimos que juicios no adversariales no presentan un amplio espectro de reglas de exclusión probatoria, debido a que, en primer lugar, no es necesario (ya que no hay corte bifurcada ni elemento lego aislado que pueda malinterpretar la evidencia, existe posibilidad de revisión posterior en caso de error y no hay elemento partidario que tienda a forzar los medios de prueba para que encajen en su versión de los hechos) y, en segundo lugar, no es muy efectivo (debido a que, a falta de bifurcación, la exclusión se concreta en el ejercicio psicológicamente inverosímil de no tener en cuenta la prueba excluida).

Ante la CPI vimos que se dan precisamente esas características de un modelo no adversarial y, coherentemente, no hay *law of evidence* en el juicio ante la CPI. El artículo 69 del Estatuto da a entender que en general es admisible toda la evidencia relevante y necesaria<sup>228</sup> y la corte puede

---

<sup>228</sup> SCHABAS, op. cit., p. 294.

determinar libremente su relevancia e inadmisibilidad, según la regla 63(2). Las limitaciones que existen en materia probatoria obedecen más bien a las exigencias especiales de protección de víctimas y testigos<sup>229</sup>, de radical importancia en este tipo de juicios y sociedades post-conflicto, y no a exigencias partidarias como en sistemas adversariales.

No obstante, vimos que, por lo menos para el acusado, el Estatuto establece un derecho de confrontación en el artículo 67(1)(e) y las reglas y decisiones implementaron un sistema de interrogación muy cercano al interrogatorio cruzado. En el segundo capítulo aclaramos la relación entre exigencia de confrontación mediante *cross-examination* y la exclusión de la prueba derivativa (en la que precisamente no es posible realizarlo). Sin embargo, ni el Estatuto ni las Reglas contemplan la exclusión del *hearsay*. Al contrario, se admite de forma aún más amplia que, por ejemplo, en Alemania.

Como detectó Damaska y nosotros desarrollamos arriba, el principio de inmediación absorbe varios supuestos de *written hearsay* en sistemas como Alemania, siendo la brecha entre los sistemas menos amplia de lo que aparece en ese sentido. Si bien el Estatuto también contempla el principio de inmediación y solamente puede basar su decisión en la prueba que se presentó ante la corte en el juicio (artículo 74(2)), en el artículo 69(2) se admiten como alternativas el testimonio oral, grabado, transcripciones escritas, documentos mientras no se vulneren los derechos del acusado. En un sistema bipolar esto es inconcebible, ya que la introducción de un testimonio grabado o transcrito vulnera *per se* los derechos del acusado al ser privado de la oportunidad de testar la prueba y afectado en su derecho de confrontación (no hay espacio para sopesar).

Por consiguiente, por lo menos a nivel de disposiciones positivas, nos encontramos con la siguiente contradicción: por un lado, un amplio espectro de posibilidades de introducir prueba derivativa (incluido testigo de oídas), por el otro lado, un derecho de confrontación materializado en un sistema de interrogatorio bajo control y responsabilidad de las partes.

---

<sup>229</sup> HOFSTETTER, Elias. Das Verfahrensrecht internationaler Strafgerichte zwischen Common Law und Civil Law. Bern, Stämpfli Verlag, 2005, p. 111.

En suma, la CPI establece *un derecho a confrontación impotente* en este aspecto crucial, ya que la prueba derivativa no admite interrogatorio cruzado. Como dice un autor, estamos frente a la peor hipótesis para la equidad (*fairness*) del sistema en este aspecto: una estructura adversarial en la que el *hearsay* es ampliamente admitido.<sup>230</sup>

Acordémonos que la principal justificación de admisibilidad del testimonio de oídas en Alemania era precisamente el deber de esclarecimiento que tiene el juez que debe aprovecharse de todos los elementos probatorios a su disposición, aunque sea derivativos, siempre considerando su menor valor probatorio, consideración que es impugnante ante los superiores. Para esos efectos debe dirigir el interrogatorio y, en general, controlar la actividad probatoria.

En cambio, en un interrogatorio controlado por las partes como el que se ha implementado hasta ahora ante CPI, el tribunal queda al margen, sin posibilidad de situar el testimonio de oídas debidamente dentro de una base fáctica completa orientada a la verdad en virtud de su actividad de esclarecimiento. En la regulación actual el tribunal se quedará con la impresión un interrogatorio cruzado dominado por las partes en base a una fragmentación artificial de los hechos, inadecuado para evaluar este tipo de pruebas, y sin haber intervenido significativamente para situarlo dentro del espectro las otras pruebas.

Además, en los contextos de crímenes internacionales, la gran mayoría de testimonios de oídas serán presentados contra el acusado. Teniendo el juez un deber judicial de asistencia y protección de sus derechos no se justifica un sistema de presentación de prueba testimonial que esté dominado por las partes y no por él.

No parece que cambie esta óptica generosa respecto a la introducción de la prueba derivativa. Las decisiones de la CPI confirman esta comprensión no adversarial de amplia admisibilidad del *hearsay* y siguen el enfoque que la jurisprudencia ha dado al derecho de confrontación establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>231</sup> que, como vimos

---

<sup>230</sup> CAIANIELLO, op.cit., p. 298.

