

DERECHOS FUNDAMENTALES, DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y PROCESO PENAL: CÓMO LA REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS PUEDE AFECTAR LOS OBJETIVOS DEL PROCESO*

PABLO LARSEN

Universidad Torcuato Di Tella/Universidad de Buenos Aires
pablolarsen93@gmail.com

RESUMEN: Este trabajo analiza las formas en que pueden reglamentarse los derechos fundamentales y el modo en que esto puede incidir en el cumplimiento de los objetivos del proceso penal. Para esto, primero se muestra que el análisis del tema debe ser sensible a los desacuerdos que pueden generarse al precisar las exigencias de los derechos y discutir sobre sus posibles reglamentaciones. Luego, mediante la tipología conocida como «reglas» (normas más precisas) y «estándares» (normas más vagas), se exponen dos modelos que permiten identificar las principales alternativas disponibles según reduzcan o amplíen, respectivamente, la discrecionalidad judicial para tomar decisiones en el proceso. Asimismo, se argumenta que un modelo puede ser atractivo para imponer límites más fuertes al poder estatal, mientras que el otro puede encontrarse en mejores condiciones para aumentar la eficiencia del proceso en la búsqueda de la verdad.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; discrecionalidad judicial; reglas; estándares; objetivos del proceso penal.

* Una versión de este trabajo fue presentada como tesis para obtener el grado de Magister en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella (Argentina), bajo la dirección del Prof. Dr. Máximo Langer, y ante un jurado integrado por los Prof. Dres. Alejandra Verde, Hernán Bouvier y Alejandro Chehtman. Agradezco a los cuatro por sus agudas críticas y comentarios. Asimismo, agradezco a María Belén Iorizzo, Alan Limardo, Pablo Rovatti, Leandro Días, Diana Veleda, Ignacio Racca, Matías Díaz y Agustín Varela por las críticas y sugerencias realizadas luego de la lectura de algunas versiones previas del texto. El agradecimiento se extiende a las/los árbitras/os que evaluaron el artículo por sus valiosas recomendaciones.

FUNDAMENTAL RIGHTS, JUDICIAL DISCRETION AND CRIMINAL PROCESS: HOW THE REGULATION OF RIGHTS AFFECTS THE ACHIEVEMENT OF THE PROCEDURE GOALS

ABSTRACT: This paper explores how fundamental rights can be regulated, and analyzes how this activity can have an impact in the achievement of the goals of the criminal procedure. In order to do so, the paper first shows that the analysis of those rights must pay close attention to the disagreements that arise in discussions about their possible regulations. After that, it shows that the distinction between «rules» and «standards» can be used to identify two models that represent the main alternatives available, and shows that those models differ in how much discretion they grant to the courts. Also, the paper argues that one model can be related with the idea of imposing strong limits to the state's power, while the other can be related with the improvement of the fact-finding accuracy of the procedure.

KEYWORDS: fundamental rights; judicial discretion; rules; standards; goals of the criminal process.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Tomarse en serio los desacuerdos sobre el contenido de los derechos fundamentales en el proceso penal.—3. La discrecionalidad judicial como eje de los desacuerdos.—4. Una terminología para los desacuerdos: reglas, estándares y dos modelos para reglamentar derechos fundamentales. 4.1. La estructura de las normas jurídicas que reglamentan derechos fundamentales de la persona imputada: la dimensión de la «precisión». 4.2. Reglas y estándares en la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada.—5. La precisión de las normas jurídicas como herramienta: entre la imposición de límites fuertes al poder estatal y la eficiencia en la búsqueda de la verdad. 5.1. Reglas e imposición de límites fuertes al poder estatal. 5.2. Estándares y eficiencia epistémica del proceso. 5.3. Balance—6. Conclusiones.

RECOMMENDED CITATION: LARSEN, PABLO, 2021: «Derechos fundamentales, discrecionalidad judicial y proceso penal: cómo la reglamentación de los derechos puede afectar los objetivos del proceso», in *Quaestio facti*, 3: 13-47. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22598

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ocupa de analizar las formas que pueden asumir las normas que reglamentan los derechos fundamentales de la persona imputada (aquellas que precisan de forma más concreta su contenido y exigencias) y cómo esto puede incidir en el cumplimiento de los fines del proceso penal. Puntualmente, propone focalizar ese análisis en el grado de discrecionalidad con el que cuentan los tribunales al aplicar esas normas según el grado de precisión con el que hayan sido redactadas: normas más precisas (reglas) o más vagas (estándares).

De ese modo, el trabajo se concentra en la clase de discusiones que se generan al debatir, por ejemplo, cómo los tribunales deberían decidir si la admisibilidad de la declaración previa de un testigo ausente en el juicio es compatible con el derecho

fundamental a interrogar a los testigos de cargo. Al analizar este asunto es usual encontrar dos posiciones contrapuestas. Por un lado, existen defensas de una reglamentación que establezca de forma precisa que los tribunales deben limitarse a verificar si la defensa contó con una oportunidad previa de interrogar al testigo, y que sólo en ese caso estos testimonios pueden ser admisibles. Por el otro, también existen argumentaciones a favor de una reglamentación que otorgue más libertad a los tribunales y les permita admitir esas declaraciones luego de analizar, en cada caso concreto, algunos factores como las razones por las cuales el testigo está ausente o los indicios de confiabilidad que pueda presentar su testimonio pese a que la defensa no haya tenido posibilidad de controlarlo, entre otros¹.

El artículo busca mostrar que ese tipo de discusiones, vinculadas con la libertad que puede otorgarse a los tribunales para tomar decisiones durante el proceso penal, se repite en muchas más oportunidades de lo que se ha notado en la literatura tradicional. Asimismo, intenta ofrecer una herramienta que pueda dar cuenta de la complejidad que existe detrás de esos debates y que permita alcanzar dos objetivos concretos: identificar cuáles son las principales técnicas con las que pueden reglamentarse los derechos fundamentales de la persona imputada, y detectar las razones que podrían respaldar la implementación de alguna de esas alternativas. El primero de esos objetivos permitirá advertir que algunos asuntos importantes del proceso penal pueden ser abordados de formas variadas, que pueden ser distintas a las que se conozcan en un determinado ámbito, y ayudará a comprender dónde radican las diferencias entre esas alternativas. El segundo, por su parte, permitirá mostrar que la detección de esas alternativas y de las razones que pueden estar detrás de su elección puede ser útil para los debates que se generan en esta materia.

Esto último, a su vez, permitirá realizar un aporte concreto a la discusión sobre el rol que desempeñan los derechos fundamentales de la persona imputada en el cumplimiento de los fines del proceso penal. Tal como se verá más adelante, si bien los derechos en alguna medida constituyen límites a la búsqueda de la verdad, esos límites no son necesariamente claros, existen diferentes formas de establecerlos, y algunas alternativas pueden ser más favorables a la eficiencia epistémica del proceso que otras. El resultado que esto arroja puede ser útil para quienes consideren que los procesos penales actuales deben preocuparse más por la búsqueda de la verdad: si se superponen los dos objetivos de este trabajo, será posible advertir que algunos derechos pueden ser reglamentados válidamente de formas distintas a las que se conozcan en un ámbito determinado, y en algunas ocasiones de un modo tal que permita mejorar la eficiencia epistémica del proceso². A la inversa, el desarrollo también puede ser útil

¹ El ejemplo más conocido de la primera alternativa es la regla adoptada por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el precedente “Crawford v. Washington” (541 U.S. 36). Un caso paradigmático de la segunda es la regulación contenida en la Criminal Justice Act del Reino Unido (114, 1.d y 2). Se volverá sobre estos debates y estas regulaciones en las secciones 3 y 4.

² Esto puede ser atractivo para lo que en alguna ocasión ha sido denominado el «proyecto normativo» de la epistemología jurídica, es decir, aquel «consistente en proponer cambios en las reglas existentes

para quienes consideren que los límites al poder estatal que actualmente existen en algún contexto determinado deben ser más intensos de lo que hoy en día son.

La argumentación procederá de la siguiente manera. Primero (2) se exponen las razones por las cuales pueden generarse discusiones en esta materia, y se explica por qué se encuentra justificado un análisis más detenido sobre las posibles «reglamentaciones» de los derechos fundamentales de la persona imputada. Con ese concepto, en el marco de este trabajo, se hará referencia a la actividad consistente en precisar el contenido y las exigencias de los derechos para resolver casos concretos, algo que, como se verá más adelante, es realizado por las legislaturas o parlamentos y también por ciertos tribunales constitucionales o de derechos humanos. Aquí se intenta demostrar, en pocas palabras, que el análisis de varios temas no puede limitarse a afirmar que «el proceso penal debe respetar los derechos fundamentales de la persona imputada», porque esto es poco más que el inicio de los debates que pueden generarse. Para eso se muestra que los interrogantes que se generan al reglamentar muchos derechos fundamentales necesitan una respuesta que usualmente, y de forma deliberada, los textos constitucionales que los establecen omiten brindar.

Luego (3) se ofrece un punto de partida útil para desarrollar un análisis sensible a las complejidades del tema. Concretamente, se intenta mostrar que existen buenas razones para que el estudio de la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada esté centrado en el grado de libertad que se puede otorgar a los tribunales para tomar decisiones durante el proceso, es decir, en la «discrecionalidad judicial».

Posteriormente (4) se presentan dos modelos de reglamentación diferenciados por el grado de precisión que se utiliza al redactar las normas y, de ese modo, por la discrecionalidad que se otorga a los tribunales al reducir o ampliar los factores que pueden tener en cuenta al resolver casos. Aquí, con apoyo en la distinción conocida en la literatura anglosajona como «reglas» (normas más precisas) y «estándares» (normas más vagas), se busca mostrar que esos modelos permiten detectar las principales formas con las que pueden reglamentarse muchos derechos fundamentales de la persona imputada, tal como se encuentran en varias reglamentaciones de muchos países.

Finalmente (5) se esbozan algunas pautas que pueden ser tenidas en cuenta al decidir cuál de esos modelos implementar. Para esto se intenta mostrar que los modelos propuestos pueden ser herramientas útiles al servicio de los principales valores que suelen estar en juego en el proceso penal: la tradicional tensión entre la necesidad de imponer límites al poder estatal y la eficiencia del proceso en la búsqueda de la verdad. Concretamente, se argumentará que el modelo de reglas puede ser atractivo para quienes consideren necesario cumplir de forma más eficiente el primer objetivo, mientras que el modelo de estándares, en cambio, puede ser interesante para quienes

al efecto de modificar o eliminar aquellas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad» (LAUDAN, 2013: 23).

se inclinen preponderantemente por el segundo. Con esto se busca demostrar, en síntesis, que la identificación de los principales beneficios y costos de estos modelos puede orientar de forma clara la decisión de quienes reglamentan los derechos fundamentales en el proceso penal.

El desarrollo del trabajo, por razones de espacio, no pretende analizar en detalle la forma en que pueden reglamentarse cada uno de los derechos fundamentales que la mayoría de las constituciones estatales, cartas de derechos o tratados internacionales establecen para la persona imputada. Sea que se trate de los derechos fundamentales que asumen la modalidad de «inmunidades» —aquellos que establecen lo que el Estado *no puede hacer* a la persona imputada en el proceso penal—³ o aquellos que son denominados «derechos de intervención» —aquellos que establecen lo que la persona imputada *debe poder hacer* en el proceso penal—⁴, su reglamentación representa muchos asuntos importantes del proceso penal. Precisamente por este motivo es que la literatura de diferentes tradiciones jurídicas considera al derecho procesal penal como el «sismógrafo» de la Constitución (ROXIN, 2000: 10), o a sus normas como un “subgrupo” de las constitucionales (STUNTZ, 1997: 6). Un análisis detallado de cada uno de los derechos fundamentales de la persona imputada, por ende, requeriría un trabajo mucho más extenso. Por esa razón, el objetivo será proporcionar una herramienta con un grado suficiente de abstracción y generalidad que pueda ser aplicada a muchas de las discusiones que pueden generarse al analizar esas reglamentaciones.

Para esto, sin embargo, se expondrán algunas reglamentaciones concretas que permiten ilustrar los rasgos de los modelos que se presentan. De ese modo, los modelos serán expuestos mediante un análisis de la forma en que pueden reglamentarse los derechos de la persona imputada a «ser juzgada en un plazo razonable» o «sin dilaciones indebidas», a «interrogar a los testigos de cargo», a «no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho o delito», a «no ser obligada a declarar contra sí misma», a que «se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad» y a un «debido proceso». Con esto se mostrará que los modelos pueden ser atractivos para analizar asuntos importantes como la duración de los procesos, el problema de los testigos de cargo que por alguna razón no pueden estar presentes en el juicio, la posibilidad de enjuiciar nuevamente a una persona cuando el primer proceso tuvo defectos fundamentales, la voluntariedad de las confesiones o declaraciones auto-

³ Dentro de esta categoría se encuentran el derecho fundamental a «no ser condenada sin un juicio previo», a un «debido proceso», a «ser juzgada en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas», a «ser juzgada por un tribunal imparcial», a que «se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad», a «no ser obligada a declarar contra sí misma» o a «no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho». Sobre el concepto de «inmunidades» NINO (2007: 29-31).

⁴ Aquí se ubican los derechos fundamentales de la persona imputada a «ser oída», a «interrogar a los testigos de cargo», a «recurrir la sentencia condenatoria» o el derecho a contar con una defensa técnica, usualmente considerado como un derecho destinado a garantizar el ejercicio de los demás derechos de intervención o participación. La denominación «derechos de intervención» es utilizada, entre otros, por STEIN (2006: 31-33).

incriminatorias, las exigencias probatorias que se consideran suficientes para tener por probado un hecho y condenar a una persona, y la exclusión de la prueba ilícita. El análisis de esos temas, pese a no cubrir la totalidad de las reglamentaciones de derechos fundamentales que se efectúan al diseñar un proceso penal, puede ser útil para detectar o imaginar con mayor facilidad cómo los modelos que aquí se exponen pueden ser trasladados a otros asuntos que, por razones de espacio, no podrán ser estudiados en este trabajo.

2. TOMARSE EN SERIO LOS DESACUERDOS SOBRE EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

Es posible afirmar que en la actualidad existe un consenso generalizado en torno a la necesidad de garantizar determinados derechos fundamentales a la persona imputada en un proceso penal. Esto puede verse reflejado, por ejemplo, en los catálogos que los principales tratados internacionales de derechos humanos incluyen sobre el tema⁵, o en la manera en que las constituciones o cartas de derechos de muchos países se encargan de establecerlos dentro de disposiciones dedicadas exclusivamente a la persona imputada⁶. De ese modo, la mayoría de los sistemas jurídicos comparten un mínimo común denominador según el cual ella tiene derecho a «ser juzgada en un plazo razonable» o «sin dilaciones indebidas», a «interrogar a los testigos de cargo», a «no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho o delito», a «no ser obligada a declarar contra sí misma», a que «se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad», y a un «debido proceso», entre otros.

Sin embargo, ese consenso puede volverse más borroso cuando se trata de precisar el contenido de esos derechos y determinar cuáles son sus exigencias concretas. A diferencia de lo que podría suceder en un debate reducido a determinar si la persona imputada es titular de algún derecho en abstracto, las normas jurídicas que se encargan de establecer los derechos fundamentales —típicamente constituciones, cartas de derechos o tratados internacionales— no suelen brindar respuestas a este tipo de interrogantes de carácter concreto. Por el contrario, en varias ocasiones se destaca que es poco usual contar con respuestas claras al analizar qué implican específicamente muchos derechos. Según una idea muy difundida, esta área no se encuentra domi-

⁵ En esta tendencia se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (8), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (6), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (7) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14). En lo que sigue estos textos serán citados mediante siglas.

⁶ De esa manera, por ejemplo, Argentina (18), Estados Unidos (enmiendas 5.^a, 6.^a y 8.^a), Canadá (11), Chile (19), Colombia (28 a 34), España (24.2), Alemania (103, 104), Italia (111), Nueva Zelanda (24) y Sudáfrica (35).

nada por los consensos generalizados sino, en cambio, por los grandes desacuerdos (WALDRON, 2005: 67-68; SUNSTEIN, 2007: 1-2). Tal como explica WALDRON:

Es innegable que tanto las disposiciones de la carta de derechos tienen injerencia sobre cómo debe resolverse cada una de esas cuestiones, como que sus disposiciones no determinan por sí mismas una solución a la cuestión de un modo que supere la disputa razonable [...] El desacuerdo no impide la promulgación de una carta de derechos. Pero los desacuerdos continuarán sin resolverse, dejándonos en una situación en la que —cuando surja un debate sobre la posible violación de derechos— si bien las disposiciones de la carta de derechos serán sin duda pertinentes para resolver la cuestión, subsistirá un debate entre personas razonables sobre en qué sentido lo serán y en qué medida prohíben (o limitan la aplicación de) las disposiciones legislativas que estén en tela de juicio (2006: 1368-1369).

Al analizar las causas de ese fenómeno, frecuentemente se explica que se trata de una consecuencia derivada de los términos particularmente indeterminados que suelen utilizarse al redactar los textos constitucionales que establecen derechos fundamentales. De acuerdo con este paradigma, «las disposiciones que establecen derechos constitucionales tienden a resolver menos de lo que hacen algunas de las disposiciones más determinadas de una constitución; estas, de hecho, necesitan más especificaciones antes de poder ser aplicadas» (WEBBER, 2009: 13-14; de modo similar SUNSTEIN, 2018: 35, WALDRON, 2006: 1369, nota 60, SCHAUER, 1982: 801, y ALEXANDER, 2003: 374). También suele explicarse que ese estilo característico de los textos constitucionales no es fruto de casualidades. En el caso de las constituciones estatales, por ejemplo, se afirma que acudir a términos particularmente indeterminados al establecer derechos fundamentales permite que las personas coincidan en grandes abstracciones aun cuando no estén de acuerdo sobre lo que esos derechos implican en situaciones concretas, y se advierte que esto es lo que, en efecto, permite contar con constituciones (SUNSTEIN, 2018: 35-36). Esa explicación parece ser aún más clara en el caso de tratados internacionales de derechos humanos aplicables a Estados de tradiciones jurídicas diversas, pues «para ser universales, los derechos humanos deben ser básicos» y para esto «un nivel de abstracción es necesario, una búsqueda de un estándar mínimo que pueda ser alcanzable a nivel universal» (HO, 2012: 262).

Estas circunstancias pueden considerarse como las predominantes en los textos que establecen derechos fundamentales. Constituyen, además, buenas razones para entender que los debates vinculados con el contenido de esos derechos y la forma en que deberían resolverse casos que los involucren son difíciles de zanjar de forma definitiva. La explicación, en términos sencillos, puede ser resumida de la siguiente manera: las normas jurídicas que establecen muchos derechos fundamentales son «diamantes en bruto» que usualmente no proveen todo lo que se necesita para resolver casos relacionados con esos derechos. Como explica GUASTINI, usualmente las disposiciones constitucionales «a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin previa concretización» (2012: 219). Por esa razón, para cumplir con esta tarea es necesario que los derechos sean precisados de forma más concreta —si se desea continuar la metáfora, un diamante en bruto no puede ser utilizado en esas

condiciones, pues necesita ser «tallado y pulido»—, y en esto último se pueden tomar varios caminos alternativos sin que el texto constitucional establezca de antemano cuál de estos es el único correcto —podemos «pulir y tallar un diamante en bruto» de diferentes maneras y elaborar productos muy distintos con él—.

En cierta medida, se trata de distinguir entre las normas jurídicas que *establecen* un derecho fundamental y aquellas que lo *reglamentan* y le brindan un contenido más concreto. De acuerdo con esa distinción, los textos constitucionales suelen incorporar el primer tipo de normas jurídicas y lo hacen mediante la utilización de términos particularmente indeterminados. Las segundas, en las que estará puesta la atención en este trabajo, en cambio, pese a ser imprescindibles para tomar decisiones en muchos casos relacionados con estos derechos, suelen quedar reservadas a otros entes infraconstitucionales. De lo primero se ocupan las asambleas constituyentes o los Estados al asumir compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De lo segundo, en cambio, se encargan las legislaturas o parlamentos y también ciertos tribunales constitucionales o de derechos humanos⁷.

Esto último obliga a realizar algunas precisiones adicionales. Si la actividad a la que aquí se hace referencia al hablar de «reglamentación» consiste en determinar cuál es el contenido concreto de los derechos fundamentales, es posible sostener que esa tarea requiere de interpretación (GUASTINI, 2011: 211-220). Y si se tiene en cuenta esta circunstancia, también se puede advertir que esa actividad no la realizan sólo los parlamentos —quienes suelen sancionar los códigos procesales, que contienen gran parte de las reglamentaciones de los derechos de la persona imputada— sino, además, cierto tipo de tribunales constitucionales o de derechos humanos, tal como se verá más adelante con varios ejemplos. El carácter compartido de esta actividad se advierte con claridad cuando algunas de las interpretaciones sobre las exigencias de los derechos entran en tensión. Considérese, por ejemplo, la situación que se genera cuando un tribunal constitucional concluye que una declaración autoincriminatoria puede ser admisible solo si la persona imputada fue informada previamente de sus derechos, y una legislatura, en cambio, sanciona una ley donde establece que esas declaraciones pueden ser admitidas si se concluye, de acuerdo a las particularidades del caso, que fueron efectuadas de forma voluntaria. Ambos entes, en ese caso, realizan una misma actividad: interpretan las exigencias derivadas de un enunciado normativo que establece un derecho fundamental —concretamente, aquel que esta-

⁷ Una posible excepción a esto es el caso de aquellas reglamentaciones que no precisan el contenido de los derechos, sino que establecen restricciones a aquello que fue previamente delimitado. En esos supuestos, de acuerdo con algunas posiciones, se generan una serie de exigencias adicionales acerca de quienes pueden dictar esas reglamentaciones y las características concretas que estas deben reunir (concretamente, las que establecen que una restricción puede ser adoptada únicamente por un parlamento y que ese tipo de leyes debe satisfacer las exigencias derivadas del mandato de determinación o *lex certa*). Al respecto, en detalle, PÉREZ BARBERÁ (2015). No obstante, con determinados ajustes sensibles a esas exigencias, el desarrollo que aquí se propone también puede ser útil para analizar las reglamentaciones que constituyen restricciones.

blece el derecho a no ser «obligado» a declarar contra uno mismo— y de ese modo lo reglamentan⁸. Si alguna de esas interpretaciones se impone es algo que depende de cuestiones contingentes (por ejemplo, el grado de deferencia que ambos entes se tengan en cada sistema) y no de una cuestión conceptual que establezca que sólo uno de ellos puede interpretar las exigencias de los derechos fundamentales.

Concentrar la atención sólo en los parlamentos, en consecuencia, implicaría realizar una descripción inadecuada del fenómeno que interesa analizar en este trabajo. Esto, sin embargo, es conveniente por razones descriptivas. Si existen argumentos normativos para sostener que tanto legislaturas como los tribunales constitucionales deberían compartir la tarea de reglamentar los derechos fundamentales de la persona imputada es algo que no es necesario determinar aquí⁹.

Los textos de los tratados internacionales que establecen los principales derechos fundamentales de la persona imputada en el proceso penal, por supuesto, no son una excepción al fenómeno descrito. Por ejemplo, esos textos garantizan a la persona imputada un derecho a ser juzgada dentro de un «plazo razonable» o «sin dilaciones indebidas»¹⁰, pero guardan silencio acerca de cómo debe determinarse si la duración de un proceso fue razonable o si las demoras que se hayan verificado se encontraban justificadas. Del mismo modo, la persona imputada tiene un derecho a «no ser obligada a declarar contra sí misma»¹¹, pero los textos de los tratados no indican la manera en que debe determinarse si una declaración autoincriminatoria fue realizada de forma voluntaria. La persona imputada también tiene un derecho a que «se presuma

⁸ El ejemplo está tomado del debate generado en EE.UU luego de que el Congreso sancionó una ley donde propuso abandonar el test adoptado por la Suprema Corte de Justicia en el caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436), cuya constitucionalidad fue analizada en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428). Para un análisis de esta discusión véase STRAUSS (2001) y DORF y FRIEDMAN (2000), donde se desarrolla la idea de «interpretación constitucional compartida».

⁹ De forma general, suele argumentarse que los parlamentos pueden encontrarse en mejor posición para crear normas de carácter general pues los tribunales usualmente adoptan sus decisiones en el marco de casos individuales que presentan muchas particularidades, y esto puede incidir negativamente en la creación de normas jurídicas de carácter general (SCHAUER, 2006; SUNSTEIN, 2018: 118, 200). También se argumenta que la reglamentación de los derechos fundamentales involucra una gran cantidad de factores que proyectan muchas consecuencias para el sistema, y por razones democráticas los tribunales quizá no posean las mejores credenciales para tomar ese tipo de decisiones (sobre esto, en general, WEBBER, 2009: 205-207). Con relación específica al derecho procesal penal, en cambio, muchas veces se argumenta a favor de la actividad de los tribunales en esta materia. Los argumentos que se ofrecen usualmente sostienen que «las legislaturas subestiman los derechos de la persona imputada» porque la gran mayoría de las personas «adopta la perspectiva de una potencial víctima antes que la de una imputada» (DRIPPS, 993: 1079) y que, por esa razón, «las reglas que limiten el poder público vendrán de los tribunales o no vendrán de ningún lado» (DRIPPS, 2001: 46). También se describe, a modo de primera aproximación, que la relación entre los poderes políticos y las cortes supremas es una en la que los primeros ignoran los intereses de las personas acusadas y las segundas cumplen la función de asegurarlos (STUNTZ, 2006: 781).

¹⁰ CADH (8.1), CEDH (6.1), CADHP (7.1.d) y PIDCP (14.3.c).

¹¹ CADH (8.2.g) y PIDCP (14.3.g). El CEDH y la CADHP no contemplan expresamente este derecho.

su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad»¹², pero esa fórmula no permite saber cuáles son las exigencias probatorias que permitirían tener por probado un hecho y habilitar el dictado de una condena. Incluso en algunas ocasiones los textos de los tratados no se encargan siquiera de establecer una determinada cuestión, tal como sucede con la ausencia de cláusulas sobre la manera en que debe lidiarse en general con la prueba obtenida de forma ilícita¹³. Muchas constituciones o cartas de derechos nacionales han seguido un camino similar en todos esos asuntos¹⁴.

Esa falta de especificaciones puede persistir incluso en el caso de aquellos derechos fundamentales que parecen estar establecidos de forma más concreta, tal como sucede con el derecho de la persona imputada a «interrogar a los testigos de cargo»¹⁵ y a «no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho o delito»¹⁶. La posibilidad de generar discusiones vinculadas con cuál es el contenido concreto de esos derechos y, aun cuando se lo considere como precisamente definido, la posibilidad de permitir su reglamentación mediante restricciones debido a la tendencia a no considerarlos derechos «absolutos», genera que los debates sobre la forma en que deberían tomarse decisiones en casos que los involucren sean difíciles de zanjar incluso en esos supuestos.¹⁷

¹² CADH (8.2) y con redacciones similares CEDH (6.2), PIDCP (14.2) y CADHP (7.1.b).

¹³ El CEDH, el PIDCP y la CADHP no prevén ninguna reglamentación expresa sobre la exclusión de la prueba ilícita, mientras que la CADH (8.3) establece ese remedio únicamente para los casos de confesiones obtenidas mediante coacciones. Por su parte, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece una regla de exclusión específica solo para declaraciones realizadas como resultado de torturas (15), y la misma reglamentación puede encontrarse en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (10).