<sup>231</sup> ICC-01/04-01/06-803-tEN, párrafos 101 y 102.

en el capítulo anterior, interpreta el derecho de confrontación de forma más laxa, basada en supuestos procesales no adversariales, al exigir a los jueces dar menor peso y más fundamentación al considerar el testimonio de oídas para fundar una condena y confirmarlo por otro tipo de pruebas más confiables. Por lo mismo, un interrogatorio que sigue el modelo del *cross-examination* no es ni necesario ni adecuado en el contexto de la CPI, confirmándose la necesidad de introducir un tipo de interrogatorio controlado judicialmente.

*d. El acusado ante la CPI: testimonio bajo juramento y declaración no jurada*

En todos los sistemas modernos de proceso penal existe un derecho a no declarar. Los capítulos anteriores mostraron que los sistemas adversariales fomentarán la falta de cooperación del imputado, pero contemplando la posibilidad que este declare como testigo bajo juramento llamado por el defensor, en caso que favorezca su estrategia de litigación. En sistemas no adversariales, durante todo el proceso se le pregunta al imputado si tiene algo que decir respecto a los cargos, su declaración no se considera testimonial y no requiere juramento. Siguiendo la terminología de Langbein, en el primero, el juicio se centra en que el defensor testea el caso de la fiscalía tratando de generar duda razonable al respecto, y se aprovechará del testimonio del imputado en la medida sirva a ese fin. En el segundo, la idea central de juicio es que el imputado responde (voluntariamente) a los cargos mediante las declaraciones que hace en su defensa (siendo el defensor estructuralmente dispensable). El primero se basa en una lógica bipolar de enfrentamiento de partes iguales, el segundo en una lógica unipolar en que el imputado aporta su visión de lo que verdaderamente ocurrió.

Como ya mencionamos, en la CPI hay una asimetría estructural entre defensa y fiscalía en cuanto a la posibilidad de recolectar evidencia y la fiscalía tiene la obligación de incluir en la investigación los elementos exculpatórios en su deber de establecer la veracidad de los hechos. Dijimos que es un régimen de orientación unipolar en el sentido que el tribunal debe cerciorarse del cumplimiento de este deber por la fiscalía y asistir al defensor en las posibilidades de preparación de su defensa, actuando activamente en búsqueda de la verdad durante el juicio si es necesario. Ante una fiscalía objetiva, una defensa que depende de esa objetividad para la acertada preparación del juicio y una corte que debe asegurar esa objetividad para proteger el

derecho a preparación de defensa, es muy difícil, y al menos artificial, concebir el juicio según el modelo “testear el caso de la fiscalía”. Ya señalamos al ver el tipo de interrogatorio que la fragmentación en dos casos parece artificial en este contexto de asimetría investigativa. En este contexto tendría más sentido un sistema que se aprovechara de la declaración no jurada del imputado para completar con su punto de vista la base fáctica producto de la actuación de los intervinientes hacia la determinación de la verdad, como en el caso alemán.

Sin embargo, el rol probatorio del acusado ante la CPI se regula positivamente de manera *aditiva*. Recordemos que Alschuler distinguía dos conceptos alternativos del privilegio contra la auto-incriminación, como derecho a guardar silencio (renunciable, pero las autoridades deben permanecer neutras respecto a si declara o no) o como derecho de no ser sometido a coerción indebida para declarar (no renunciable, pero las autoridades pueden ejercer presiones legítimas para que declare). En su afán de asegurar las garantías del imputado de la forma más exigente posible<sup>232</sup>, el Estatuto contempla ambos de forma *aditiva*: un derecho a guardar silencio al estilo *Miranda* y la posibilidad de declarar bajo juramento, como en el proceso angloamericano (i), pero, adicionalmente, un derecho a no ser obligado a declarar y la posibilidad de hacer una declaración no jurada durante el proceso, como el acusado en Alemania y otros sistemas continentales (ii). Revisemos las normas con más detalle.

(i) En cuanto al *derecho de guardar silencio*, el Estatuto reconoce en su artículo 55(2), durante la etapa de investigación, antes de cualquier interrogatorio los siguientes derechos que deben ser informados previamente a la persona del imputado:

“a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;

**b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;**

---

<sup>232</sup> Exceden las protecciones nacionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, SCHABAS, op. cit., p. 253.

- c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes;
- d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.” [énfasis agregado]

Como vemos, se incluye la referencia a que el silencio no puede perjudicar al acusado, norma que en otros países corresponde a desarrollo jurisprudencial. A diferencia de la regulación alemana, la norma no se formula como la libertad de declarar o no declarar, sino que al estilo americano de informarle tiene derecho a guardar silencio agregando que esto no lo podrá perjudicar. Se advierte que las presiones procesales respecto al imputado para que decida pronunciarse respecto a sus cargos que Damaska detectó en el sistema alemán no se dan ante la CPI. De hecho, el derecho a guardar silencio sin consecuencias adversas se mantiene durante en la etapa de juicio, es reiterado en el artículo 67(1)(g), y nuevamente en términos negativos y no en forma de opción de declarar o no declarar.