¹⁴ Si bien no es posible realizar una revisión exhaustiva en este trabajo, pueden citarse como ejemplos la forma en que muchos Estados reglamentan el derecho de la persona imputada ser juzgada en un «plazo razonable» o «sin dilaciones indebidas» (Estados Unidos, 6.^a enmienda; Canadá, 11.b; Italia, 111; Sudáfrica, 35.3.d; Colombia, 29; España, 24.2; Nueva Zelanda, 25.b), el derecho a no ser «obligada» a declarar contra sí misma (Estados Unidos, 5.^a enmienda; Argentina, 18; Chile, 19.7.f; Colombia, 33; Canadá, 11.c; España, 17.3; Sudáfrica, 35.1.c; Nueva Zelanda, 25.d), la presunción de inocencia (Canadá, 11.e; España, 24.2; Italia, 27; Colombia, 29; Sudáfrica, 35.3.h) y la ausencia de una cláusula general vinculada con la exclusión de la prueba ilícita (Argentina, Chile, Estados Unidos, España, Italia y Alemania).

¹⁵ CEDH (6.3.d) y PIDCP (14.3.e). El texto de la CADH solo se refiere a «interrogar a los testigos presentes en el tribunal» (8.2.f).

¹⁶ CADH (8.4), CEDH (Protocolo Adicional n.º 7, 4) y PIDCP (14.7).

¹⁷ Me refiero a esta posibilidad solo para describir una alternativa ampliamente difundida. Si ésta se encuentra justificada y si los derechos mencionados podrían ser considerados «absolutos» —es decir, que no admiten restricciones jurídicas de ningún tipo— es una pregunta que este trabajo deja abierta. Sin embargo, la tendencia a considerar que incluso esos derechos cuyo campo de aplicación parece más sencillo de delimitar pueden ser restringidos es una posición bastante difundida a nivel internacional. Por ejemplo, con relación al derecho de la persona imputada a «no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho o delito», el CEDH expresamente contempla una cláusula de limitación (Protocolo Adicional n.º 7, 4.2), y la Corte IDH lo ha considerado como no absoluto (*Almonacid Arellano v. Chile*, 26/8/2006, §154). Algo similar sucede con el derecho a «interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo», sobre el cual se ha advertido que «está sujeto a numerosas limitaciones y excepciones» y que «a pesar de la retórica, en ninguna de sus variadas formas [...] es absoluto» (DENNIS, 2010: 256). Algunos

El escenario descrito hasta este punto es particularmente relevante, y el gran abanico de posibilidades que ofrece al reglamentar los derechos fundamentales de la persona imputada justifica la existencia de un análisis más detenido sobre el tema. Sin embargo, se trata de un fenómeno que no ha recibido mucha atención en las exposiciones tradicionales sobre derecho procesal penal, donde es común que se ofrezca un análisis sobre los alcances de los derechos fundamentales y de cómo éstos han sido reglamentados en un contexto determinado pero, sin embargo, no suele advertirse que un derecho fundamental puede ser compatible con varias reglamentaciones, ni se analizan las metodologías que pueden utilizarse en esta materia. La literatura específica sobre derechos fundamentales de la persona imputada, por su parte, si bien se ha ocupado de analizar la existencia de diferentes formas de reglamentación, usualmente lo ha hecho en el marco de algún derecho concreto y de algún tema específico del proceso penal, sin ofrecer un análisis de los conceptos generales que pueden ser comunes a la mayoría de esa clase de discusiones.

Frente a esto, el objetivo del trabajo, tal como se adelantó, es tratar de llenar ese vacío y ofrecer una herramienta útil para canalizar los desacuerdos pueden generarse al discutir sobre la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada. Se mostrará que el fenómeno de los desacuerdos no es ajeno a ese tema, se identificarán cuáles son las principales técnicas con las que pueden reglamentarse esos derechos, y se analizará qué razones podrían respaldar la implementación de alguna de esas alternativas, con énfasis en la forma en que esto puede incidir en el cumplimiento de los fines del proceso penal.

ejemplos de esto son las tendencias de los tribunales internacionales a considerar admisible una restricción de ese derecho si se encuentra «suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso» y existen «medidas que permitan una evaluación justa y apropiada de la confiabilidad» de una declaración que la persona imputada no tuvo la posibilidad de confrontar (TEDH, *Gran Sala, Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido*, 15/12/2011, §147, con referencia a ambas cuestiones; Corte IDH, *Norín Catrimán v. Chile*, 29/5/2014, §246, con referencia solo a la primera). De forma más general, la argumentación a favor de considerar que la mayoría de los derechos fundamentales son susceptibles de restricciones usualmente se basa en las cláusulas que muchos textos constitucionales incorporan para permitirlo. Suele considerarse que esto vale tanto para los sistemas jurídicos que incluyen expresamente una cláusula de restricción aplicable a todos los derechos (por ejemplo, Canadá, 1; Alemania, 19; Sudáfrica, 36; y en alguna medida Argentina, 28) como en aquellos Estados cuyas constituciones no lo prevén explícitamente (BARAK: 2012: 133; WEBBER, 2009: 11-12). La existencia de esas cláusulas ha generado que el análisis de «proporcionalidad» sea una herramienta que ocupa un lugar central al analizar si la restricción de un derecho fundamental se encuentra justificada (MÖLLER, 2012: 178) y en algunas ocasiones se ha propuesto que las restricciones a los derechos de la persona imputada sean analizadas precisamente con esa herramienta (DENNIS, 2011: 346). Sobre todo esto, con énfasis en la literatura alemana y en la posibilidad de restringir derechos fundamentales más allá de la existencia de disposiciones que expresamente lo permitan, PÉREZ BARBERÁ (2014: 407-411).

3. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO EJE DE LOS DESACUERDOS

Un análisis del tema sensible a las complejidades descritas en la sección anterior requiere un punto de partida útil que permita comenzar a desarrollar las argumentaciones. Por esto, en este apartado se argumenta que existen buenas razones para que el análisis esté centrado en el grado de discrecionalidad que las reglamentaciones de los derechos fundamentales otorgan a los tribunales para tomar decisiones. Esto no implica negar la relevancia que posee el grado de discrecionalidad que se otorga a otros agentes en el proceso penal, como la policía o la fiscalía. Sin embargo, existen buenas razones para poner aquí el foco de la atención en los tribunales¹⁸.

La «discrecionalidad judicial», en el sentido al que interesa hacer referencia en este trabajo, puede ser definida como el grado de libertad —nulo, escaso, moderado o amplio— con el que cuentan los tribunales para decidir algún asunto¹⁹. De acuerdo con SCHAUER (2009: 190), el concepto de discrecionalidad, entendido de esa manera, lleva a preguntas como «¿bajo qué circunstancias se asignará a un agente estatal la libertad para aplicar su propio criterio y tomar sus propias decisiones, y bajo cuáles esa libertad será restringida o incluso eliminada casi en su totalidad?». Un ejemplo sencillo puede permitir explicar la idea con claridad. Piénsese en la situación en la que se encuentra quien debe resolver si una persona condujo su vehículo a una velocidad antirreglamentaria mediante la aplicación de una norma que fija con precisión cuál es la velocidad máxima en una determinada zona —por ejemplo, estableciéndola en cien kilómetros por hora—. En ese contexto, quien deba resolver el caso cuenta

¹⁸ La relevancia de otros agentes diferentes a los tribunales ha sido advertida en la literatura. En algunas ocasiones se resalta, por ejemplo, respecto de la fiscalía, que «existen buenas razones para que la discrecionalidad de los fiscales constituya un mayor motivo de preocupación que la discrecionalidad judicial, ya que los jueces deben rendir cuentas públicamente en mayor medida que los fiscales» (BRAITHWAITE y PETTIT, 2015: 38). Algo similar sucede cuando se cuestiona la atención en los desarrollos constitucionales centrados en la etapa de juicio en desmedro de los acuerdos o condenas negociadas entre fiscalías y defensas, y se destaca que «en los juicios la Constitución es omnipresente. En los acuerdos, es casi invisible» (STUNTZ, 2006: 791). Sin embargo, la decisión de poner la atención exclusivamente en los tribunales obedece, en primer lugar, a que los tribunales son quienes, de hecho, tienen asignada la toma de decisiones en la mayoría de las materias que constituyen reglamentaciones de derechos fundamentales, tal como se verá en la sección 4 al analizar varios ejemplos de esta clase de normas. En segundo término, este recorte también obedece a que suele argumentarse que eso efectivamente debe ser así, principalmente por la tendencia a atribuir a los tribunales, en tanto autoridades neutrales, la función de resolver disputas (TRECHSEL, 2005: 46). Más allá de estas precisiones, la argumentación que se desarrolla en este trabajo puede ser trasladable a aquellos casos donde se asigna a las fiscalías, y no a los tribunales, la toma de decisiones en algunas materias que constituyen reglamentaciones de derechos fundamentales.

¹⁹ Un análisis basado en la forma en que los sistemas jurídicos regulan la discrecionalidad judicial presupone compartir la idea según la cual los términos de las normas jurídicas puede efectivamente reducir la libertad de los tribunales. Esto puede ser considerado problemático para ciertas posiciones que niegan que eso sea posible. Sin embargo, al tratarse de un problema cuyo análisis excede el marco de este trabajo, ese debate no podrá ser abordado. Al respecto, entre muchos otros, SCHAUER (1988).

con escasa libertad al momento de tomar su decisión: debe limitarse sencillamente a verificar la velocidad en la que conducía la persona y contrastarla con la indicada en la norma. Sin embargo, considérese la situación en la que se encuentra quien debe resolver ese mismo asunto, pero mediante el uso de una norma que le indica que evalúe si la velocidad en la que conducía la persona era «razonable y prudente». Aquí, en cambio, quien deba tomar la decisión cuenta con un margen de discrecionalidad considerablemente elevado para analizar distintas circunstancias y arribar a soluciones diversas. Se trata, como puede advertirse, de uno de los usos del concepto que DWORKIN (1978:32) denominaba «débiles» al señalar que es posible hablar de discrecionalidad cuando las normas, por alguna razón, «no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen valoración (*judgement*)»²⁰.

Un interés particular en ese concepto se encuentra justificado porque varias de las discusiones específicas sobre la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada suelen, en cierta medida, girar alrededor de un gran desacuerdo sobre el grado de libertad que debería otorgarse a los tribunales para tomar decisiones. Esto es así, por ejemplo, en los debates acerca de cómo debería determinarse si la duración de un proceso penal es razonable²¹, y en las discusiones sobre qué podrían tener en cuenta los tribunales al analizar la admisibilidad de la declaración de un testigo ausente al momento del juicio²² y de la prueba

²⁰ En derecho procesal penal siguen este uso del concepto, de forma explícita o implícita, ROBERTS y ZUCKERMAN (2010: 29), DUFF *et al.* (2007: 106) y REDMAYNE (2012: 305). El uso de esa definición, por ende, implica dejar de lado el otro uso «débil» del concepto, como aquel que lo asimila con «la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario» o aquel denominado «fuerte», es decir, cuando se lo utiliza para afirmar que un funcionario «en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión» (DWORKIN, 1978:32). Sobre todo esto también CARACCILO (2009: 253-254).

²¹ Cfr., entre otros, TRECHSEL (2005: 141), para quien «es esencial que cada caso sea analizado de acuerdo a sus particularidades», y PASTOR (2009: 318), quien considera, en cambio, que los criterios de esa posición «son completamente insatisfactorios para el derecho procesal penal, pues lejos de colaborar con él en su fin principal de impedir la arbitrariedad, la estimulan, al remitir a la voluntad de los jueces la determinación del plazo razonable y sus consecuencias, a través de pautas tan abiertas y difusas».

²² Cfr., entre otros, REDMAYNE (2012: 305-306), para quien «la confrontación debe ser vista como un derecho positivo a examinar los testigos de cargo disponibles, y no como un derecho negativo que obligue a excluir la evidencia aportada por testigos ausentes», y considera que debería permitirse que los tribunales evalúen las razones por las cuales la persona cuya declaración se pretende excluir no se encuentra presente en el juicio; SPOTTSWOOD (2018: 598-599), para quien corresponde «examinar los costos y beneficios que generaría la decisión de excluir una declaración» y adoptar un enfoque que permita excluirlas «en los casos en los que es particularmente probable que no sean confiables»; ROVATTI (2020: 34), quien afirma que una reglamentación rígida de este derecho es «insostenible»; NANZER (2008: 367), quien considera que si la defensa no contó con la oportunidad de controlar una declaración la única consecuencia posible es la «absoluta, inexorable e irrestricta invalorableidad del testimonio»; Suprema Corte de Justicia de EE.UU., *Crauford v. Washington* (541 U.S. 36), opinión del juez SCALIA («los estándares vagos son manipulables» y «no ofrecen protecciones significativas»); FRIEDMAN (2004: 4-5), quien califica a los enfoques que proponen otorgar una mayor libertad a los tribunales para considerar indicios que demuestren la confiabilidad de la declaración que la defensa no tuvo posibilidad de confrontar como «complejos», «manipulables» e «impredecibles».

ilícita²³. La lista podría aumentarse mediante el análisis de otras discusiones en las que ese contraste se repite en términos similares. A modo de ejemplo pueden mencionarse algunos desarrollos relacionados con el derecho probatorio —por ejemplo, al analizar el grado de libertad que deberían tener los tribunales para tener por probado un hecho—²⁴, los debates acerca de si el *ne bis in idem* permite perseguir nuevamente a una persona cuando el primer proceso tuvo defectos fundamentales²⁵, y las discusiones generadas al analizar cómo reglamentar la manera en que los tribunales deben evaluar si una declaración autoincriminatoria es contraria al derecho fundamental de la persona imputada a «no ser obligada a declarar contra sí misma»²⁶.