A su vez, nada obsta a que el acusado renuncie a su derecho a guardar silencio y declare como testigo<sup>233</sup> sometándose al juramento contemplado en el artículo 69(1) y cometiendo, en caso de mentir, el delito de falso testimonio del artículo 70(1)(a). En ese caso será sometido a un interrogatorio de estilo adversarial en los términos de la regla 140 ya citada.

(ii) En cuanto al *derecho del acusado a no ser obligado a declarar en su contra y hacer una declaración no jurada* se relaciona con concepto del privilegio contra la auto-incriminación que se opone a tratos impropios para forzar una declaración incriminatoria (incluida la obligación de declarar bajo juramento) y es complementada con un derecho a hablar sin juramento. El Estatuto también recoge esta faceta del privilegio contra la autoincriminación, al reconocer el derecho a no ser obligado a declarar en la etapa de investigación (artículo 55(1)(a)), y en el artículo 67 (1) el derecho del acusado:

---

<sup>233</sup> Esa ha sido la práctica ante los tribunales penales internacionales *ad hoc*, D’Aoust, Josee. The Conduct of Trials. En: DORIA, José et al. The Legal Regime of the International Criminal Court. Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 876.

- “(…)g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (…);  
h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; (…)”

Ni el Estatuto ni las Reglas aclaran el propósito, la extensión, los límites ni la oportunidad del ejercicio de este derecho a declarar si juramento. Tampoco queda claro cuál es la formalidad de esta declaración, ni quien la controla. El Estatuto da a entender que se hace fuera del interrogatorio contemplado para los testigos.<sup>234</sup> Otro enigma es el valor probatorio de esta declaración, considerando que se hace fuera del contexto de un interrogatorio controlado por las partes.

En sistemas adversariales no existe este derecho de declaración no jurada, ya que en un contexto bipolar, no se advierte su utilidad. Si la defensa quiere reforzar su caso y no hay riesgos en que una declaración del acusado perjudique la causa, lo llama al estrado a declarar como testigo bajo juramento al final de la etapa probatoria del juicio para generar duda razonable y perjudicar el caso del fiscal.

En sistemas no adversariales, como el alemán, este derecho tiene el propósito de fomentar la participación del acusado, declarando al principio (con anterioridad a la prueba de la fiscalía) para situar el marco de la discusión sobre los hechos que se deben esclarecer en un esfuerzo colaborativo conforme a la verdad de todos los intervinientes. No se advierte la pertinencia que declare como testigo bajo juramento, sino que se asume el riesgo de la mentira con tal que se pueda aprovechar lo que tiene que decir para la acertada determinación de los hechos.

La versión del privilegio contra la autoincriminación del acusado contemplada en el Estatuto no “fusiona” ni “concilia” estos dos puntos de vista de tradiciones distintas; *simplemente los acumula de forma paralela, sin aclarar la consistencia de la solución con el entorno procesal de la CPI.*

---

<sup>234</sup> ZAPPALÀ, Salvatore. The Rights of the Accused. En: CASSESE, Antonio et al. (Eds.), op. cit., p. 1351.

Ante esta competencia entre dos formas paralelas de entender el rol el acusado en el juicio ante la CPI, su desarrollo y la dominancia de uno u otro dependerá de su práctica y de cómo se configure la conducción de los juicios ante la corte (vimos que, hasta ahora, de una forma adversarial incoherente con la orientación unipolar del entorno procesal).

Especialmente la forma de configurar el interrogatorio (que hasta ahora ha sido un sistema de interrogatorio cruzado inadecuado) y su nivel de control por las partes va ser de importancia, porque de eso va a depender el valor probatorio que la corte puede dar a la declaración: Si se entiende que el interrogatorio es controlado por las partes y se basa en preguntas, parecerá más aberrante otorgarle fuerza probatoria a esta declaración hecha fuera del control partidario. En cambio, si se entiende que el interrogatorio es más espontáneo, guiado principalmente por preguntas que hace el tribunal, no habrá tanta diferencia entre la declaración testimonial y la declaración no jurada del testigo, y habrá espacio para que la corte le pueda otorgar algún rol probatorio.

Las decisiones de la CPI hasta la fecha, a mi parecer, no aclaran la situación. Con fecha 8 de febrero de 2010, en la causa contra Abu Garda, la Sala de Cuestiones Preliminares dijo expresamente que una declaración jurada (como aquella hecha por el acusado en la audiencia de confirmación de cargos de la causa) *no se puede usar como evidencia*. Justifica su decisión afirmando la ausencia de interrogatorio por las partes, intervinientes o jueces y que la falta de juramento tornaba la declaración poco confiable.<sup>235</sup> Si bien esta decisión no se produjo en el contexto del juicio oral, sino que en una etapa previa, ya se advierte otro fenómeno. La posibilidad de juramento (que no existe en sistemas adversariales que contemplan una declaración no jurada) tenderá a opacar (o, como en este caso, negar absolutamente) la fuerza probatoria de declaraciones sin juramento, convirtiéndola posiblemente en una disposición inútil.

Durante el juicio, la declaración no jurada no ha tenido protagonismo. En el juicio concluido contra Lubanga, el acusado solamente declaró al final del juicio, y no sobre los hechos, sino que sobre sus sentimientos. Lo que está claro es que *hasta ahora no se están desarrollando*

---

<sup>235</sup> ICC-02/05-02/09-243-Red 08-02-2010, párrafo 54.

*presiones para que el acusado declare*, sino que las decisiones de la CPI sobre conducción del juicio consideran que si el acusado quiere hacer una declaración no jurada, se lo informe a la corte (esta no le ofrece la palabra).<sup>236</sup>

En cuanto el valor probatorio, tampoco hay claridad. Es posible que las decisiones de la Sala de Primera Instancia no consistan en una negación absoluta del carácter de evidencia de estas declaraciones, toda vez que el artículo 74(2) ordena, al estilo no adversarial, que el fallo se fundamente “en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio”, lo que incluye una declaración del acusado, aunque no esté juramentada.<sup>237</sup> No obstante, creo que el factor principal que determinará el desarrollo del privilegio contra la autoincriminación del acusado será la configuración de la conducción del juicio y si logra la sintonía con la orientación unipolar del proceso.

Para concluir, en un proceso penal, como el que se desarrolla ante la CPI, que se basa en un esquema colaborativo para determinar la veracidad de lo ocurrido, la falta de claridad de la regulación actual del rol del imputado genera el riesgo desaprovechar su declaración como medio de prueba: y sea porque el inadecuado interrogatorio adversarial del juicio oral haga recomendable que calle como callan los acusados en juicios angloamericanos (por ejemplo en el caso contra Lubanga), ya sea porque la posibilidad de juramento condicione a los jueces a darle nulo valor a la declaración no juramentada (como en la audiencia del caso contra Abu Garda).

## **5. La prueba y la función del proceso penal internacional**

En los sistemas nacionales revisados establecimos una relación entre el entorno procesal y la forma de entender el derecho que impera en cada cultura. La fragmentación bipolar del juicio angloamericano obedecía al legalismo adversarial que rige en EE.UU. La vocación colaborativa orientada a la verdad propia de los juicios alemanes expresaba una noción de sistema del derecho apuntada a una decisión correcta. El proceso ante la CPI, como hemos mencionado, no creció espontáneamente de una cultura jurídica determinada, sino que se estableció con cierta

---

<sup>236</sup> Véase ICC-01/04-01/07-1665-Corr 01-12-2009, párrafo 12.

<sup>237</sup> ORIE, op. cit. p. 1482.

artificialidad en base a los ideales del derecho penal internacional, los principios del derecho penal moderno y el derecho internacional de los derechos humanos. Consciente de que este no es el lugar para debatir sobre las teorías del fin de la pena y del proceso penal, creo que es interesante relacionar lo desarrollado hasta ahora con algunas particularidades de la noción del derecho penal internacional aportadas por la doctrina.

La necesidad y pertinencia de la justicia penal internacional se plantea en un contexto de conflicto colectivo. Tiene las ventajas de fomentar la reconciliación al concretar la responsabilidad por las atrocidades en individuos o colectivos determinados, neutralizar deseos de venganza y *generar un relato de lo ocurrido* para el recuerdo de las generaciones futuras.<sup>238</sup> Especialmente en este último aspecto refleja una diferencia crucial entre el derecho penal nacional e internacional. En este, los conflictos que dan lugar a la responsabilidad penal se dan en contextos de guerra, enfrentamiento étnico u otro tipo de colapso social<sup>239</sup> en los que los perpetradores son protagonistas pero nunca los únicos responsables. Mientras que, en general, la responsabilidad penal en sistemas nacionales corresponde a una conducta que se desvía de las normas sociales, en el ámbito internacional generalmente la conducta está en conformidad con las normas sociales de la comunidad local en conflicto. La desviación se encontrará respecto a los principios de la comunidad internacional pero no los valores de sociedad afectada. Frecuentemente los que se niegan participar en los crímenes serán los apartados de la norma social.<sup>240</sup>

Ante estos crímenes referidos a conductas con componente grupal y dimensiones de responsabilidad colectiva (aunque no sea penal) la reconstrucción de los hechos respectivos tiene relevancia histórica y su acertada captación tiene interés para el futuro político-social de la comunidad afectada. Este fin de la justicia penal internacional se ha llamado fin “expresivo”, e implica que las decisiones y la imposición de la pena significan un reconocimiento por la

---

<sup>238</sup> CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. The Modern Law Review, T. 61, N°1, 1998, p. 6.

<sup>239</sup> SLOANE, Robert. The Expressive Capacity of International Punishment. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers, Paper 06100, 2006, pp. 21 ss. [en línea] [http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/06100/](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/06100/) [consulta: 7 de octubre de 2011].