Lo anterior constituye una buena razón para considerar que un análisis centrado en la discrecionalidad judicial puede permitir hacer explícito lo que muchas veces está implícito en los debates sobre la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada. Se trata, por esa razón, de un concepto que cuenta con una gran capacidad de rendimiento para expresar los desacuerdos que existen esas discusiones, y puede ofrecer una base firme para el análisis general del tema.

4. UNA TERMINOLOGÍA PARA LOS DESACUERDOS: REGLAS, ESTÁNDARES Y DOS MODELOS PARA REGLAMENTAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para continuar con el desarrollo propuesto, el objetivo de esta sección será mostrar cómo los desacuerdos a los que se hizo referencia pueden ser trasladados a una

²³ Cfr., entre otros, PIZZI (1999: 43), quien argumenta que no es necesario abordar el problema como una cuestión de «todo o nada», y que existen buenas razones para adoptar una aproximación «más balanceada» que «permita excluir la evidencia cuando ha existido un abuso serio por parte de la policía» y «la niegue cuando la violación es proporcionalmente inferior al delito»; STUART (2010: 313-332), quien sostiene que no existe «sabiduría» en la exclusión «automática» de la prueba obtenida de forma ilícita, y afirma que la aproximación flexible a este problema es más «sensata» y «cuidadosamente balanceada»; MORGENSTERN (2014: 1551), quien considera que «la exclusión probatoria indiscriminada y automática es una solución equivocada» y propone la adopción de un esquema «basado en una ponderación»; PASTOR (2012: 326-327), quien critica a la otra posición con base en que «siempre será posible un margen de juego para un decisionismo judicial que justifique, a pesar de todo, la valoración de la prueba prohibida o ilícitamente obtenida»; THAMAN (2011: 697), quien considera que «un sistema jurídico que toma ventaja de principios de ponderación vagos para utilizar la evidencia obtenida directa o indirectamente en función de actos inconstitucionales de sus órganos de investigación sólo con dificultad incorpora el espíritu de un Estado de derecho»; ASHWORTH (1977:723), quien muestra una gran preocupación por la posibilidad de que la decisión sobre la admisibilidad de esas evidencias quede «librada al capricho de cada tribunal».

²⁴ Al respecto SCHAUER (2008), STEIN (1997), FERRER BELTRÁN (2013) y DUFRAIMONT (2013). Para un análisis de estos debates con una metodología similar a la propuesta en este trabajo véase LARSEN (2020a).

²⁵ Sobre este tema RUDSTEIN (2008), DENNIS (2014:231), MORGENSTERN (2015:196) y GUZMÁN (2008: 209-210).

²⁶ Al respecto KAMISAR (2012), SCHAUER (2013) y MARCUS (2006).

metodología vinculada con la creación de las normas jurídicas. Esto será realizado mediante la presentación de dos modelos diferenciados por la forma en que sus normas jurídicas regulan la discrecionalidad de los tribunales para tomar decisiones. Al analizar sus rasgos característicos, se mostrará que se trata de modelos que permiten identificar con claridad las principales tendencias que existen al reglamentar los derechos fundamentales de la persona imputada.

4.1. La estructura de las normas jurídicas que reglamentan derechos fundamentales de la persona imputada: la dimensión de la «precisión»

Al igual que una enorme cantidad de normas jurídicas, aquellas que reglamentan los derechos fundamentales de la persona imputada constituyen «reglas» en sentido general. Si bien se trata de un concepto sobre el cual se realizarán algunas precisiones terminológicas más adelante, ese término, al menos en sentido amplio, suele ser utilizado en la teoría del derecho para hacer referencia a las reglas «prescriptivas». De acuerdo con algunas definiciones tradicionales, se trata de reglas que poseen «un contenido semántico normativo» y son utilizadas «para guiar, controlar o modificar la conducta de agentes con capacidad para tomar decisiones» (SCHAUER, 2004: 58), tratándose los agentes, en lo que aquí interesa, de los tribunales²⁷.

Como toda regla prescriptiva, las normas jurídicas que reglamentan derechos fundamentales de la persona imputada poseen una estructura lógica particular. En términos sencillos, cualquier regla prescriptiva, más allá de cómo esté formulada, puede ser presentada como un enunciado condicional de la forma “si *p*, entonces *q*” ($p \rightarrow q$), donde el antecedente indica las condiciones bajo las cuales la regla se aplica, mientras que el consecuente establece lo que habrá de ocurrir cuando esas condiciones se verifiquen (TWINING y MIERS, 2010: 90, MACCORMICK, 2018: 79, SCHAUER, 2004: 81-82). Las reglas prescriptivas que reglamentan derechos fundamentales también pueden ser fácilmente descompuestas de esa manera. Muchas de esas normas jurídicas, tal como se verá más adelante en detalle, están compuestas por un antecedente donde se describe qué es lo que debe verificarse para que un tribunal tome una decisión y un consecuente que establece cuál es la consecuencia aplicable —típicamente una decisión para la cual la existencia del derecho fundamental del que se trate podría ser un obstáculo—. Un ejemplo de esto es una norma jurídica que reglamente el derecho fundamental a «no ser obligado a declarar contra uno mismo» y prescriba que «si no se notificó a la persona imputada cuáles son sus derechos de forma previa a su declaración autoincriminante (antecedente), *entonces* esa evidencia no es admisible (consecuente)».

²⁷ Por esta característica —estar dirigidas a órganos estatales como los tribunales— las normas jurídicas que reglamentan el proceso penal suelen ser consideradas «reglas de decisión», por oposición a las «reglas de conducta», que tienen como destinatarios al público en general (DRIPPS, 2011: 409).

La exposición de los modelos a los que se hizo referencia estará enfocada en el antecedente de las reglas prescriptivas, es decir, en la parte que describe las condiciones en las cuales se aplican las normas jurídicas, usualmente denominada «hecho operativo» (MACCORMICK, 2018: 79)²⁸. De manera más específica, por tratarse de una circunstancia directamente relacionada con la discrecionalidad judicial, aquello que se tendrá en cuenta es una dimensión concreta de esos hechos operativos: la *precisión* de los términos utilizados al redactar esa parte de las normas jurídicas, usualmente considerada como un «dispositivo muy efectivo para el manejo de la discrecionalidad» (SCHAUER, 2009: 190).

Un recurso muy útil para esto, como se verá enseguida, es clasificar a las normas jurídicas según el grado de precisión con el que cuentan. De acuerdo con una tipología ampliamente difundida en la literatura anglosajona, la regulación de una actividad puede ser realizada mediante dos grandes alternativas conocidas como «reglas» —o normas jurídicas más *específicas*— y «estándares» —o normas jurídicas más *vagas*—, consideradas como dos extremos de un continuo en el cual las primeras representan el máximo en materia de precisión y los segundos, en cambio, el mínimo²⁹. Si bien se volverá enseguida sobre las características de ambas modalidades, un ejemplo permite ilustrar con claridad sus diferencias. Una norma según la cual «quien circule a más de 120 km/h será sancionado con una pena de diez días de prisión» contiene un hecho operativo redactado bajo la modalidad de una regla. En cambio, una norma que establece que recibirá la misma sanción «quien circule *de manera irrazonable o imprudente*» contiene un hecho operativo que asume la forma de un estándar.

El uso de la terminología «reglas» y «estándares», pese a resultar a primera vista lo suficientemente claro, requiere algunas precisiones adicionales para despejar ciertos equívocos, en particular aquellos generados cuando se acude a una terminología similar para relacionar algunos de esos conceptos con dimensiones diferentes a la precisión de las normas jurídicas, como el *peso* que éstas deberían tener en el razonamiento de los tribunales. Un ejemplo conocido de este uso de la terminología es la posición que contraponen a las «reglas» con los «principios» y afirma que las reglas son «precisas y absolutas» mientras que los principios son «vagos y derrotables» (DWORKIN, 1978: 22). Sin embargo, existen buenas razones para dejar de lado este

²⁸ Esta decisión obedece a que es en los hechos operativos o antecedentes de las normas (y no en los consecuentes) donde las reglamentaciones de derechos fundamentales presentan las diferencias que interesa analizar en este trabajo. Como se verá enseguida, el consecuente de estas reglamentaciones usualmente es el mismo más allá del grado de precisión que se utilice al redactar el antecedente, y se encuentra definido con precisión. Por mencionar algunos ejemplos, si bien muchas reglamentaciones presentan notables diferencias al establecer qué pueden tener en cuenta los tribunales antes de decidir si un determinado elemento de prueba es admisible (por ejemplo, una declaración autoincriminatoria, una prueba obtenida de forma ilícita, o un testimonio de cargo no controlado por la defensa), el consecuente, en todos esos casos, es el mismo: o bien la evidencia es admisible o inadmisible.

²⁹ Al respecto, SCHAUER (2003: 309) explica que «aunque por supuesto que hay casos intermedios, la existencia de casos en la frontera entre reglas y estándares no invalida la distinción entre ellos más de lo que la existencia del atardecer destruye la distinción entre el día y la noche».

tipo de clasificaciones. Como advierte SCHAUER (2006: 889, nota 32), atribuir un determinado *peso* a un nivel de *precisión* oscurece el análisis en lugar de aclararlo, pues ambas dimensiones operan de forma separada. En términos de ese autor, esto promueve «una considerable cantidad de confusión» al «asumir que las dimensiones de precisión y peso operan en tándem, cuando de hecho parecen ser considerablemente independientes una de otra», pues «existen reglas precisas pero derrotables, y también principios vagos pero muy estrictos o incluso absolutos, como sucede con el vago, pero no derrotable, imperativo categórico de Kant»³⁰. De todos modos, al tratarse de una estipulación terminológica, también puede hablarse de «reglas precisas» y «reglas vagas» para referir a la idea que se quiere reflejar con la distinción entre «reglas» y «estándares» (así, por ejemplo, TWINING y MIERS, 2010: 84). Lo que debe quedar en claro es que, cualquiera sea la terminología que se utilice, la argumentación estará referida únicamente a la *precisión* de los términos utilizados en la redacción de las normas jurídicas, y no al *peso* que estas pueden tener en la toma de decisiones de los tribunales.

4.2. Reglas y estándares en la reglamentación de los derechos fundamentales de la persona imputada

Una alternativa disponible al regular la manera en que los tribunales deben tomar sus decisiones consiste en utilizar «reglas». Esta modalidad de normas jurídicas se caracteriza por utilizar términos considerablemente precisos o, dicho de otra manera, por emplear palabras «detalladas, específicas, concretas y determinadas» (SCHAUER, 2009: 189; de modo similar ALEXANDER y SHERWIN, 2001: 29, BRAITHWAITE, 2002: 47, PARCHOMOVSKY y STEIN, 2015: 166). Cuando se procede de esa manera, suele afirmarse que se trata de reglamentaciones que adoptan una perspectiva predominantemente *ex ante*, donde los creadores de las normas se adelantan a la aparición de los casos concretos y establecen con precisión, de forma previa, cuál es la forma en que deberán ser resueltos (KAPLOW, 1992: 559-560, SUNSTEIN, 2018: 22; SCHAUER, 2003: 305, WALDRON, 2011: 5). En esos contextos, la función de quienes aplican las normas suele quedar limitada a constatar los aspectos concretamente descritos en la regla y aplicar la solución allí prevista. Por esa razón, la característica que define a este modelo es una *reducción* considerable de la discrecionalidad.

En muchas ocasiones los derechos fundamentales de la persona imputada son reglamentados mediante esa clase de normas. Cuando esto sucede, quienes reglamentan los derechos, mediante la adopción de reglas estrictas, se encargan de describir de forma considerablemente precisa los hechos operativos que los tribunales deben tener en cuenta al tomar sus decisiones y, de ese modo, reducen la cantidad de circunstancias que pueden ser consideradas relevantes para resolver casos. Un ejemplo

³⁰ Del mismo modo TWINING y MIERS (2010: 83), con el ejemplo de la prohibición *absoluta* de algo considerablemente *indeterminado* como la «tortura».

de esa alternativa es una forma bastante habitual de reglamentar las ocasiones en que la declaración de un testigo ausente al momento del juicio puede ser utilizada como evidencia en contra de la persona imputada —una reglamentación relacionada con el derecho fundamental a «interrogar a los testigos de cargo»—. Al reglamentar esta cuestión, muchos sistemas procesales suelen adoptar una regla cuyo hecho operativo establece que lo único que los tribunales pueden tener en cuenta para tomar esa decisión es si la defensa «contó con la posibilidad de interrogar al testigo» pues, de lo contrario, esa evidencia será inadmisibile. Considérese, por ejemplo, el siguiente ejemplo paradigmático de este tipo de reglamentación:

Quando se trate de prueba testimonial, [el derecho a la confrontación] requiere la no disponibilidad del testigo y una oportunidad previa de interrogatorio³¹.

La forma en que una reglamentación como la mencionada puede reducir la discrecionalidad judicial es fácil de advertir. Al especificar de manera considerablemente clara qué es aquello que puede ser valorado para tomar una decisión, estas reglamentaciones privan a los tribunales de incluir en sus razonamientos otras circunstancias que podrían ser tenidas en cuenta para arribar a una solución distinta —en este caso, la admisión del testimonio—. Al prescribir que lo único que interesa para la decisión del caso es si la defensa contó con «una oportunidad previa de interrogatorio», esas reglamentaciones tornan irrelevante, por ejemplo, el análisis acerca de las razones por la cual el testigo no puede estar presente en el juicio, o los indicios de confiabilidad que pueda presentar su declaración anterior.