<sup>240</sup> DRUMBL, Mark. Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity. Northwestern University Law Review, T. 99, N°2, 2005, pp. 567 ss.

comunidad internacional del estatus reprochable de la conducta sometida a juzgamiento y “cuentan la historia” del conflicto aportando a una comprensión compartida del evento.<sup>241</sup> Para algunos autores incluso es la función principal de la pena en el ámbito internacional.<sup>242</sup> No pretendo entrar al problema si es posible que esta reconstrucción de los hechos del conflicto esté orientada a una verdad objetiva o necesariamente esté subordinada al fin de la reconciliación u otros fines políticos post-conflictuales. Basta aducir que el fin expresivo significa que los fallos de las cortes penales internacionales y los hechos en que se basan, serán evaluados por la comunidad local e internacional a partir de las reconstrucciones fácticas alternativas que otras investigaciones informales hayan realizado respecto esas conductas en ese conflicto (por ejemplo comisiones de verdad, informes de ONG por los derechos humanos, producciones académicas de historiadores, etc.) y eso afectará su legitimidad.

Teniendo en cuenta esto, y sin entrar en las complejas profundidades de la problemática de mecanismos alternativos de transición, los posibles conflictos entre reconciliación y verdad, paz y justicia y las consecuencias del fuerte rol político que recae en las cortes en estos casos, creo que para nuestros propósitos es seguro hacer la siguiente afirmación: Cuando la justicia penal tiene, como en el caso de la CPI, al menos en parte, *un fin expresivo que requiere basar las decisiones en un relato histórico amplio generalmente aceptable, es indispensable que la corte asuma un rol activo en el esclarecimiento y la caracterización de los hechos* que abarque el mayor espectro posible de puntos de vista, precisamente el rol propio de los tribunales no adversariales en juicios de orientación unipolar. O formulado de la óptica contraria, en este contexto una etapa probatoria artificialmente fragmentada en que la base fáctica se reduce a dos versiones opuestas de los hechos (el caso de la defensa y el caso de la fiscalía) respecto a las cuales el juez es pasivo y escoge la que le parece más convincente es inaceptable y políticamente insostenible como método de investigación de la verdad en juicio, ya que así no podría cumplir su fin expresivo y perdería legitimidad si no se conforma con otras investigaciones sobre el conflicto basadas en métodos corrientes de investigación no judicial (que siempre son de orientación unipolar).

---

<sup>241</sup> GOLASH, Deirdre. The Justification of Punishment in the International Context. En: MAY, Larry y HOSKINS, Zachary (Eds.). International Criminal Law and Philosophy. Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 218 s.

<sup>242</sup> SLOANE, op. cit, pp. 4 ss.

Para concluir, creo que esas exigencias particulares de la justicia penal internacional basadas en el carácter colectivo de los conflictos confirma la tendencia colaborativa y la orientación unipolar de los juicios ante la CPI, refleja nuevamente la impertinencia e insostenibilidad de los elementos adversariales del juicio detectados en el apartado anterior (especialmente la fragmentación en dos casos y la actividad probatoria e interrogatorio dominado por las partes) y demuestra la necesidad que la corte tome en serio su deber de esclarecimiento. Cabe finalizar con un comentario de Volk respecto a la extensión del deber de esclarecimiento de los tribunales penales alemanes. Citando al Tribunal Federal Supremo, afirma que los tribunales deben investigar todos los hechos que sean significantes, pero lo que va más allá de eso no es parte del proceso, porque este no es un foro histórico. Un esclarecimiento extensivo está fuera del fin del proceso penal.<sup>243</sup> Sin embargo, en el sentido desarrollado arriba, integra la función del proceso penal internacional, y los jueces no lo podrán cumplir sin tomar control sobre la actividad probatoria y reducir la influencia adversarial mediante una interpretación y una regulación de las normas que rigen el juicio oral que sea más consistente con el entorno procesal no adversarial.

---

<sup>243</sup> VOLK, *op. cit.* p. 233.

## CONCLUSIONES

El esfuerzo investigativo que precede pretendía distanciarse de un análisis jurídico-procesal basado meramente en relaciones entre disposiciones y los principios probatorios que rigen dentro de un sistema determinado.

Al desarrollo de este trabajo subyace el convencimiento que ese enfoque unidimensional no permite apreciar de forma completa la función, el alcance y la adecuación de un arreglo procesal en uno u otro sistema, lo que es esencial para caracterizar sistemas procesales en una óptica comparada y evaluar diseños de justicia internacional.

Especialmente para el propósito final de nuestra investigación, averiguar en qué medida los arreglos probatorios ante la CPI representan una fusión coherente de distintas tradiciones jurídicas, se advertía la necesidad de una visión más abarcadora que incluya consideraciones de ambiente procesal y, en menor medida, consideraciones de comprensión general del derecho dentro de los sistemas.

Finalizada la investigación, conviene sacar las siguientes conclusiones producto de nuestro enfoque más abarcador:

1. Es indispensable considerar las tendencias y presiones que producen los factores institucionales y estructurales del proceso para evaluar los arreglos procesales en un sistema procesal determinado.
2. Para los efectos de evaluar arreglos probatorios en procesos penales, conviene situar el sistema procesal real en cuestión dentro de un espectro definido por dos modelos extremos.

Por un lado, un sistema de corte bifurcada, con participación lega aislada que decide en forma críptica, y que presenta una fragmentación bipolar (entre las partes) sobre el control del proceso y la actividad probatoria (sistema adversarial). Por el otro lado, un sistema de

corte profesional unitaria en que la actividad probatoria se concibe como esfuerzo colaborativo dirigido a un fin común de acertada determinación de los hechos (sistema no adversarial).

3. Aplicando este esquema a sistemas nacionales, el juicio de jurado angloamericano refleja el contexto procesal adversarial que, en las disposiciones probatorias concretas, se manifiesta en el control partidario sobre el interrogatorio de testigos en base a un exigente derecho a confrontar y testear la prueba contraria, exclusión preliminar de cualquier prueba derivativa que no permita ser confrontada adecuadamente y la promoción de la falta de cooperación absoluta del acusado en la determinación de los hechos. En términos amplios, la noción del legalismo adversarial en la comprensión del derecho angloamericana hace plausible el imperio de esta estructura procesal.
4. El juicio oral alemán, a su vez, refleja el contexto procesal no adversarial, que se concreta en un interrogatorio de testigos dominado judicialmente, admisibilidad de prueba derivativa que aporte al esclarecimiento de los hechos y un rol del imputado que tiende a aprovechar su declaración como medio de prueba. La noción del derecho como un sistema dentro del cual se deben producir decisiones correctas hace plausible esta estructura procesal.
5. El juicio ante la CPI también refleja un contexto procesal no adversarial. Se trata de una corte unitaria que dicta un fallo revisable y que tiene un deber de esclarecimiento ligado al deber de protección jurídica y asistencia al imputado. Éste incluye asegurar que su decisión se base en un espectro amplio y completo de los hechos compensando la desventaja estructural que tiene la defensa en materia de colección de evidencia en procesos penales internacionales. En ese sentido se concluye que el contexto institucional de la CPI exige un deber de esclarecimiento para la protección del derecho de defensa del imputado.
6. En general, las disposiciones probatorias concretas que rigen el juicio ante la CPI son incoherentes y ambiguas en relación a su contexto procesal:

- Es incoherente en relación a las normas referentes al interrogatorio de testigos, que es dominado por las partes, en un esquema de fragmentación bipolar de la prueba, y otorga a la corte un rol marginal.
  - Es ambiguo en relación a las normas de prueba derivativa. Si bien la regulación es coherente con el ambiente procesal no adversarial en el sentido que se admite la declaración del testigo de oídas, no existe el resguardo de control judicial que va ligado a su admisibilidad, ya que se entrega a las partes el poder del interrogatorio en un esquema bipolar. En este punto la combinación de una norma adversarial (interrogatorio cruzado con limitada intervención judicial) y otra no adversarial (amplia admisibilidad de la prueba derivativa) perjudica gravemente a aquel parte en cuya contra se presenta la prueba derivativa (que en general será el imputado).
  - Es ambiguo en cuanto al rol probatorio del imputado: el Estatuto regula paralelamente la posibilidad de declarar como testigo y un derecho general de guardar silencio junto a la posibilidad de hacer una declaración no jurada. Se combinan dos normas referentes a la libertad de declarar que suponen contextos incompatibles. Esto probablemente llevará en la praxis a que la posibilidad de declaración judicial bajo juramento excluya el valor de una declaración no jurada y fomente el silencio del imputado. Una dirección incoherente con el contexto no adversarial del proceso ante la CPI.
7. Se llega a la conclusión general que la regulación de la prueba ante la CPI no representa una mixtura coherente de disposiciones provenientes de diferentes tradiciones jurídicas sino que un conjunto de arreglos procesales que representan una falta de sintonía con su entorno procesal no adversarial y que genera ambigüedad y falta de certeza en los roles de los intervinientes. Sin embargo, gran parte de la regulación de la conducción del juicio y la actividad probatoria se concreta mediante decisiones de la misma corte, lo que da espacio para que la misma praxis del tribunal se adecúe a las exigencias, no solamente de su entorno procesal, sino que también del fin expresivo que se espera de sus fallos.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Doctrina

ALLEN, Ronald. Theorizing about Self-incrimination. Cardozo Law Review, T. 30, 2008-2009.

ALSCHULER, Albert. A Peculiar Privilege in Historical Perspective. En: HELMHOLZ, R. H. (Ed.), *The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press, Chicago, 1997.

AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? International Criminal Law Review, T. 3, N° 1, 2003.

BASSIOUNI, Cherif (Ed.). *The Legislative History of the International Criminal Court*. Ardsley, Transnational Publishers, 2005.

BECKER, Uwe. Kontrolle versus Vertrauen. Eine vergleichend-historische Studie niederländischer und deutscher Rechts-kultur als Aspekt politischer Kultur. En :Jahrbuch 2007 des Zentrums für Niederlandestudien, Münster, Aschendorff Verlag 2008, [en linea] <http://home.medewerker.uva.nl/k.u.becker/> [consulta: 7 de octubre de 2011]

BEHRENS, Hans-Jörg. The Trail Proceedings. En: LEE, Roy. *International Criminal Court- The Making of the Rome Statute*, Cambridge, Kluwer Law International, 1999.

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 8ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2005.