Sin embargo, las reglas no son la única alternativa disponible en esta materia. Como se señaló más arriba, otro de los caminos que se pueden seguir al regular un asunto consiste en acudir a «estándares», es decir, a una modalidad de normas caracterizada por usar términos «amplios, vagos, generales e imprecisos» (SCHAUER, 2009: 189; de modo similar ALEXANDER y SHERWIN, 2001: 29, BRAITHWAITE, 2002: 47, PARCHOMOVSKY y STEIN, 2015: 166). A diferencia de lo que sucede con las reglas, este tipo de normas se inclina por no establecer de antemano ni de manera precisa cuál es la solución aplicable al caso concreto *ex ante*, sino que, en cambio, adopta una perspectiva predominantemente *ex post* que deja la mayor parte de la tarea para ser realizada «caso a caso» por los aplicadores (KAPLOW, 1992: 559-560, SUNSTEIN, 2018: 28, SCHAUER, 2003: 305, WALDRON, 2011: 5). Cuando esto es así, el papel de quienes aplican las normas, a diferencia de lo que sucede con las reglas, adquiere una mayor relevancia en la solución de los casos concretos. La nota característica de este modelo, en consecuencia, es una *ampliación* notable de la discrecionalidad.

Algunos sistemas suelen incluir reglamentaciones de los derechos fundamentales de la persona imputada que adoptan la modalidad de estándares. En esas oportu-

³¹ Suprema Corte de Justicia de EE.UU., *Crawford v. Washington* (541 U.S. 36). Pueden encontrarse reglamentaciones similares en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (68.2, texto previo a la modificación introducida mediante ICC-ASP/12/Res.7), en el CPP Federal argentina (ley n. 27.063, 289.c), y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España (sentencia n. 134/2010).

nidades, los hechos operativos de las normas son descritos de una forma considerablemente vaga que amplía las circunstancias que los tribunales pueden tener en cuenta al tomar sus decisiones, y que suelen ser excluidas cuando la misma cuestión es reglamentada mediante reglas. Esto puede advertirse con claridad si se contrasta el ejemplo analizado más arriba —la decisión sobre la admisibilidad de la declaración de un testigo ausente en el juicio— con una reglamentación del mismo asunto que, en lugar de acudir a reglas, procede, en cambio, a utilizar estándares. En ese escenario, las reglamentaciones pueden describir su hecho operativo de una forma tal que no se limite a establecer que los tribunales sólo pueden tener en cuenta si la defensa contó con la posibilidad de interrogar al testigo, sino que les permita valorar circunstancias descritas de forma particularmente vaga como los «indicios de fiabilidad» con los que cuente la declaración, las «razones por las cuales el testigo no puede estar presente en el juicio», o el «contexto en que efectuó su declaración anterior». Un ejemplo notable de una reglamentación basada en estándares como los mencionados es el siguiente:

La declaración de un testigo ausente es admisible solo si cuenta con indicios de confiabilidad³².

No resulta difícil advertir que en este modelo un tribunal cuenta con un grado de discrecionalidad más elevado que aquel que le asignaría una reglamentación mediante reglas. La forma considerablemente vaga en que se describen las circunstancias que los tribunales pueden incluir en sus razonamientos les permite tener en cuenta mucho de aquello que resulta excluido en la reglamentación mediante reglas y, en consecuencia, les otorga la posibilidad de arribar a soluciones diversas en cada caso.

Todo lo desarrollado hasta aquí podría tratarse de una disquisición terminológica poco útil si la distinción propuesta fuese apta solo para describir formas alternativas de reglamentar unos pocos derechos fundamentales de la persona imputada, o si se tratase de una metodología que permite captar la forma de reglamentar solo algunos asuntos marginales del proceso penal. Sin embargo, un análisis de varias reglamentaciones de países de distintas tradiciones jurídicas permite advertir que el contraste se repite en un número nada despreciable de ocasiones.

La contraposición entre reglas y estándares se advierte, por ejemplo, en las formas posibles de reglamentar la forma en que los tribunales deben tomar decisiones en casos relacionados con la duración del proceso (regla que establezca que si el proceso no puede continuar si superó una determinada cantidad de tiempo vs. estándares que permitan arribar a esa solución si la duración del proceso es razonable, teniendo en cuenta la complejidad del caso, el comportamiento del imputado y la conducta de las autoridades judiciales)³³. Lo mismo sucede con la reglamentación de la admisibi-

³² Suprema Corte de Justicia de EE.UU en *Ohio v. Roberts* (448 U.S. 56). En sentidos similares la Criminal Justice Act del Reino Unido (114, 1.d y 2), las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (68.2, texto según la modificación introducida mediante ICC-ASP/12/Res.7), y la Evidence Act de Australia (65).

³³ Sobre la primera alternativa cf. CPP Colombia (175). Sobre la segunda cf. TEDH, *Philis v. Grecia*, 27/6/1997, §35; Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, 29/1/1997, §77; Suprema Corte de

lidad de la prueba ilícita (regla que la considere inadmisibles si fue obtenida mediante violación a las formas procesales o derechos fundamentales vs. estándares que establecen esa solución solo para los casos donde la admisión de esa evidencia afecte la integridad del proceso, teniendo en cuenta la magnitud de la afectación de derechos, la gravedad del delito y la conducta de las autoridades)³⁴; y con la toma de la decisión final sobre los hechos probados (reglas que impiden tener por probado un hecho si solo se cuenta con un determinado tipo de prueba vs. estándares que permiten tener por probado un hecho si el tribunal alcanzó certeza más allá de toda duda razonable, o si lo considera acreditado luego de apreciar las pruebas según su conciencia, o de valorarlas mediante las reglas de la sana crítica)³⁵. Otros ejemplos son las formas en que puede reglamentarse la manera en que los tribunales deben decidir si es posible permitir una nueva persecución penal (regla según la cual esto no es posible si existió un proceso penal previo sobre el mismo hecho vs. estándar que lo permite si el primer proceso fue incompatible con la intención de someter a la persona imputada a la acción de la justicia)³⁶; y el modo en que deben evaluar si una declaración autoincriminatoria fue voluntaria (regla que obligue a excluir esa declaración si fue efectuada sin respetar determinadas formalidades vs. estándar según el cual esa declaración es admisible si, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, fue voluntaria)³⁷.

Esos ejemplos permiten apreciar que las principales alternativas al momento de reglamentar derechos fundamentales de la persona imputada pueden reducirse a la contraposición de dos modelos caracterizados por el grado de discrecionalidad que en cada uno se asigna a los tribunales. Se trata de modelos contrapuestos, precisamente, en cuanto a la precisión de los términos empleados al redactar los hechos operativos de las normas jurídicas: reglas o estándares. La identificación de esas características y su clasificación mediante modelos permite, entonces, contar con una terminología útil para canalizar los desacuerdos que pueden generarse al discutir sobre el tema.

Justicia de EE.UU, *Barker v. Wingo* (407 U.S. 514).

³⁴ Sobre la primera alternativa cf. CPP Colombia (23 y 360); CPP Federal argentina (129); Ley Orgánica del Poder Judicial España (11.1). Sobre la segunda cfr. Estatuto CPI (60.7); Police and Criminal Evidence Act del Reino Unido (78.1); Evidence Act de Nueva Zelanda (30); Tribunal Federal Supremo Alemania, BGHSt 38 (214, 219 s.).

³⁵ Sobre la primera alternativa cfr. ley n. 27.304 de Argentina, 15 (imputado arrepentido); Corte IDH, *Ruano Torres v. El Salvador*, 5/10/2015, §133 (coimputado); Código Penal Modelo de EE.UU, 213.6, 5 (testimonio no corroborado de la presunta víctima). Sobre la segunda cfr. CPP Nación Argentina, 398 (sana crítica); Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, 471 (según su conciencia); Estatuto CPI, 66.3 (más allá de toda duda razonable).

³⁶ Sobre la primera alternativa cfr. CPP Chile (1); CPP Federal argentina (5). Sobre la segunda cfr. Estatuto CPI (20.3); CPP Colombia (192); Criminal Procedure and Investigations Act del Reino Unido (54).

³⁷ Sobre la primera alternativa cfr. Suprema Corte de Justicia de EE.UU, *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436) (si no se notificaron a la persona imputada de sus derechos de forma previa); CPP Federal argentina (74). Sobre la segunda cfr. legislación federal estadounidense (18 U.S. Code § 3501); Police and Criminal Evidence Act del Reino Unido (76.2); Suprema Corte de Justicia de EE.UU, *Brown v. Mississippi* (297 U.S. 278).

Al tratarse de modelos, por supuesto, siempre existe la posibilidad de que éstos no representen la totalidad de las reglamentaciones imaginables o posibles. Por un lado, nada impide, por ejemplo, que algunos sistemas adopten reglamentaciones mixtas que incorporen aspectos de ambos modelos³⁸. Por el otro, en la medida en que el análisis aquí propuesto pone el foco de la atención en la *forma* y no en el *contenido* de las normas, es posible concebir reglamentaciones basadas en reglas o estándares con un contenido completamente distinto a los de las normas que aquí se expusieron como muestras de cada modelo. Por ejemplo, una reglamentación del derecho a un juzgamiento en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas puede establecer que los tribunales deben resolver los casos mediante la evaluación de factores como «la situación económica de la persona imputada» o «el contexto social del país» y, pese a esto, debe ser considerada igualmente una reglamentación basada en estándares. Sin embargo, si se presupone que quienes reglamentan los derechos son agentes razonables, esas reglamentaciones, sea cual sea la forma que asuman, no deberían tener un contenido arbitrario sino, en cambio, relacionado con las razones subyacentes a los derechos que se reglamentan. Si se parte de esa idea, los modelos que aquí se exponen permiten cubrir gran parte de las alternativas disponibles, al menos tal como se encuentran en las principales tendencias en la materia.

5. LA PRECISIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS COMO HERRAMIENTA: ENTRE LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES FUERTES AL PODER ESTATAL Y LA EFICIENCIA EPISTÉMICA DEL PROCESO

En la sección anterior se ofrecieron dos modelos útiles para identificar cuáles son las principales formas disponibles al momento de reglamentar derechos fundamentales de la persona imputada. En este apartado, para completar el desarrollo propuesto en el trabajo, se analizarán las razones que pueden ofrecerse para optar por alguno de esos modelos.

³⁸ Precisamente por este motivo es que en alguna ocasión se ha advertido que la dicotomía «reglas» y «estándares», pese a su amplia difusión, no agota la totalidad de formas de regulación posibles y que existen otras como los «catálogos» (PARCHOMOVSKY y STEIN, 2015). Algunos ejemplos de reglamentaciones de derechos «mixtas» son aquellas que reglamentan el derecho a ser juzgado en un plazo razonable mediante una regla que fija con precisión los plazos máximos de duración del proceso y, a su vez, incorporan un estándar que permite continuar el proceso si, pese a haber transcurrido los plazos indicados en la regla, existe una «buena causa» para no finalizarlo (Código Penal del Estado de California, Estados Unidos, sección 1382). Otro ejemplo es la forma en que la Corte IDH ha interpretado las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, pues ese tribunal, si bien ha concluido que ese derecho fundamental obliga a adoptar el estándar de «más allá de toda duda razonable», también ha adoptado una regla que impide fundar una condena exclusivamente en la declaración de un coimputado (Corte IDH, *Ruano Torres v. El Salvador*, 5/10/2015, §126 y).

Para esto, a diferencia de algunos enfoques que presentan a una de las alternativas como íntimamente relacionada con el Estado de Derecho o *Rule of Law*³⁹, se analizará la posibilidad de adoptar un enfoque «instrumental» al determinar cuál es el grado de precisión con el que deben redactarse las normas. Desde esta perspectiva, la precisión con la que se reglamenta una determinada cuestión —y, en función de esto, la forma en que se amplía o reduce la discrecionalidad de quienes toman decisiones— no es algo inocuo sino que, por el contrario, puede ser un instrumento útil para alcanzar distintos objetivos. Tal como advierte SCHAUER (1987: 37), «una vez que reconocemos que tenemos control sobre la especificidad de nuestras instituciones, podemos comenzar a utilizar la especificidad como una herramienta». Si se sigue ese enfoque y se tienen en cuenta los rasgos característicos de los modelos desarrollados en este trabajo, el interrogante que debería formularse al reglamentar los derechos fundamentales de la persona imputada podría ser el siguiente: ¿qué objetivos podemos tener en mente, cuando se trata del proceso penal, al proponer la adopción de reglamentaciones de derechos más precisas que reducen la discrecionalidad judicial (reglas) o, en cambio, más vagas que la amplían (estándares)?

Para responder ese interrogante puede ser útil acudir a dos valores muy conocidos en la literatura sobre derecho procesal penal. De acuerdo con una idea muy difundida, la principal tensión en el proceso penal, a grandes rasgos, oscila entre la búsqueda de la verdad y la imposición de límites al poder estatal en esta materia. Así, por ejemplo, se destaca que el proceso penal «debe respetar la dignidad de los ciudadanos protegiéndolos de la opresión del Estado» (DUFF *et. al.*, 2007: 95) y que «la estructura del proceso, las reglas con las que se lo organiza, reflejan este objetivo tanto como lo hacen con el objetivo de buscar la verdad. La búsqueda de este objetivo [...] se encuentra restringida por la exigencia de que los ciudadanos sean protegidos de la opresión y que se respete su dignidad» (DUFF *et. al.*, 2007: 95)⁴⁰.

En lo que sigue, con apoyo en esa descripción tradicional sobre los objetivos del proceso penal, se argumentará que quienes quieran acercarse más a la imposición de límites al poder estatal cuentan con buenas razones para acudir al modelo de reglas, mientras que quienes quieran aproximarse más al objetivo de la búsqueda de

³⁹ Al tratarse de una decisión que implica ampliar o reducir la discrecionalidad judicial, la alternativa que busca reducirla —en este caso, el modelo basado en reglas— suele ser vinculada con alguno de los valores tradicionalmente asociados al Estado de Derecho o *Rule of Law* (SCALIA, 1989). De acuerdo con esta idea, la existencia de normas jurídicas poco precisas, que amplían la discrecionalidad judicial, debería ser entendida inevitablemente como un problema. Sin embargo, por un lado, la postura contraria también justifica la ampliación de la discrecionalidad de quienes aplican las normas con los valores que emergen del Estado de Derecho o *Rule of Law* (WALDRON, 2016: 328) y, por el otro, existe una gran dificultad para determinar precisamente qué debe entenderse comprendido por ese concepto (WALDRON, 2008). Ambas son, pues, buenas razones para, al menos en este trabajo, no optar por ese camino. Sobre esta discusión también CARACCILO (2009).

⁴⁰ Pueden encontrarse descripciones similares tanto en autores de tradición continental-europea (ROXIN, 2000: 4-5, VOLK, 2016: 45, MAIER, 2016:81, FERRAJOLI, 2014:604) como anglosajona (PACKER, 1964, DUFF *et. al.*, 2007: 61-62, 94-95, ASHWORTH y REDMAYNE, 2010: 23).

la verdad, en cambio, cuentan con buenas razones para acudir al modelo de estándares. Los argumentos a favor y en contra de la adopción de reglas y estándares, por supuesto, exceden a esa dicotomía⁴¹. Sin embargo, al tratarse de valores íntimamente vinculados con algunas preocupaciones relevantes para el diseño del proceso penal, esto justifica que la atención esté puesta sobre ellos.

Si bien se volverá enseguida con más detalle sobre estos objetivos y la forma en que los modelos pueden ser herramientas útiles para alcanzarlos, es necesario precisar dos cuestiones antes de continuar. En primer lugar, es importante tener en cuenta que esa tensión entre valores existe y que cumplir con ambos de forma óptima, en simultáneo, puede ser algo muy difícil o imposible de lograr. Esto obedece a que, como se verá más adelante, en algunos casos la imposición de límites muy fuertes al poder estatal puede disminuir la eficiencia epistémica del proceso, mientras que, para aumentar esto último, en determinadas ocasiones puede ser necesario disminuir la intensidad de esos límites. En segundo lugar, precisamente por lo que se acaba de afirmar, es necesario advertir que ambos valores representan dos extremos a los que los modelos pueden acercarse en mayor o menor medida, de forma gradual. Por esa razón sería un error afirmar, de forma general, que un modelo cumple con un objetivo en su totalidad y renuncia al otro, y viceversa. Esto es, no sería correcto concluir que un modelo que adopta reglas, por reducir la discrecionalidad judicial e imponer límites más fuertes al poder estatal, renuncia por completo a la búsqueda de la verdad, ni tampoco sería acertado sostener que un modelo basado en estándares, por ampliar la discrecionalidad de los tribunales, renuncia a la imposición de límites al poder estatal. De lo que se trata, con relación a esto último, es de la *intensidad* de esos límites, y no de si estos existen o no⁴². Sí puede ser correcto, en cambio, tal como se intentará mostrar, que cada uno de estos modelos muestra una inclinación preferencial por el cumplimiento de uno de esos objetivos. Y esta posibilidad de aproximarse más al cumplimiento de un valor o el otro sin que la adopción de una de esas alternativas pueda ser considerada *prima facie* inválida es lo que, según se sostuvo en la introducción, puede mostrar la utilidad de estos modelos para las discusiones sobre el tema.

⁴¹ Para un análisis general véase SCHAUER (2009: 188-202) y SUNSTEIN (2018: 21-31, 127-133).

⁴² Sí sería problemático, en cambio, adoptar un modelo que otorgue a los agentes estatales una «discrecionalidad sin trabas» para la búsqueda de la verdad, y les confiera la «capacidad de usar el poder estatal de la forma en que lo elijan, mediante las consideraciones que quieran tener en cuenta, valoradas del modo en que las quieran valorar» (SUNSTEIN, 2018: 21). Pero los estándares, como ya se vio, efectivamente ponen límites a la discrecionalidad, pese a que sean más débiles que otros. Por esa razón, no pueden ser encasillados en esta categoría.

5.1. Reglas e imposición de límites fuertes al poder estatal

La necesidad de imponer límites al poder del Estado suele ser una preocupación compartida a nivel general. Un ejemplo de esto son las ideas asociadas con el constitucionalismo, al cual, al menos en su versión tradicional, suele atribuírsele la misión de «controlar, limitar y restringir el poder del Estado» (WALDRON, 2018: 33). Cuando se trata del poder penal, esta preocupación suele acentuarse de forma notable. La idea que subyace a esta actitud es fácil de comprender: si se considera necesario imponer límites al poder estatal en general, esos límites deberían ser aún más fuertes cuando se trata de la manifestación más intensa de ese poder, el cual puede ser utilizado para oprimir a la persona imputada, usualmente considerada como la parte más débil en un proceso penal (TRECHSEL, 2005: 96). De acuerdo con esa forma de aproximarse al asunto:

La combinación de estigma y pérdida de la libertad que representa el resultado final del proceso penal es vista como la privación más grande que el gobierno puede imponer a un individuo [...] El poder siempre está sujeto a abusos, algunas veces sutiles, y otras, como en el proceso penal, explícitos y peligrosos. Precisamente por su potencia para sujetar al individuo al poder coercitivo del Estado, el proceso penal debe [...] ser sujeto a controles y salvaguardas que prevengan que opere con la máxima eficiencia (PACKER, 1964: 16).

Quienes compartan estas preocupaciones por razones de principio, tal como suele enfatizarse muchas veces en la literatura⁴³, pueden contar con buenas razones para mostrarse escépticos acerca de la posibilidad de otorgar mucha discrecionalidad a los tribunales cuando se trata de materias relacionadas con derechos fundamentales de la persona imputada. Lo mismo puede suceder con quienes puedan asumir esa actitud con respaldo en circunstancias contingentes y propias de algún contexto particular, tal como sucede, por ejemplo, en países que se encuentran en una transición de gobiernos dictatoriales a democráticos⁴⁴.

⁴³ Cfr. DUFF *et al.* (2007: 94), quienes destacan la «necesidad de proteger a los ciudadanos contra el poder opresivo del Estado»; GRECO (2007: 19), quien sostiene que «para el pensamiento liberal parece casi constitutiva una desconfianza sana frente al Estado», al cual lo define como «el Leviatán, o sea, una amenaza constante para los derechos de sus sometidos»; ANDRÉS IBÁÑEZ (2017: 102), para quien «un rasgo central del Estado de derecho es que ‘desconfía de sí mismo’, hasta el punto de que, en su arquitectura y en su funcionamiento ideales, podría verse sin dificultad [...] la plasmación de un articulado sistema de desconfianzas»; y FERRAJOLI (2014: 210), quien afirma que el poder penal estatal representa «la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad».

⁴⁴ SCHAUER (2009: 192-193), cita como ejemplo la adopción de reglas en determinadas áreas del derecho de Sudáfrica y su posible explicación en la desconfianza en la discrecionalidad en el ámbito del sistema penal por los abusos cometidos por policías, fiscales y jueces durante la época del Apartheid. En un sentido similar, THAMAN (2011: 733) destaca que «sólo unas pocas jurisdicciones, notablemente aquellas que han emergido recientemente de regímenes totalitarios o autoritarios [...] han anulado todo tipo de ponderación cuando se trata del uso de cualquier evidencia obtenida de forma ilegal».

Las reglas pueden ser una herramienta muy atractiva para trasladar esas preocupaciones al diseño del proceso penal e imponer límites fuertes al uso del poder estatal. Si se trata de optar entre una alternativa que reduce el poder de los tribunales (reglas) y una que lo amplía (estándares), y se considera que es necesario imponer límites muy fuertes al poder estatal en esta materia, inclinarse por reglas parece una decisión sumamente intuitiva. En muchas ocasiones, de hecho, suele presentarse a esta idea como un argumento central a favor del uso de reglas. Así, por ejemplo, se afirma que «el escepticismo hacia la discrecionalidad llevará naturalmente a seleccionar reglas en lugar de estándares» (SCHAUER, 2009: 193), que las reglas pueden ser preferibles para «minimizar los abusos de poder» (KAPLOW, 1992: 609), que un estándar «al otorgar una amplia discreción a los encargados de aplicarlo, abre el camino a los abusos» (POSNER, 1990: 44), o que las reglas pueden reducir la posibilidad de que «consideraciones ilegítimas influyeran en las decisiones» (SUNSTEIN, 2018: 130).

¿Cómo permiten las reglas materializar este objetivo? Al establecer de manera precisa aquello que puede ser tenido en cuenta al momento de tomar una decisión, las reglas excluyen otro tipo de circunstancias que los tribunales, en ausencia de reglas, podrían incluir en su razonamiento para arribar a una solución distinta. Las reglas, tal como se ha destacado, permiten alcanzar ese tipo de objetivos porque «excluyen de la consideración algunas propiedades del hecho particular que un procedimiento de decisión particularista reconocería» (SCHAUER, 2004: 138) y se diferencian de éste precisamente porque «algunas características del hecho, que de otra manera serían relevantes en la decisión, son actual o potencialmente ignoradas por la generalización sub y sobreincluyente que constituye el predicado fáctico de cualquier regla» (SCHAUER, 2004: 138).

Al analizar las características del modelo basado en reglas se expusieron varias manifestaciones de ese fenómeno. Por ejemplo, una reglamentación del derecho a interrogar a los testigos de cargo que excluya cualquier declaración que el imputado no haya podido controlar impide que los tribunales, para admitir esas declaraciones, tengan en cuenta circunstancias como los «indicios de fiabilidad» que puedan presentar. Del mismo modo, una reglamentación del derecho a no ser juzgado más de una vez por un mismo hecho que impida iniciar un nuevo proceso por el solo hecho de que la persona ya haya sido sometida a uno con anterioridad impide que los tribunales, para permitir el inicio de una nueva persecución, valoren circunstancias considerablemente indeterminadas como si en el proceso previo hubo «un interés real en someter al acusado a los intereses de la justicia». Asimismo, una reglamentación del problema de la exclusión de la prueba ilícita mediante una regla estricta que obligue a excluir esa prueba cuando haya sido obtenida mediante una violación a las formas procesales o los derechos fundamentales de la persona imputada priva a los tribunales de considerar, para admitir esa evidencia, factores como «la gravedad del hecho» y similares.

Por esas razones, el modelo de reglas puede ser una alternativa ideal para quienes deseen acercarse más al cumplimiento del objetivo de imponer límites muy fuertes

al poder estatal. Si bien tanto las reglas como los estándares imponen límites, los estándares, al tratarse de límites poco precisos que operan caso a caso, pueden ser insatisfactorios para quienes consideren que, cuando se trata del proceso penal, esos límites deben ser particularmente fuertes. Y es aquí donde las reglas pueden cumplir un papel central para diseñar el proceso penal de un modo tal que se acerque más a ese objetivo.

Al sostener que las reglas pueden ser una herramienta atractiva para imponer límites fuertes al poder estatal y proteger a la persona imputada, por supuesto, no se pretende afirmar que existe una relación de carácter conceptual entre ambas cuestiones. Por el contrario, esa relación es contingente, pues las reglas, al tratarse de un instrumento, en algunas ocasiones pueden estar al servicio del objetivo directamente opuesto. Esto puede suceder, por ejemplo, si quienes reglamentan los derechos desconfían de los tribunales por el temor a que favorezcan mucho a la persona imputada, y deciden adoptar soluciones drásticas para evitar que esto suceda. Sin embargo, estas alternativas, que llevarían a concebir reglas con un contenido muy distinto a las que fueron expuestas al analizar este modelo, no se encuentra entre las principales tendencias en esta materia y, por ende, no es necesario ingresar aquí en esta discusión⁴⁵.

⁴⁵ Ejemplos de estas reglas pueden ser reglamentaciones que prohíban categóricamente la exclusión de la prueba ilícita en todos los casos, permitan la admisión automática de declaraciones testimoniales que la persona imputada no haya tenido posibilidad de confrontar, o incluso obliguen a dictar una condena si se cuenta con un determinado tipo de evidencia. La posibilidad de concebir reglamentaciones con ese contenido permite advertir que la reducción de la discrecionalidad judicial mediante el uso de reglas no solo es útil para proteger fuertemente a la persona imputada, sino que puede tratarse de un «arma de doble filo». Si bien esta investigación no puede ocuparse en detalle de esa problemática, es posible afirmar que existen buenas razones para considerar que este tipo de reglamentaciones cuentan con problemas para justificar su validez jurídica. En primer lugar, existe la posibilidad de considerar algunas de estas posibles reglas como reglamentaciones que no satisfacen un posible «contenido mínimo» del derecho fundamental que reglamentan. Esto podría afirmarse respecto de la existencia de reglas que, por ejemplo, reglamenten el derecho fundamental a un «debido proceso» de modo tal que se impida excluir, en cualquier circunstancia, la prueba ilícita. En ese caso, puede considerarse que una reglamentación que cierre los ojos ante cualquier tipo de violación a las formas procesales al analizar la admisibilidad de esa prueba no cumple con el contenido mínimo del derecho a un debido proceso. Similares críticas podrían formularse a la existencia de reglas que, al reglamentar el derecho fundamental a «interrogar a los testigos de cargo», permitan incluir automáticamente cualquier declaración de testigos ausentes en el juicio y que la persona imputada no haya tenido posibilidad de confrontar. En este supuesto, permitir la admisión de esas declaraciones sin la existencia de un análisis sobre los factores que pueden ser relevantes de acuerdo a la razón de ser de ese derecho —por ejemplo, si ese testimonio cuenta con indicios de fiabilidad— podría afectar la validez de la reglamentación de la que se trate (un argumento similar es el que parece desprenderse de la forma en que el TEDH actualmente considera que una reglamentación del derecho a interrogar a los testigos de cargo es válida siempre que existan «medidas que permitan una evaluación justa y apropiada de la confiabilidad» de una declaración que la persona imputada no tuvo la posibilidad de confrontar (*Gran Sala, Al-Khawaja y Tahery v. Reino Unido*, 15/12/2011, §147). En segundo término, algunas de esas posibles reglas pueden ser criticadas desde una perspectiva diferente. Me refiero a aquellas reglas que imponen tener por probadas determinadas proposiciones fácticas. En este campo podrían encontrarse las reglamentaciones que, a diferencia de las reglas analizadas en este trabajo, no *impiden* a los tribunales tener por probado un hecho sino que, en cambio, lo *obligan* a hacer-

5.2. Estándares y eficiencia epistémica del proceso

La necesidad de imponer límites al poder estatal, por supuesto, no es la única preocupación que pueden tener en mente quienes reglamentan los derechos fundamentales. Por el contrario, en algunas ocasiones la preocupación por diseñar un proceso penal que permita arribar a un mayor número de decisiones que se correspondan con la verdad de los hechos —y que permita, en particular, aumentar las condenas a personas culpables— puede llevar a adoptar reglamentaciones de derechos que flexibilicen esos límites. Para entender por qué razones esto es así es necesario, primero, advertir cómo el establecimiento de límites muy fuertes mediante reglas puede afectar negativamente la búsqueda de la verdad.