CAIANIELLO, Michele. Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models. North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, T. 36, 2011.

CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. The Modern Law Review, t. 61, N°1, 1998.

Comentario. Confrontation, Cross-examination and the Right to Prepare Defense. Georgetown Law Journal, T. 56, 1967-68.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. University of Pennsylvania Law Review, T. 121, 1973.

----- Of Hearsay and Its Analogues. Minnesota Law Review, T. 76, 1992.

----- Evidence law adrift. New Haven/ London, Yale University Press, 1997.

----- Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

D'AOUST, Josee. The Conduct of Trials. En: DORIA, José et al. The Legal Regime of the International Criminal Court. Leiden,/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

DE SMET, Simon. A structural analysis of the role of the Pre-Trial Chamber in the fact-finding process of the ICC. En: STAHN, Carsten y GÖRAN, Sluiter (Eds.). The Emerging Practice of the International Criminal Court. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

EPSTEIN, Jules. Cross-Examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and "at Risk". Widener Law Review, T. 14, 2008-2009.

ESER, Albin. Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht. En: Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 9 (1974), [en línea] [http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4232/pdf/Eser\\_Der\\_Schutz\\_vor\\_Selbstbezeichnung.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4232/pdf/Eser_Der_Schutz_vor_Selbstbezeichnung.pdf) [consulta: 7 de octubre de 2011].

----- Collection and evaluation of evidence in comparative perspective. Israel Law Review, T. 31, N° 1-3, 1997.

----- Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. En: ALBRECHT, H.-J., DÜNKEL, F., et al. (Eds.). Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

----- La Posición Jurídica del Inculpado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana. Publicado [en línea]: [http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3789/pdf/Eser\\_La\\_posicion\\_juridica\\_del\\_inculpado.pdf](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3789/pdf/Eser_La_posicion_juridica_del_inculpado.pdf) [consulta: 7 de octubre de 2011].

FERNÁNDEZ, Silvia. The Process of Negotiations. En: LEE, Roy. International Criminal Court- The Making of the Rome Statute, Cambridge, Kluwer Law International, 1999.

FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 1998.

GALLANT, Kenneth. The Role and Powers of Defense Counsel in the Rome Statute of the International Criminal Court. International Lawyer, T. 34, 2000.

GALLMETZER, Reinhold. The Trial Chamber's discretionary power to devise the proceedings before it and its exercise in the trial of Thomas Lubanga Dyilo. En: STAHN, Carsten y GÖRAN, Sluiter (Eds.). The Emerging Practice of the International Criminal Court. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

GEPPERT, Klaus. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren. Berlin/New York. De Gruyter, 1979.

GOLASH, Deirdre. The Justification of Punishment in the International Context. En: MAY, Larry y HOSKINS, Zachary (Eds.). International Criminal Law and Philosophy. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

GRANDE, Elisabetta. Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. En: JACKSON, John et al. (Eds.). Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Oxford/Portland, Hart Publishing, 2008.

GUARIGLIA, Fabricio. The Rules of Procedure and Evidence for the International Criminal Court: A New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility. En: CASSESE Antonio et al. (Eds.). The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary. Oxford, Oxford University Press, 2002.

HAMILTON, Alexander, The Federalist, 83. En: HAMILTON, A., et al. The Federalist Papers, New York, Oxford University Press, 2008.

HOFSTETTER, Elias. Das Verfahrensrecht internationaler Strafgerichte zwischen Common Law und Civil Law. Bern, Stämpfli Verlag, 2005.

IBBETSON, David y LEWIS, Andrew. The Roman law tradition. En: IBBETSON, David y LEWIS, Andrew (Eds.).The Roman law tradition. Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

JACKSON, John. Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach. Cardozo Law Review, T. 10, 1988.

JANSEN, Nils. Comparative law and comparative knowledge. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

JEFFRESS, William. The New Federal Witness Tampering Statute. American Criminal Law Review, T. 22, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Principles of German criminal procedure in comparison with American law. Virginia Law Review, T. 56, 1970.

JONAKAIT, Randolph. *The American Jury System*. Ann Arbor, Yale University Press, 2003.

KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Cambridge, Harvard University Press, 2003.

KENNEDY, David. The Methods and the Politics. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

KIRSCH, Stefan. The Trail Proceedings before the ICC. International Criminal Law Review, T. 6, 2006.

KOHLER, Josef. Über die Methode der Rechtsvergleichung. En: ZWEIGERT, K. y PUTTFARKEN, H.-J. *Rechtsvergleichung*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978.

LANGBEIN, John. The Criminal Trail before the Lawyers. The University of Chicago Law Review, T. 45, Nº 2, 1978.

----- Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? American Bar Foundation Research Journal, Nº 1, 1981.

----- The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination. Michigan Law Review, T. 92, 1993-1994.

----- Historical foundation of the law of evidence: A view from the Ryder Sources. Columbia Law Review, T. 96, 1996.

----- Why Adversary Justice Fails. En: Frank G. Raichle Lecture Series on Law in American Society, 1997.

LEGRAND, Pierre. The Same and the Different. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.) Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

MCCORMICK, Charles. The Scope and Art of Cross-Examination. Northwestern University Law Review. T. 47, 1952.