El problema tradicional de las reglas reside en los costos que generan al reglamentar una determinada cuestión. Ese costo se deriva de la forma en que esa clase de normas jurídicas actúan para reducir la discrecionalidad de quienes las aplican. Tal como se vio anteriormente, las reglas acuden a términos más precisos, se adelantan a la solución de los casos concretos, e impiden que los tribunales consideren muchas circunstancias que en ausencia de las reglas podrían ser relevantes. Sin embargo, esto solo puede lograrse a cambio de generar un fenómeno conocido como el carácter «sobreinclusivo» de ese tipo de normas jurídicas. Esa expresión suele ser utilizada para destacar situaciones en las que una regla es aplicable a un caso pese a que no exista ninguna conexión con la que puede ser considerada su razón subyacente, y donde las circunstancias cuya consideración fue excluida al formularla parecen volverse pertinentes. Esto se debe a que:

El predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación (habitual aunque no necesariamente implícita) [y] es sobreincluyente. Comprende estado de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, en tanto tipo, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación. El predicado fáctico de la regla posee una relación probabilística con el objeto de la regla pero esa relación deja abierta la posibilidad de que en casos particulares la conexión entre la justificación y la consecuencia esté ausente (SCHAUER, 2004: 90-91).

Si bien la discusión sobre las razones subyacentes a los derechos fundamentales de la persona imputada es un área muy amplia, un ejemplo puede ayudar a comprender el punto. Considérese el caso de la reglamentación del derecho fundamental a interrogar a los testigos de cargo mediante una regla que impide admitir las declaraciones

lo. Esto podría suceder, por ejemplo, si un creador de las normas jurídicas adopta reglas que obliguen a tener por probado un hecho cuando se cuente con determinado tipo de evidencias —reglas de prueba legal positiva—, u obliguen a considerar voluntaria una declaración autoincriminatoria efectuada en determinadas situaciones. En este tipo de escenarios, donde las reglas obligan a tener por probada una circunstancia para perjudicar a la persona imputada, las críticas a la validez de esas reglamentaciones pueden encontrarse en sintonía con las que en muchas ocasiones se han formulado a las presunciones irrefutables de esta clase (DEI VECCHI, 2017: 189).

de testigos ausentes en el juicio y que la defensa no tuvo posibilidad de interrogar. Si se considera que la razón subyacente a ese derecho es la necesidad de contar con evidencias confiables, existen casos en los cuales una regla como la mencionada puede llevar a excluir declaraciones que, pese a no haber sido confrontadas por la persona imputada, pueden, de todos modos, ser particularmente confiables (ROVATTI, 2020: 40-42).

Esto puede repetirse en muchas ocasiones con las reglamentaciones expuestas como ejemplos del modelo basado en reglas. Si la exclusión de la prueba ilícita obedece a la necesidad de preservar determinados valores éticos en el sistema de justicia penal, existen casos, como la imposibilidad de condenar a una persona en un caso muy grave porque la prueba decisiva fue obtenida mediante una infracción comparativamente muy leve, en los que esos valores pueden verse afectados, precisamente, por la exclusión de la evidencia. Por otro lado, si el derecho de la persona imputada a no ser juzgada más de una vez por un mismo hecho se justifica por la necesidad de protegerla del riesgo de una condena y de los sufrimientos que genera el sometimiento a un proceso penal, pueden existir casos donde el proceso previo no generó esos riesgos y sufrimientos porque fue manipulado para no dirigirse a la búsqueda de la verdad. Del mismo modo, si la prohibición de condenar cuando solo se cuenta con un determinado tipo de evidencia se justifica por la necesidad de no exponer a la persona imputada al riesgo de una condena errónea, pueden existir casos en los cuales esa prueba cuente con un valor considerablemente elevado como para superar un umbral probatorio exigente.

Esas consecuencias de la reglamentación mediante reglas pueden no ser consideradas problemáticas si lo único que se desea es establecer límites muy fuertes al poder estatal que protejan a la persona acusada de posibles abusos de poder. Sin embargo, si se considera que el diseño del proceso penal no debe quedar limitado exclusivamente a lograr ese objetivo, la discusión del tema adquiere otra complejidad que difícilmente pueda ser dejada de lado. Esto es particularmente cierto si se tiene en cuenta que el carácter sobreinclusivo de las reglas suele impactar negativamente en la eficiencia del proceso penal para arribar a decisiones que se correspondan con la verdad de los hechos, algo considerado como el fin institucional de los procesos judiciales en general (FERRER BELTRÁN, 2007: 30), y especialmente importante para el fin del proceso penal (DUFF *et al.*, 2007: 61-62, ROBERTS y ZUCKERMAN, 2010: 19-20), en particular por la relación que suele establecerse entre justicia retributiva y verdad (PÉREZ BARBERÁ, 2020). Muchas de las reglamentaciones basadas en reglas, de acuerdo con algunas posiciones, podrían ser criticadas por poner «serios obstáculos a la averiguación de la verdad» (LAUDAN, 2013: 297).

En varias ocasiones ese resultado obedece a que las reglamentaciones mediante reglas, al ser sobreinclusivas y generar resultados como los señalados más arriba, tiene un efecto «contraepistémico». Esto puede generarse por varias razones. En algunas oportunidades la aplicación de ciertas reglas genera la exclusión de evidencias relevantes y que pueden incluso ser particularmente confiables. Un ejemplo de ese

fenómeno es la ya mencionada reglamentación mediante reglas del derecho a «interrogar a los testigos de cargo» y la exclusión de testimonios que, pese a que la persona imputada no haya tenido posibilidad de confrontar, cuenten con buenos indicios de fiabilidad (ROVATTI, 2020: 40-42). Del mismo modo, la reglamentación rígida del problema de la prueba ilícita puede llevar a excluir elementos de prueba que en algunos casos son, además de relevantes, particularmente confiables (LAUDAN, 2013: 259-260), y la exclusión automática de las declaraciones autoincriminatorias por haber sido adquiridas sin respetar determinadas formalidades puede eliminar del conjunto de elementos de prueba algunas declaraciones que, pese a esto, sí sean confiables (LAUDAN, 2013: 246).

En otros casos algunas reglamentaciones pueden ser consideradas contraepistémicas por impedir que los tribunales tengan por probado un hecho pese a que el valor probatorio de la evidencia disponible pueda ser muy elevado, tal como sucede, por ejemplo, con las reglas que impiden dictar una condena si solo se cuenta con un determinado testimonio. Finalmente, otras veces ese carácter contraepistémico es generado por los obstáculos que las reglamentaciones mediante reglas ponen al inicio de un proceso penal. Por ejemplo, la protección contra el doble juzgamiento mediante una regla estricta puede impedir el inicio de un nuevo proceso penal pese a que el procedimiento anterior haya tenido defectos fundamentales que permitan concluir que no fue conducido con la finalidad de descubrir la verdad.

Quienes adviertan este tipo de problemas derivados del uso de reglas pueden tener buenas razones para reglamentar los derechos fundamentales de la persona imputada de una forma distinta. Si se considera, por ejemplo, que no existen motivos que justifiquen pagar el precio derivado del carácter sobreinclusivo de las reglas, las reglamentaciones de los derechos pueden ser realizadas mediante estándares y, de ese modo, otorgar a los tribunales un mayor grado de discrecionalidad para tomar decisiones considerando aquellas circunstancias relevantes que las reglas excluyen. Esto no significa que los tribunales, solo por esta circunstancia, vayan a tomar decisiones que permitan aumentar la eficiencia epistémica del proceso. De lo que se trata es de permitirles tener en cuenta varias circunstancias para que eso suceda, a diferencia de lo que, al menos explícitamente, sucede con las reglas como las analizadas en este trabajo. Posiblemente entren en juego aquí algunas consideraciones vinculadas con la gestión de la confianza (SHAPIRO, 2014: 409-411) que se tenga en los tribunales dentro de cada sistema y con la forma en que se considere que éstos harán uso de la mayor discrecionalidad que se les otorgue.

En pocas palabras, la existencia de un modelo basado en estándares permite advertir que muchos problemas contraepistémicos son «evitables», y pueden ser solucionados sin que esto implique adoptar reglamentaciones prohibidas por la existencia

de los derechos fundamentales de la persona imputada. Esto, por supuesto, podría servir para tratar de evitar *muchos*, aunque no *todos*, esos problemas⁴⁶.

Las reglamentaciones mediante estándares, dicho de otro modo, pueden ser atractivas para impedir que los derechos fundamentales sean considerados, en todos los casos, como un obstáculo insuperable para quienes quieran aumentar la eficiencia epistémica del proceso. La existencia de esta alternativa permite incorporar esta preocupación sin renunciar al lenguaje de los derechos, a diferencia de lo que en alguna oportunidad —a mi juicio, erróneamente— se ha denunciado⁴⁷. Podría tratarse, en suma, de un «garantismo medido» (AGUILERA, 2014), pero garantismo al fin.

La selección de estándares aumenta el poder de los tribunales y, junto con esto, incrementa las posibilidades de que se generen aquellas situaciones que se pretenden evitar con la imposición de límites fuertes al poder estatal. Por ende, una posición que defienda la adopción de estándares no puede evitar la consideración de esa circunstancia, ya sea para afirmar que no existen razones para mostrar las preocupaciones que exhiben los partidarios de las reglas, o para demostrar que esas razones, pese a existir en alguna medida, no justifican tolerar las consecuencias derivadas del carácter sobreinclusivo de ese tipo de normas.

5.3. Balance

En esta sección se analizaron algunos argumentos que pueden ser utilizados al discutir si la reglamentación de un derecho fundamental de la persona imputada debe ser realizada mediante un modelo basado en reglas o, en cambio, a través de uno basado en estándares. Para esto se tomaron los principales valores que suelen estar en tensión en el proceso penal y se los relacionó con los modelos que se expusieron anteriormente. Concretamente, se argumentó que si aquello que predomina es una preocupación por establecer límites fuertes al poder penal estatal y se desea proteger de forma robusta a la persona imputada, existen buenas razones para adoptar reglas como las que se mencionaron al exponer los rasgos de este modelo. Por otro lado, se sostuvo que si se tienen en cuenta los problemas que puede generar el modelo basado en reglas de cara a la eficiencia epistémica del proceso penal, se cuenta con un argumento de peso para acudir a reglamentaciones mediante estándares.

⁴⁶ La eliminación de todos los defectos epistémicos que tiene el proceso penal implicaría la renuncia a muchos derechos fundamentales de la persona imputada que son un obstáculo para la búsqueda de la verdad y, por ende, se trata de reglamentaciones que no serían jurídicamente admisibles en la mayoría de los sistemas jurídicos. Un ejemplo extremo de esto es la utilización de la tortura como medio de investigación, ya que, pese a existir prohibiciones jurídicas categóricas sobre su uso, puede, de todos modos, facilitar la búsqueda de la verdad. Sobre el problema de concebir la prohibición de la tortura únicamente por la escasa confiabilidad que tendría la información obtenida mediante su uso, GRECO (2010: 8-9).

⁴⁷ Así, por ejemplo, GUZMÁN (2018). Para una crítica cfr. LARSEN (2020b).

Existen, por supuesto, otras razones relevantes que deben ser tenidas en cuenta al adoptar reglas o estándares, pese a que no se vinculen estrictamente con las particularidades del proceso penal. Por ejemplo, es posible sostener que en determinadas áreas no es siquiera mínimamente viable optar por alternativas distintas a los estándares⁴⁸. Sin embargo, poner el foco de la atención en aquellas preocupaciones centrales para el proceso penal permitió advertir cómo algunos de los argumentos a favor y en contra de estas alternativas se acentúan cuando se los relaciona con las especificidades del proceso penal.

De forma resumida, el desarrollo realizado buscó llamar la atención sobre la necesidad prestar una especial atención a los objetivos que se tengan en mente al concretar esa tarea y a los costos y beneficios que genera cada una de las alternativas disponibles. No se trató, en cambio, de ofrecer una respuesta concreta a la pregunta de qué grado de discrecionalidad debería otorgarse a los tribunales para tomar decisiones. Esto es, no se pretendió, por ejemplo, presentar una defensa de un modelo que limite la discrecionalidad judicial de forma fuerte, o brindar una argumentación en favor de uno que la amplíe de manera notable. Por el contrario, el objetivo fue intentar arrojar algo de luz sobre la forma en la cual puede estructurarse la discusión del problema y tratar de ofrecer algunas pautas para que los debates puedan llevarse adelante de forma productiva.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se trató de ofrecer un desarrollo basado, esencialmente, en tres puntos. Dicho de forma breve, se buscó llamar la atención sobre un fenómeno usualmente poco atendido, se propuso una forma de analizarlo, y se ofreció una forma de ordenar las discusiones que pueden generarse en torno a él. En primer lugar (secciones 1 y 2) se intentó demostrar que el análisis de los derechos fundamentales de la persona imputada debe ser uno sensible a las complejidades que el tema posee

⁴⁸ Existen asuntos que, por su complejidad, más allá de cuál sea el objetivo que tenga en mente el creador de las normas, difícilmente puedan ser regulados de una forma que no otorgue a los tribunales un grado de discrecionalidad considerable para resolver casos concretos. Esto se debe, para explicarlo de forma gráfica, a que «somos hombres y no dioses» (HART, 2012: 160-162, en sentido similar SCHAUER, 2009: 194-196). Una explicación general de las razones por las que esto es así puede verse en ENDICOTT (2003: 31-57). La dificultad para diseñar reglas más precisas en determinados campos puede explicar por qué razones incluso los sistemas jurídicos que adoptan algunas reglamentaciones basadas en reglas no lo hacen en la totalidad del asunto que se busca reglamentar sino, en cambio, en una porción considerablemente menor. Un buen ejemplo de esto son las reglamentaciones vinculadas con la valoración de la prueba: la dificultad de establecer de forma precisa y de antemano cómo deben tomarse todas las decisiones en ese ámbito puede explicar que solo existan reglamentaciones basadas en reglas para determinados casos que pueden considerarse problemáticos. Esto también puede explicar por qué aquellos sistemas jurídicos que tratan de evitar los problemas generados por el carácter sobreinclusivo de las reglas opten por estándares y no, en cambio, por reglas precisas con un contenido diverso que permitan contemplar aquello que excluyen las reglamentaciones basadas en reglas.

y, fundamentalmente, a los desacuerdos que pueden generarse al discutir cómo deberían reglamentarse esos derechos. Luego, en la parte central (secciones 3 y 4), se trató de mostrar que una forma de realizar un análisis sensible a esas complejidades es uno que adopta como eje a la discrecionalidad judicial. Para esto se sostuvo que es necesario prestar una especial atención al grado de precisión con el cual se redactan las normas jurídicas, y se mostró que la tipología «reglas» vs. «estándares» permite identificar adecuadamente las principales formas en que pueden reglamentarse esos derechos. Finalmente (sección 5), se intentó ofrecer una serie de pautas para estructurar la discusión sobre cuál de esas formas adoptar. Allí se buscó demostrar que la reducción o ampliación de la discrecionalidad judicial puede ser una herramienta útil al servicio de los principales valores en tensión en el proceso penal, como la necesidad de imponer límites fuertes al poder estatal y la búsqueda de la verdad.

Tal como se adelantó en la introducción, estos desarrollos fueron puestos a prueba mediante un análisis de la forma en que pueden reglamentarse varios asuntos vinculados con derechos fundamentales de la persona imputada. Pese a su importancia, por supuesto, se trata de reglamentaciones que no abarcan la totalidad de los debates similares que pueden generarse. Sin embargo, la pretensión de generalidad de los modelos aquí propuestos y de los argumentos ofrecidos al analizar cuál de éstos adoptar permite trasladar ese desarrollo a otros asuntos que, por razones de espacio, no pudieron ser analizados en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, Edgar, 2014: «¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan», en *Isonomía*, n. 40, pp. 61 y ss.
- ALEXANDER, Larry, 2003: «Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement», *Constitutional Commentary*, n. 20, pp. 369 ss.
- ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, 2001: *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham-Londres, Duke University Press.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2017: «Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)», *Jueces para la Democracia*, n. 88, pp. 102 ss.
- ASHWORTH, Andrew, 1977: «Excluding evidence as protecting rights», *Criminal Law Review*, n. 3, pp. 723 ss.
- ASHWORTH, Andrew y REDMAYNE, Mike, 2010: *The Criminal Process*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press.
- BARAK, Aharon, 2012: *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE, John, 2002: «Rules and Principles: a Theory of Legal Certainty», *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 27, pp. 47 ss.
- BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, 2015: *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo* [trad. de Elena Odriozola], Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- CARACCILO, Ricardo, 2009: «Discreción, respuesta correcta y función judicial», en EL MISMO, *El derecho desde la filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 251 y ss.
- DEI VECCHI, Diego, 2017: *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

- DENNIS, Ian, 2014: «Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process», en VAN KEM-
PEN, Piet Hein (ed.), *Criminal law and human rights*, Ashgate, pp. 219 ss.
- 2011: «The Human Rights Act and the Law of Evidence: Ten years on», *Sydney Law Review*, n. 33,
pp. 333 ss.
- 2010: «The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights», *Criminal Law Review*,
n. 4, pp. 255 ss.
- DORF, Michael C. y FRIEDMAN, Barry, 2000: «Shared Constitutional Interpretation», *The Supreme
Court Review*, n. 2000, pp. 61 ss.
- DRIPPS, Donald, 2011: «The substance-procedure relationship in criminal law», en DUFF, R. A./
GREEN, Stuart (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press,
pp. 409 ss.
- 2001: «Constitutional Theory for Criminal Procedure», *William and Mary Law Review*, n. 43,
pp. 409 ss.
- 1993: «Criminal Procedure, Footnote Four, and the Theory of Public Choice; Or, Why Don't Legis-
latures Give a Damn About the Rights of the Accused?», *Syracuse Law Review*, n. 44, pp. 1079 ss.
- DUFF, Antony, FARMER, Lindsay y MARSHALL, Sandra/TADROS, Victor, 2007: *The Trial on Trial*, t. III,
Oxford-Portland, Hart Publishing.
- DUFRAIMONT, Lisa, 2013: «Realizing the Potential of the Principled Approach to Evidence», *Queen's
Law Journal*, n. 39, pp. 11 ss.
- DWORKIN, Ronald, 1978: *Taking rights seriously*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- ENDICOTT, Timothy, 2003: *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- FERRAJOLI, Luigi, 2014 [1989]: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10.ª ed. [trad. de Perfecto
Andrés Ibáñez y otros], Madrid, Trotta.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2013: «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-
benthamiana», en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial
Pons, pp. 21 ss.
- 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- FRIEDMAN, Richard D., 2004: «Face to face: rediscovering the right to confront prosecution witnesses»,
The International Journal of Evidence and Proof, n. 8, pp. 1 ss.
- GUASTINI, Riccardo, 2012: «*Juristenrecht*. Inventando derechos, obligaciones y poderes» [trad. de Diego
Dei Vecchi], en FERRER BELTRÁN, Jordi, MORESO, José Juan y PAPAYANNIS, Diego M. (eds.), *Neutra-
lidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 207 ss.
- GUZMÁN, Nicolás, 2008: «El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la
Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el *ne bis
in idem* y la cosa juzgada», en PASTOR, Daniel (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición*, Buenos Aires,
Ad-Hoc, pp. 203 ss.
- 2018: «La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas
sobre el proceso penal», en *Jueces para la Democracia*, n. 92, pp. 85 y ss.
- GRECO, Luís, 2010: «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación
del Derecho penal» [trad. de Nuria Pastor Muñoz], *InDret Penal*, n. 4.
- 2007: «Las reglas detrás de la excepción» [trad. de Eduardo Javier Riggi], *InDret Penal*, n. 4.
- HART, H. L. A., 2012 [1961]: *El concepto de Derecho* [trad. de Genaro Carrió], Buenos Aires, Abeledo-
Perrot.
- HO, Hock Lai, 2012: «The presumption of innocence as a human right», en ROBERTS, Paul y HUNTER,
Jill (eds.), *Criminal evidence and human rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*,
Oxford-Portland, Hart Publishing, pp. 259 ss.
- KAMISAR, Yale, 2012: «The Rise, Decline and Fall (?) of Miranda», *Washington Law Review*, n. 87,
pp. 965 ss.
- KAPLOW, Louis, 1992: «Rules versus standards: an economic analysis», *Duke Law Journal*, n. 42,
pp. 557 ss.
- LARSEN, Pablo, 2020a: «Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal»,
InDret Penal, n. 1, pp. 300 ss.

- 2020B: «El uso problemático de los derechos fundamentales en algunas discusiones sobre derecho probatorio», en ROVATTI, Pablo y LIMARDO, Alan (dirs.), *Pensar la Prueba*, n. 1, Del Sur, Buenos Aires, 2020b, pp. 91 ss.
- LAUDAN, Larry, 2013: *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica* [trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera], Marcial Pons, Madrid.
- MACCORMICK, Neil, 2018 [1978]: *Razonamiento jurídico y teoría del derecho* [trad. de José Ángel Gascón Salvador], Lima, Palestra.
- MAIER, Julio B. J., 2016 [1996]: *Derecho procesal penal*, t. I, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc.
- MARCUS, Paul, 2006: «It's not just about 'Miranda': determining the voluntariness of confessions in criminal prosecutions», *Valparaiso University Law Review*, n. 40, pp. 601 ss.
- MÖLLER, Kai, 2012: *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press.
- MORGENSTERN, Federico, 2015: *Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada irrita*, Buenos Aires, BdeF.
- 2014: «Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, n. 8, pp. 1551 ss.
- NANZER, Alberto, 2008: «La prueba derivada bajo el prisma del derecho a la confrontación», en PASTOR, Daniel (dir.), *Neopunitivismo y Neoinquisición*, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 339 ss.
- NINO, Carlos Santiago, 2007 [1989]: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2.^a ed., Buenos Aires, Astrea.
- PACKER, Herbert L., 1964: «Two models of the criminal process», *University of Pennsylvania Law Review*, n. 113, pp. 1 ss.
- PARCHOMOVSKY, Gideon y STEIN, Alex, 2015: «Catalogs», *Columbia Law Review*, n. 115, pp. 165 ss.
- PASTOR, Daniel, 2012: «El principio de la descalificación procesal del Estado en el derecho procesal penal», en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 317 ss.
- 2009 [2002]: *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, 2015: «Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal», en *Letra Derecho Penal*, n. 1, pp. 42-86.
- 2014: «El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana», en RIVERA (H), Julio César/ELIAS, José Sebastián/GROSMAN, Lucas Sebastián/LEGARRE, Gonzalo (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 330-424.
- 2020: «Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad», en *Isonomía*, n. 52, pp. 5 y ss.
- PIZZI, William T., 1999: *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, New York, New York University Press.
- POSNER, Richard, 1990: *The problems of jurisprudence*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- REDMAYNE, Mike, 2012: «Confronting confrontation», en ROBERTS, Paul y HUNTER, Jill (eds.), *Criminal evidence and human rights. Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford-Portland, Hart Publishing, pp. 283 ss.
- ROBERTS, Paul/ZUCKERMAN, Adrian, 2010: *Criminal Evidence*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press.
- ROVATTI, Pablo, 2020: «Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos», *Quaestio Facti*, n. 1, Madrid, Marcial Pons, pp. 31 ss.
- ROXIN, Claus, 2000 [1998]: *Derecho procesal penal* [trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor], Buenos Aires, Del Puerto.
- RUDSTEIN, David, 2008: «Retrying the acquitted in England, part II: the exception to the rule against double jeopardy for tainted acquittals», *San Diego International Law Journal*, n. 9, pp. 217 ss.
- SCALIA, Antonin, 1989: «The rule of law as a law of rules», *University of Chicago Law Review*, n. 56, pp. 1175 ss.
- SCHAUER, Frederick, 2013: «The Miranda warnings», *Washington Law Review*, n. 88, pp. 155 ss.
- 2009: *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge MA, Harvard University Press.

- 2006: «Do cases make bad law?», *University of Chicago Law Review*, n. 73, pp. 883 ss.
- 2004 [1991]: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* [trad. de Claudia Orunesu y Jorge Rodríguez], Madrid, Marcial Pons.
- 2003: «The convergence of rules and standards», *New Zealand Review*, pp. 303 ss.
- 1988: «Formalism», *Yale Law Journal*, n. 97, pp. 509 ss.
- 1987: «Authority and indeterminacy», *Nomos*, n. 29, pp. 28 ss.
- 1982: «An essay on constitutional language», *UCLA Law Review*, n. 29, pp. 797 ss.
- SHAPIRO, Scott J., 2014: *Legalidad*, [trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludueña], Madrid, Marcial Pons.
- SPOTSWOOD, Mark, 2018: «Truth, Lies and the Confrontation Clause», *University of Colorado Law Review*, n. 89, pp. 566 ss.
- STEIN, Alex, 1997: «Against Free Proof», *Israel Law Review*, n. 31, pp. 573 ss.
- 2006: *Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press.
- STRAUSS, David, A., 2001: «Miranda, the Constitution, and Congress», *Michigan Law Review*, n. 99, pp. 958 ss.
- STUART, Don, 2010: «Welcome flexibility and better criteria from the Supreme Court of Canada for exclusion of evidence obtained in violation of Canadian Charter of Rights and Freedoms», *Southwestern Journal of International Law*, n. 16, pp. 313 ss.
- STUNTZ, William J., 1997: «The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice», *Yale Law Journal*, n. 107, pp. 1 ss.
- 2006: «The Political Constitution of Criminal Justice», *Harvard Law Review*, n. 119, pp. 780 ss.
- SUNSTEIN, Cass, 2018: *Legal reasoning and political conflict*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press.
- 2007: «Incompletely theorized agreements in constitutional law», *Social Research*, n. 74, pp. 1 ss.
- THAMAN, Stephen, 2011: «Constitutional rights in the balance: modern exclusionary rules and the toleration of police lawlessness in the search of truth», *University of Toronto Law Journal*, n. 61, pp. 691 ss.
- TRECHSEL, Stefan, 2005: *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press.
- TWINING, William y MIERS, David, 2010: *How to do things with rules*, 5.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press.
- WALDRON, Jeremy, 2018: «Constitucionalismo: una postura escéptica», en EL MISMO, *Contra el gobierno de los jueces*, Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 25 y ss.
- 2016: «Clarity, Thoughtfulness, and the Rule of Law», en KEIL, Geert y POSCHER, Ralf (eds.), *Vagueness and Law. Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, pp. 317 ss.
- 2011: «Thoughtfulness and the rule of law», *British Academy Review*, n. 18, pp. 1 ss.
- 2008: «The concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review*, n. 43, pp. 1 ss.
- 2006: «The core of the case against judicial review», *Yale Law Journal*, n. 115, pp. 1346 ss.
- 2005: *Derecho y desacuerdos* [trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga], Madrid, Marcial Pons.
- WEBBER, Grégoire, 2009: *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