MERRYMAN, J. H. La tradición jurídica romano canónica. México, Fondo de Cultura Económica, 1970.

MEYER-GROßNER, Lutz. Strafprozessordnung. 48 Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2005.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

MIENE, Peter, et. al. Juror Decision Making and the Evaluation of Hearsay Evidence. Minnesota Law Review, T. 76, 1991-1992.

MONTESQUIEU. L'Esprit des Lois. 9ª ed., Paris, Garnier Frères, 1874.

MORGAN, Edmund. The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence. The University of Chicago Law Review, T. 4, 1936-1937.

MUIR W., Horatia. Globalization and Comparative Law. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

NESSON, Charles, LEOTTA, Michael. The Fifth Amendment Privilege Against Cross-examination. The Georgetown Law Journal, T. 85, 1996-1997.

NIETZSCHE, Friedrich. Menschliches, Allzumenschliche, § 11 En: SCHLECHTA, Karl (Ed.) Friedrich Nietzsche - Werke I, Berlin, Ullstein Materialien, 1969.

ORIE, Alphonse. Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC. En: CASSESE Antonio et al. (Eds.). The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary. Oxford, Oxford University Press, 2002.

PÉREZ, Álvaro y NUÑEZ, Raúl. Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Beweisbeschaffung im Zivilprozess: der Vorschlag des chilenischen Reformentwurfs im Kontext der internationalen Diskussion. Zeitschrift für Zivilprozess International, T.14, 2009.

PIZZI, William. Trials Without Truth. New York, New York University Press, 1999.

RABEL, E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. En: ZWEIGERT, K. y PUTTFARKEN, H.-J. Rechtsvergleichung. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978.

RÖBEN, Volker. The Procedure of the ICC: Status and Function of the Prosecutor. Max Planck Yearbook of United Nations, T. 7, 2003.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. En: MAIER, Julio (Ed.). El Ministerio Público en el Proceso Penal. Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.

----- Derecho procesal penal. Traducción de la 25a. edición alemana de CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000.

RZEPKA, Dorothea. Zur Fairness im Deutschen Strafverfahren. Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2000.

SCHABAS, William. An Introduction to the International Criminal Court. 3a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

SCHWENZER, I. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

SLOANE, Robert. The Expressive Capacity of International Punishment. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers, Paper 06100, 2006, [en línea] [http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/06100/](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/06100/) [consulta: 7 de octubre de 2011].

SMITH, Henry. The Modern Privilege: Its Nineteenth-Century Origins. En: HELMHOLZ, R. H. (Ed.), The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development. The University of Chicago Press, Chicago, 1997.

STRYKER, Lloyd. Cross-Examination. Buffalo Law Review, T. 2, 1952, 1953.

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia, T. XV, diciembre 2003.

TERRIER, Frank. Procedure before the Trial Chamber. En: CASSESE , Antonio et al. (Eds.). The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary. Oxford, Oxford University Press, 2002.

VOGENHAUER, Stefan. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. En: REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (Eds.) The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford/New York, Oxford University Press, 2006.

VOLK, Claus. Grundkurs StPO. 4<sup>a</sup> Ed., München, Verlag C.H. Beck, 2005.

VON MEHREN, Arthur y MURRAY, Peter. Law in the United States. 2<sup>a</sup> ed., New York, Cambridge University Press, 2007.

WHEATON, Carl. What is Hearsay? Iowa Law Review, T. 46, 1960-1961.

WHITMAN, James. The Neo-Romantic Turn. En: LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (Eds.) Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

WIGMORE, John Henry. Evidence in Trials at Common Law. Little Brown, 1974.

ZAPPALÀ, Salvatore. The Rights of the Accused. En: CASSESE, Antonio et al. (Eds.). The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary. Oxford, Oxford University Press, 2002.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, Oxford University Press, 1996.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. Introduction to Comparative Law. 3<sup>a</sup> ed. Oxford/New York, Clarendon Press, 1998.

## **2. Jurisprudencia**

### a. Corte Suprema de los EE.UU.

- Batson v. Kentucky, 476 US 79 (1986)
- Douglas v. Alabama, 380 US 415 (1965)
- Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968)
- Griffin v. California, 380 US 609 (1965)
- J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B., 511 US 127 (1994)
- Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966)
- Williams v. Florida, 399 US 78 (1970)

### b. Tribunal Constitucional Alemán

- 3. Kammer des Zweiten Senats Bundesverfassungsgericht, 20 de diciembre de 2000 [2BvR 591/00]

### c. Corte Penal Internacional

- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2009 [ICC-01/04-01/06-803-tEN 14-05-2007]
- Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo, Trial Chamber II, 1 de diciembre de 2009. Chui [ICC-01/04-01/07-1665-Corr 01-12-2009]
- Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Pre-Trial Chamber I [ICC-02/05-02/09-243-Red 08-02-2010]

## **3. Textos legales**

- Constitución de los EE.UU.
- Federal Rules of Evidence
- Grundgesetz

- Gerichtsverfassungsgesetz
- Strafprozessordnung
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
- Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional