

ALBERTO NANZER

**LA REGULARIDAD COMO  
DERECHO INDIVIDUAL**  
**Fundamentos para una teoría  
normativa del proceso penal**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

*«We humans, facing limits of knowledge, and things we do not observe, the unseen and the unknown, resolve the tension by squeezing life and the world into crisp commoditized ideas, reductive categories, specific vocabularies, and prepackaged narratives, which, on the occasion, has explosive consequences. Further, we seem unaware of this backward fitting, much like tailors who take great pride in delivering the perfectly fitting suit-but do so by surgically altering the limbs of their customers».*

Nassim TALEB  
*The bed of Procrustes*

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PALABRAS PREVIAS</b> .....	15
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	17
<b>PRESENTACIÓN Y SINOPSIS</b> .....	21
<b>CAPÍTULO I. LA CONCEPCIÓN INSUSTANCIAL DEL <i>FAIR TRIAL</i> COMO FUNDAMENTO DE UN MODELO DE DECISIÓN PARTICULARISTA</b> .....	41
1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. <i>FAIR TRIAL</i> COMO CRITERIO DE EVALUACIÓN INTEGRAL DEL PROCESO.....	42
3. <i>FAIRNESS</i> COMO POSIBILIDAD DE INFLUIR EN LA DECISIÓN DEL CASO .....	48
4. <i>FAIR TRIAL</i> COMO RECURSO METODOLÓGICO DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL .....	55
5. <i>FAIR TRIAL</i> COMO METAPRINCIPIO REGULADOR DEL PROCESO PENAL.....	64
6. LOS PELIGROS DE LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL. PONDERACIÓN Y «ASCENSO PERVERSO AL PRINCIPIO GENERAL».....	67
7. POSICIÓN ESCÉPTICA. EL RECURSO A LA EQUIDAD Y LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL .....	82
<b>CAPÍTULO II. CONCEPCIONES SUSTANCIALES E INSUSTANCIALES DEL ESTADO DE DERECHO</b> .....	87
1. INTRODUCCIÓN.....	87
2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL USO ESPECÍFICO DEL ESTADO DE DERECHO .....	90
3. ESTADO DE DERECHO Y CODIFICACIÓN.....	95
4. LA «MORALIDAD INTERNA» DEL ESTADO DE DERECHO.....	96

	Pág.
5. LA DIMENSIÓN PROCESAL DEL ESTADO DE DERECHO...	101
6. <i>FAIRNESS</i> CONTEXTUAL Y <i>FAIRNESS</i> PROCESAL ( <i>BACKGROUND</i> Y <i>PROCEDURAL FAIRNESS</i> ) .....	104
7. DIGRESIÓN. MARCO NORMATIVO PARA LA PONDERACIÓN LEGISLATIVA .....	106
<b>CAPÍTULO III. LAS DIMENSIONES DEL MANDATO DE <i>FAIRNESS</i>: COOPERACIÓN Y CONFRONTACIÓN</b> .....	111
1. INTRODUCCIÓN.....	111
2. DIMENSIÓN COOPERATIVA: <i>FAIRNESS</i> COMO RECIPROCIDAD .....	112
2.1. Factor general en la deliberación acerca de lo moralmente correcto.....	112
2.2. Fundamento de la obligación política .....	115
2.3. Fundamento del castigo penal.....	121
3. DIMENSIÓN COMPETITIVA O AGONAL: <i>FAIRNESS</i> COMO LEALTAD .....	124
4. TEORÍA SINCRÉTICA: <i>FAIRNESS</i> COMO FIDELIDAD .....	130
<b>CAPÍTULO IV. EL PROCESO PENAL COMO PRÁCTICA SOCIAL. CONFRONTACIÓN Y JUSTICIA PROCESAL IMPERFECTA</b> .....	135
1. INTRODUCCIÓN.....	135
2. ¿COOPERACIÓN O CONFRONTACIÓN?.....	136
3. SOBRE LAS DISTINTAS VARIANTES DE LA JUSTICIA PROCESAL .....	143
4. EL PROCESO PENAL Y LA JUSTICIA PROCESAL PURA .....	146
4.1. Funcionalismo .....	147
4.2. «Procedimentalismo» .....	152
4.3. Reduccionismo .....	161
5. EL PROCESO PENAL Y LA JUSTICIA PROCESAL PERFECTA. ....	165
5.1. El instrumentalismo eficientista.....	165
5.2. El instrumentalismo garantista .....	167
6. EL PROCESO PENAL Y LA JUSTICIA PROCESAL IMPERFECTA .....	172
6.1. El proceso como empresa comunicativa .....	180
6.2. El proceso como práctica multidimensional.....	183
7. CONCLUSIÓN PRELIMINAR.....	188

	Pág.
<b>CAPÍTULO V. EL PROCESO PENAL Y EL VALOR DE LA LEALTAD.</b>	191
1. INTRODUCCIÓN.....	191
2. LAS VIRTUDES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL PENAL .....	192
3. JUGAR PARA GANAR.....	196
4. PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE POR PARTICULARES.....	202
5. AGENTES ENCUBIERTOS.....	207
6. VIGILANCIA ACÚSTICA .....	214
7. <i>FAIR TRIAL</i> E INTEGRIDAD DEL PROCESO .....	222
<b>CAPÍTULO VI. EL MODELO DE LA REGULARIDAD .....</b>	<b>225</b>
1. Introducción.....	225
2. NOCIONES CONCEPTUALES SOBRE LAS REGLAS.....	226
2.1. Las reglas como práctica.....	226
2.2. Las reglas como razones excluyentes .....	228
2.3. Las reglas como mecanismos de atrincheramiento.....	234
2.4. ¿Modelos intermedios?.....	241
3. SOBRE LAS RAZONES DE LAS REGLAS .....	244
3.1. ¿Justicia como igualdad de trato? .....	245
3.2. Las reglas prestan un servicio .....	246
3.3. Las reglas refuerzan la confianza de los destinatarios.....	248
3.4. Las reglas incrementan la eficiencia .....	250
3.5. Las reglas contribuyen a evitar errores.....	250
3.6. Las reglas (jurídicas) refuerzan la independencia del juez .....	251
3.7. Las reglas propenden a la estabilidad .....	252
3.8. Las reglas distribuyen poder.....	254
3.9. Las reglas operan como mecanismos de coordinación.....	255
4. SOBRE LAS OBJECIONES A LAS REGLAS.....	256
4.1. Las reglas exacerban la libertad de mercado .....	256
4.2. Las reglas ocultan la dimensión política de la actividad judicial .....	258
4.3. Las reglas no hacen lo que se espera de ellas.....	260
4.4. Las reglas propician un mecanismo de decisión obtuso.....	261
5. SOBRE LAS REGLAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	263
6. REGULARIDAD Y LIBERTAD COMO NO DOMINACIÓN ....	268
7. AUTORÍA Y EDICIÓN DE LAS REGLAS EN LA TEORÍA REPUBLICANA.....	276
8. DIGRESIÓN FINAL: LAS REGLAS DEL PROCESO Y LA SUERTE DEL POSITIVISMO JURÍDICO .....	282

	Pág.
<b>CAPÍTULO VII. LA REGULARIDAD COMO UN DERECHO .....</b>	289
1. INTRODUCCIÓN.....	289
2. POSICIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES.....	291
3. CONSECUENCIAS.....	295
4. MODELOS HOHFELDIANOS EN PARTICULAR.....	298
4.1. Derechos como favorecimientos en sentido abstracto .....	299
4.2. Derechos como opciones binarias.....	302
4.3. Derechos como combinación de núcleo y elementos asociados.....	305
<b>EPÍLOGO .....</b>	309
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	313

## **PALABRAS PREVIAS**

Con algunas modificaciones, este trabajo se corresponde con el texto de la tesis doctoral que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 22 de agosto de 2018. El jurado estuvo integrado por Jaime Malamud Goti, Ezequiel Malarino y Alberto Binder. La dirección del trabajo estuvo a cargo de Daniel Pastor y Marcelo Ferrante. El trabajo fue aprobado con la calificación sobresaliente, con recomendación del jurado al «Premio Facultad».

## AGRADECIMIENTOS

El libro que se publica aquí representa la culminación de un largo periodo de investigación que se inició en la República Federal de Alemania y que culminó, varios años después, en la Argentina.

Mi primer agradecimiento es para los directores. A Daniel Pastor, le doy las gracias por haberme instado a estudiar en el extranjero y a conocer los estándares de investigación académica predominantes en los países más desarrollados. Sus gestiones y consejos resultaron determinantes para que pudiera acceder a la beca doctoral que me permitió trabajar exclusivamente en este proyecto. Le agradezco también por cultivar en mí un espíritu crítico y respetuoso respecto de las ideas ajenas, y por moderar mi entusiasmo en relación con las propias. La grandeza del maestro, finalmente, quedó de manifiesto en la seriedad con la que revisó el manuscrito y en la humildad con la que me transmitió sus objeciones.

A Marcelo Ferrante, le agradezco por haberme enseñado a desafiar mis propias intuiciones y a enhebrar argumentos con rigor analítico. Esto no quiere decir que yo haya incorporado una destreza semejante: aquí solo puedo dar fe de los esfuerzos que el director ha hecho con ese propósito. Nuestras reuniones de seguimiento se convirtieron paulatinamente en un ejercicio intelectual apasionante. Sus observaciones, implacables pero constructivas, se transformaban en consignas de trabajo nítidas de cara al encuentro siguiente. La intervención de Marcelo, además, me ayudó enormemente a desentrañar los problemas metodológicos que enfrentan los doctorandos, en general, y los juristas, en particular. La corrección de las primeras versiones me permitió mejorar la conexión de los capítulos entre sí, y fortalecer de ese modo la consistencia del trabajo.

La estadía en Alemania se concretó gracias a una generosa beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), merced a la cual pude estudiar dos años en el Instituto para las Ciencias Penales Conjuntas de la *Ludwig-Maximilians-Universität* de Múnich. En ese lugar dispuse de las mejores condiciones de trabajo imaginables y disfruté de un ambiente cultural único. Quiero agradecer especialmente a Klaus Volk, que aceptó ser mi anfitrión y tutor académico a lo largo de toda la estancia. También quiero expresar mi sentido agradecimiento a Luíís Greco, por su asesoramiento permanente y

por sus invaluable comentarios e inquietudes sobre cada uno de los temas que le propuse. A Claus Roxin, le agradezco por haberme honrado con la preparación de algunas de sus conferencias en español y por las entrevistas que mantuvimos en su despacho. También deseo expresar mi gratitud a Bernd Schünemann, por haberme recibido en su Seminario de Filosofía del Derecho, en el que conocí a grandes juristas de todas partes del mundo. A Lothar Kuhlen, le agradezco el intercambio que mantuvimos, tanto epistolar como en persona durante mis visitas a la Universidad de Mannheim y a su casa de Fráncfort. A Kai Ambos, le extiendo el agradecimiento por la cordialidad con la que me recibió en la Universidad de Gotinga. Y, por supuesto, deseo dar las gracias a mis compañeros del Instituto, doctorandos y amigos con los que compartí las mismas desventuras y preocupaciones a raíz de la tesis: Christian Caracas, Dimitrios Voulgaris, Aikaterini Tzouma y Adrián Schopf. En esa misma categoría incluyo a Steffen Röbbber, también doctorando, pero de la Universidad de Friburgo, que me explicó con paciencia y dedicación las particularidades del sistema jurídico alemán.

Mención aparte merecen los juristas y amigos argentinos que pasaron por Múnich durante ese periodo tan significativo de mi vida académica. A Julio Maier (ya fallecido), le agradezco infinitamente por haber compartido conmigo aquellos meses en la biblioteca, que me permitieron verificar de primera mano su gran sabiduría, pero también conocer la sencillez de sus costumbres y la calidez de su trato. A Eugenio Sarrabayrouse, le doy las gracias por compartir conmigo sus conocimientos con la humildad que lo caracteriza. A Gabriel Pérez Barberá, le agradezco por poner su razonamiento erudito y refinado al servicio de mis argumentos. Y a Ezequiel Malarino, por ilustrarme permanentemente con nuevas ideas que fueron el origen de apasionantes polémicas. No quiero omitir mi gratitud hacia otras personas que, a lo largo de esa etapa, me brindaron consejos y me transmitieron brillantes comentarios que enriquecieron mi aproximación al objeto de estudio: Fabricio Guariglia, Alejandro Kiss y Máximo Langer.

A mi regreso a Argentina, tuve la oportunidad de presentar avances y fragmentos del trabajo en el *Blockseminar* de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por Daniel Pastor; en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés, bajo la dirección Carlos Rosenkrantz; y en el *Wine Seminar* de la Universidad Nacional de Córdoba, que dirige Pablo Navarro. Agradezco los valiosos aportes de Juan Pablo Alonso, Nicolás Guzmán, Juan Lucas Finkelstein, Noelia Núñez, Carolina Maglione, Sebastián Martínez, Francisco Castex, Andrés Rosler, Ignacio Jakim, Matías Díaz, Agustín Varela, Martín Farrell, Federico Morgenstern, Juan Pablo Montiel, Rodrigo Sánchez Brígido, Hernán Bouvier, José Peralta, Alejandra Verde, Federico Arena, Juan Iosa, Cecilia Incardona y Martín Böhmer. Asimismo, deseo agradecer especialmente a Fernando Díaz Cantón, Daniel Rubinovich, Pablo Eiroa, Federico Wagner e Ivana Quinteros, por la seriedad con la que

leyeron la versión completa del manuscrito, y por la generosidad con la que me brindaron sus inquietudes y observaciones. Y agradezco a Francisca Baur Noblia por la esmerada revisión de los borradores.

Por otra parte, deseo manifestar mi agradecimiento a Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, y a los demás editores responsables de la prestigiosa colección *Derecho penal y Criminología* de la editorial Marcial Pons, por sus denodados esfuerzos para editar mi trabajo en el menor tiempo posible, pese a las dificultades evidentes que trajo consigo la pandemia de coronavirus. Agradezco asimismo al evaluador anónimo, que recomendó en su dictamen la publicación de la obra sin modificaciones.

La finalización de esta etapa es una oportunidad propicia para reconocer el apoyo crucial de otras personas que me formaron durante mi carrera. Quiero dar las gracias a Andrea Meroi y Mario Chaumet, grandes docentes que fueron mis mentores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; y a Néstor Pedro Sagüés, que me honró con su amistad y compartió conmigo la edición final de varias de sus ya célebres obras sobre derecho constitucional. También agradezco a Esteban Righi (ya fallecido), Fernando Córdoba, Juan Pablo Ugarte y Juan Manuel Casanovas, que me ayudaron a concretar mi anhelo de investigar en el exterior.

En lo personal, me cuesta encontrar palabras suficientemente elocuentes para agradecer el apoyo que me dieron mi familia y amigos. A mis padres, Ángel y Nora, les doy las gracias por hacer todo lo que estuvo a su alcance (y más también) para que pudiera cumplir mis sueños. Contar con ellos ha sido un regalo de la vida y una fuente inmerecida de felicidad. A mis hermanos, María Julia, Francisco y Agustín, y a mis cuñados Kiara y Carlitos, les agradezco por el cariño con el que siempre me acompañaron y por la alegría genuina con la que celebraron el tan ansiado objetivo. A mis abuelos, Noris, Opi y Alda, por el amor con el que colmaron mis días. A mis padrinos, Patricia y Pablo, y a mis primos, Luisina y Gonzalo, por haber compartido conmigo cada acontecimiento importante de este largo periodo. Lo mismo siento respecto de mi familia política: mis suegros Carlitos y Stella, mis cuñados Guillermo y Evangelina, y mis con cuñados Fernando y Carolina. A mis amigos de San Lorenzo, mi ciudad natal, les doy las gracias por estar siempre junto a mí pese a la distancia que nos separa desde hace tantos años.

*Last but not least*, agradezco a Silvina, mi amor y compañera. Mi gratitud hacia ella es infinita por tres razones. Primero, por dejar todo y embarcarse conmigo en un viaje hacia lo desconocido. Segundo, por sostener nuestra familia en muchos momentos en los que mis energías estaban puestas en esta investigación. Y tercero, por implementar técnicas poco ortodoxas (pero efectivas) para que avanzara con el proceso de escritura. Y a Greta y Juan Cruz, nuestros hijos, les pido perdón por el tiempo que les negué y les doy las gracias por ser piadosos con un papá a menudo absorto en cuestiones insignificantes.

## PRESENTACIÓN Y SINOPSIS

1. Uno de los campos de investigación más prolíficos del Derecho penal es el que atañe al conjunto de cualidades constitutivas de un juicio justo. El Derecho procesal penal, como parcela del ordenamiento jurídico penal, se ocupa de estudiar cómo deben ser tratados quienes se encuentran circunstancialmente expuestos al riesgo de sufrir un castigo. La labor de los juristas y de los filósofos del Derecho consiste en desarrollar y consolidar esos rasgos que el proceso penal debe ostentar en un tiempo y un lugar determinados. El criterio rector que guía esta labor normativa es que el Estado maltrata a sus ciudadanos cuando los somete a procesos penales que no ostentan alguna de aquellas cualidades.

1.1. El trato que los imputados merecen a lo largo del proceso penal no es más que el que les corresponde por la dignidad de su condición humana. La dignidad, a menudo una idea escurridiza, refiere en esencia al atributo de las personas que les permite explicarse por sí mismas, y que demanda proceder con ellas respetuosamente antes de resolver sobre los asuntos que les conciernen. Al mismo tiempo, la dignidad prescribe que las personas no sean avasalladas, que no se actúe con ellas como si fueran cosas inertes o animales rabiosos. Respetar la dignidad equivale a tomar en serio la expectativa de la persona de comprender las razones y los parámetros que sustentan las decisiones en su contra<sup>1</sup>.

La dignidad humana no debe verse como una fórmula vacía, o utilizada deliberadamente para aumentar el nivel de abstracción de las discusiones morales y disimular así nuestras diferencias irreconciliables en torno a problemas específicos. Antes bien, la dignidad es un concepto dotado de sustancia normativa, que funciona como la fuente moral que provee de significado a los derechos humanos<sup>2</sup>.

Para Habermas, el conjunto de las humillaciones que experimentan cotidianamente los seres humanos en distintas latitudes pone de relieve diversas

---

<sup>1</sup> Cfr. Jeremy WALDRON, «How Law Protects Dignity», *Cambridge Law Journal*, vol. 71 (2012), pp. 200 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, «The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights», en CORRADETTI (ed.), *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views*, Dordrecht, 2012, pp. 63 y ss.

manifestaciones de la dignidad que luego se trasladan a la teoría de los derechos humanos, bien para enriquecer la interpretación de los derechos ya existentes, bien para propiciar la creación de nuevos derechos. En la teoría del Derecho, ambas nociones se encuentran ligadas por un estrecho vínculo conceptual: la dignidad operaría allí como una bisagra que conecta la moral en sentido kantiano —asociada a la exigencia de igual consideración y respeto— con el derecho positivo democrático. A través de la idea de dignidad, los derechos humanos procesan y capturan con precisión aquella parte de la moral que puede trasladarse al derecho coercitivo y desencadenar pretensiones individuales que pueden luego esgrimirse ante los funcionarios estatales o incluso ante otros conciudadanos<sup>3</sup>.

1.2. Sobre esta base, parece evidente que al menos algunas de las cualidades constitutivas del proceso penal deben atender directamente a este valor inherente a la humanidad de los imputados, y contemplar restricciones que el Estado no puede infringir incluso cuando tenga razones prudenciales para hacerlo. Los principios y libertades que nutren la posición jurídica de un imputado representan factores morales que condicionan el accionar estatal, y que obligan a sus agentes a eludir a menudo la decisión que reporta mejores consecuencias en términos absolutos.

El derecho de defensa es probablemente el ejemplo paradigmático. La obligación estatal de escuchar al imputado antes de resolver acerca de los cargos que se le dirigen no responde —únicamente— a la conveniencia de obtener un mayor número de decisiones epistémicamente correctas. Dicho de otro modo: la pretensión de defenderse le asistiría al acusado aun en el hipotético caso de que su declaración resultara completamente superflua para resolver el asunto<sup>4</sup>.

Lo propio ocurre con el principio de inocencia. No hay dudas de que el Estado tiene razones de peso para tratar como culpable al imputado cuando

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 64 y ss. (esp. p. 68). En contra de lo que podría suponerse, la vinculación entre dignidad y derechos humanos no es tan evidente en un sentido histórico. Por supuesto que la idea de dignidad tuvo singular predicamento entre los filósofos de la antigüedad, y que alcanzó su formulación canónica a través de la obra de Kant; sin embargo, su incorporación al derecho positivo recién tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX, con la aprobación de los textos nucleares del Derecho internacional de los derechos humanos. Las declaraciones de derechos humanos de los siglos XVIII y XIX, en cambio, carecen de referencias expresas al valor de la dignidad humana. De cualquier manera, la aparición tardía de la dignidad entendida como un concepto jurídico no hizo más que poner de relieve algo que estaba presente desde la creación de los derechos humanos: que esos derechos especifican pormenorizadamente el igual valor moral que corresponde a cada ser humano.

<sup>4</sup> Los tribunales del *common law* justifican este punto apelando a una reflexión del jurista medieval sir John Fortescue, basada en el libro del Génesis: ni siquiera Dios, que es omnisciente y omnipresente, estimó correcto castigar la desobediencia de Adán sin escuchar antes su versión de los hechos. Cfr. Denise MEYERSON, «The Moral Justification for the Right to Make Full Answer and Defense», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35 (2015), pp. 237 y ss. («*God himself would not condemn Adam for his transgression until he had called him to know what he could say in his defense*»).

la sospecha inicial en su contra es considerable. Si los estudios empíricos fueran concluyentes en el sentido de que las personas acusadas por determinados delitos son altamente proclives a cometer hechos análogos a los que se le atribuyen, ¿no sería sensato tratarlas con mayor severidad que al resto de los ciudadanos no sospechosos, y encerrarlas automáticamente al comienzo del proceso? Los ordenamientos liberales parten de la convicción de que los imputados dejan de ser tratados como agentes responsables cuando se los priva de la libertad por razones meramente preventivas: la presunción de inocencia constituye una restricción no consecuencialista derivada de un «principio de civilidad» más genérico, según el cual el Estado debe proceder con nosotros asumiendo, hasta que se demuestre lo contrario, que somos personas libres de intenciones dañinas<sup>5</sup>.

Las mismas consideraciones deontológicas<sup>6</sup> podrían repetirse respecto de las demás garantías tradicionales del Derecho procesal penal. La imparcialidad del juez, la libertad frente a la autoincriminación forzosa, la prohibición de la doble persecución penal, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, etc. En todos estos supuestos, prevalece una actitud de respeto hacia la persona que prohíbe al Estado avasallarla, aun cuando sus funcionarios puedan ocasionalmente sostener que su proceder estaría justificado debido a las consecuencias beneficiosas que esperan obtener. Con esto no pretendo insinuar que la posición jurídica del imputado no sea susceptible de justificarse sobre la base de argumentos consecuencialistas<sup>7</sup>. Con mi estipulación inicial solo procuro dejar en claro que los elementos ineludibles del proceso penal contemporáneo responden principalmente al deber moral de dispensar a las personas un trato acorde con su dignidad.

1.3. Sobre esta base, la tesis que sostengo en este trabajo es que el juzgamiento conforme a reglas estrictas es otro de los componentes imprescindibles del juicio justo. El propósito que persigo consiste en demostrar que la dignidad de todo imputado da fundamento a una pretensión de que sus

---

<sup>5</sup> Cfr. Antony DUFF, «Pre-Trial Detention and the Presumption of Innocence», en ASHWORTH *et al.* (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013, pp. 115 y ss.

<sup>6</sup> Es decir, consideraciones morales que el agente debe interpretar como restricciones y no como objetivos: valores que deben realizarse en el proceso penal sin tomar en cuenta las consecuencias que esa realización proyecte en términos absolutos. De todos modos, es importante aclarar que la decisión de presentar ciertas cualidades como restricciones deontológicas no significa defender una teoría deontológica del proceso penal, en particular, y del sistema de justicia penal, en general. Al respecto, cfr. Philip PETTIT y John BRAITHWAITE, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires, 2015, pp. 43 y ss. Por mi parte, considero que las teorías mixtas del proceso penal, que comento en el Capítulo IV, pueden interpretarse correctamente como teorías deontológicas de las garantías procesales al servicio de teorías consecuencialistas de la justicia penal.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, bien podría postularse que la múltiple persecución penal trae consigo más desventajas que ventajas, porque altera desproporcionadamente la tranquilidad de los ciudadanos; o que el recurso contra la condena es adecuado porque incrementa la probabilidad de dictar sentencias correctas.

asuntos sean decididos conforme a lo que denomino como «modelo de la regularidad», y que ese modo de decisión tiene un valor moral intrínseco y distinto del valor moral de cada una de las reglas constitutivas de un sistema procesal.

Sin perjuicio de lo que explico en el capítulo pertinente, apunto de momento que la regularidad es un modelo de decisión en el que ciertas generalizaciones predefinidas por el legislador tienen la aptitud para prevalecer sobre el conjunto de razones que justifican esas generalizaciones, o incluso sobre otras razones que no hayan sido tenidas en cuenta al momento de formularlas. Al hablar de reglas, pues, me refero a aquellas previsiones que establecen con precisión qué es lo que debe hacerse, y que predeterminan con claridad cuál es la consecuencia que se sigue de su inobservancia.

El objeto de mis indagaciones, vale aclarar, no son todas las normas del Derecho procesal penal, sino solo aquellas que demarcan el límite de injerencia que los individuos están obligados a soportar cuando el Estado procura esclarecer y juzgar hechos criminales. Se trata de las generalizaciones en las que se indica cuál es la medida de lo tolerable para ejercer correctamente el poder punitivo; mi propósito es explicar y justificar el fenómeno de la regularidad en aquellas previsiones que atañen a la interferencia en la vida privada de imputados y testigos, y que revelan el grado de compromiso que puede exigirse a estos en la averiguación de los hechos.

Quedan fuera de mi análisis aquellas normas que funcionan como simples mecanismos de coordinación; es decir, las normas que especifican el trámite de un proceso seleccionando una de varias alternativas igualmente plausibles. Así ocurre, por ejemplo, con la regla que impone a las partes un plazo de diez días para interponer un recurso, o la que establece los requisitos formales que deben satisfacer las actas o protocolos de actuación.

1.4. La mayoría de los «casos procesales» —en los cuales se analiza la calidad del procedimiento que precede a la sentencia— versa sobre cuestiones de esta índole. ¿Podía el Estado obrar como lo hizo? ¿Cómo repercute su mala *performance* en el juicio de reproche que ha de hacerse respecto del acusado? Un ejemplo conocido y previsible: si del registro domiciliario ilícito de una vivienda surge una prueba determinante para esclarecer un homicidio, ¿resulta correcto hacer valer la regla procesal infringida y excluir la prueba aunque eso importe absolver al responsable? La solución de estos casos puede concretarse a través de dos modelos posibles.

Conforme al primero, la determinación del nivel de injerencia estatal sobre los derechos individuales se establece de forma general y de antemano. La legislación procesal predetermina los requisitos necesarios para registrar un domicilio, para interceptar comunicaciones telefónicas, para interrogar un testigo, etc. En ese esquema, el razonamiento de los jueces no es sensible a las particularidades del caso, que justificarían a menudo decisio-

nes distintas a las que trae consigo el seguimiento de las normas aplicables. Llamaré a este primer modelo el «modelo de la regularidad».

De acuerdo con el segundo modelo, las definiciones legales o instancias acerca de lo procesalmente correcto tienen solo un carácter provisional, y quedan por tanto sujetas a la reconsideración judicial posterior. Las reglas no definen aquí la labor de los jueces, sino que les proporcionan solamente una guía acerca de cómo deben decidir los casos de esa naturaleza. En ese modelo, los jueces tienen la facultad de apartarse de las reglas, siempre que la decisión *ad hoc* satisfaga mejor las razones que están detrás de esas reglas, o que sirva a otras razones subyacentes consideradas más urgentes o dotadas de un peso normativo preponderante. Llamaré a este segundo modelo el «modelo particularista».

El modelo de la regularidad sienta las bases de un proceso en el que los encargados de la decisión trabajan con reglas rigurosas. El modelo particularista, en cambio, se corresponde con un proceso estructurado a partir de estándares o reglas en sentido débil. Así ocurriría si, en el caso propuesto, la legislación aplicable estableciera que, antes de efectuar un registro domiciliario, «los funcionarios responsables adoptarán todos los recaudos necesarios para resguardar la privacidad de los afectados». En ese supuesto, corresponde a los jueces determinar caso a caso si los funcionarios que ingresaron al domicilio de los afectados se condujeron aceptablemente. El estándar indicado solo proporciona una vaga pauta orientadora de la evaluación judicial particularista.

1.5. Otro ejemplo elocuente para comprender las diferencias entre ambos modelos de decisión es el de la declaración del imputado ante la policía. Tradicionalmente, el Derecho constitucional ordena neutralizar el riesgo de que los funcionarios estatales coaccionen a los sospechosos para que se declaren culpables. A menos que se prefiera prohibir lisa y llanamente cualquier declaración policial<sup>8</sup>, el Derecho infraconstitucional debe encontrar la manera de garantizar declaraciones voluntarias, y de invalidar los efectos de las involuntarias.

En el modelo particularista, el estándar constitucional («las declaraciones autoincriminatorias deben ser voluntarias») está directamente al alcance de los jueces, que evalúan sin restricciones todas las circunstancias del asunto que deben resolver. El Derecho los habilita a modelar un *test* de

---

<sup>8</sup> Tal ha sido el criterio adoptado sucesivamente en la legislación argentina. Cfr. el art. 316 del Código de Procedimientos en Materia Penal, aprobado por la Ley 2.372; el art. 184, inciso 10, del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la Ley 23.984; y el art. 72 del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la Ley 27.063. Para una exposición de las dificultades que suscita esa prohibición, y de las cuestionables interpretaciones ensayadas por los jueces para sortearla, cfr. Alejandro CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, 2008, pp. 483 y ss. (esp. pp. 507 y ss.).

voluntariedad con el cual determinar caso a caso si la declaración es inválida o no. Otra variante del particularismo se presenta cuando el legislador considera expresamente algunos supuestos de involuntariedad, pero deja abierta al juez la posibilidad de ignorarlos en el caso concreto, o de valorar otros supuestos de involuntariedad omitidos por la norma.

En el modelo de la regularidad, en cambio, se bloquea el acceso inmediato del juez al estándar constitucional. El creador de la regla evalúa cómo cumplir con el fin buscado (evitar las declaraciones involuntarias) y canoniza una o varias alternativas. Así, por ejemplo, la regla puede supeditar la voluntariedad a la existencia de un documento en el que el sospechoso renuncia expresamente a su derecho a guardar silencio; a la presencia de un defensor durante el acto de la declaración; a la grabación audiovisual del acto; a la presencia de testigos, tanto de la renuncia al derecho a guardar silencio como de la declaración misma, etcétera.

La más famosa de todas las previsiones de este tipo —no necesariamente la más idónea— es la instituida por la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso *Miranda v. Arizona*<sup>9</sup>. En ese precedente, el creador de la regla (en este caso un tribunal constitucional) consideró que la alternativa más conveniente para garantizar la voluntariedad era obligar a los policías a advertir a los sospechosos acerca de sus derechos; básicamente, la advertencia funciona como un recordatorio del derecho que les asiste a permanecer en silencio, a contar con un defensor durante el interrogatorio y a que el Estado les proporcione el asesoramiento gratuito de un abogado en caso de no contar con los medios para pagarlo. En ausencia de esas advertencias, la confesión que el imputado hiciera debe reputarse involuntaria como cuestión de puro Derecho.

La doctrina *Miranda* debe interpretarse como una manifestación nítida del modelo de la regularidad. Independientemente de la eficiencia que tenga la solución escogida por la Corte Warren para lidiar con los interrogatorios policiales, la sentencia crea una regla bastante precisa, que no deja demasiado margen a los jueces para evaluar la voluntariedad sobre la base de otros parámetros. Es decir que, en virtud de *Miranda*, los jueces carecen de atribuciones para tener por voluntaria una declaración no precedida por las advertencias, incluso cuando los funcionarios hubieran instruido a los sospechosos con un enunciado distinto al que consagró sacramentalmente la Corte<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> 384 U.S. 436 (1966), Sentencia de 13 de junio de 1966.

<sup>10</sup> Sigo aquí a Frederick SCHAUER, «The Miranda Warning», *Washington Law Review*, vol. 88 (2013), pp. 155 y ss. El autor entiende que la situación que se presenta en los interrogatorios policiales justifica la decisión de la Corte Suprema de definir exactamente la comunicación de los funcionarios con los sospechosos. De todas maneras, Schauer reconoce que el modelo elegido tiene un precio, pues a menudo el parámetro de las advertencias resultará demasiado estrecho para determinar la voluntariedad (cfr. pp. 168 y s.). La adopción de reglas, como se verá en detalle a lo largo

Pues bien, el objetivo principal de esta investigación es demostrar que, en la definición de cuestiones tales como la voluntariedad de las declaraciones, el modelo de la regularidad es moralmente superior al particularista; y, además, que ello no obedece a la eficiencia contingente de las reglas para cumplir con el fin prescripto por el Derecho constitucional, sino simplemente al trato que nos merecemos como personas dotadas de dignidad.

1.6. La teoría del Derecho ha ofrecido al menos dos argumentos en favor de la regularidad como modelo con el que concebir e interpretar el Derecho procesal penal.

1.6.1. El primer argumento repara en la especial *estructura* que exhiben las reglas procesales, entendidas como una especie de las normas jurídicas en general. Quienes argumentan de esta manera sostienen que el proceso penal es una práctica constituida predominantemente por normas potestativas, esto es, por normas que autorizan a una determinada persona (a un determinado funcionario) a realizar actos concretos solo en determinados supuestos. Las reglas del proceso, se arguye, tienen una estructura similar a la de las demás reglas que fijan las condiciones de validez de los actos jurídicos. Así como la falta de firma de un testamento ológrafo tendría como consecuencia la invalidez de esa manifestación de voluntad, así también, por ejemplo, la falta de orden judicial tendría como consecuencia la invalidez del registro domiciliario. En el primer caso, no podría validarse el acto jurídico con el argumento de que el heredero testamentario postergado necesita imperiosamente los bienes testados (p. ej., porque vive en la indigencia); en el segundo, no podría validarse el acto procesal con el argumento de que el Estado infractor necesita imperiosamente condenar ese hecho criminal. De acuerdo con esta concepción, entonces, prescindir de la regla implica desconocer su estructura, y tratarla como una norma de deber, en la que no rige el binomio admisible-inadmisible, sino el de lícito-ilícito<sup>11</sup>.

---

de este trabajo, provoca de modo indefectible un número contingente de resultados subóptimos o insatisfactorios.

<sup>11</sup> Para esta diferenciación en el Derecho procesal, cfr. Julio J. B. MAIER, *Función normativa de la nulidad*, Buenos Aires, 1980, pp. 113 y ss. El autor ensaya una refutación de las teorías monistas del Derecho, que conciben al orden jurídico como un conjunto de imperativos o de normas obligatorias. Desde su perspectiva, lo correcto es ver en el Derecho una combinación de normas de deber, que delimitan lo lícito de lo ilícito, y de competencia (potestativas), que operan dentro de la licitud y deslindan lo válido de lo inválido. Sobre esta base, Maier reinterpreta la figura de la nulidad, entendida tradicionalmente como una sanción por el incumplimiento de las normas procesales. En una teoría que concibe a las normas del proceso como reglas potestativas, la nulidad es una consecuencia normativamente neutra destinada a expresar que un acto formalmente defectuoso es incapaz para producir el efecto que la norma le asignaba al acto regular (cfr. p. 131). Una reelaboración posterior de su teoría del Derecho procesal puede verse en Julio B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 2004, pp. 64 y ss. La posición del jurista argentino, por lo demás, se inspira en la célebre distinción hartiana entre reglas primarias y secundarias. Al respecto, cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 2011, pp. 33 y ss. y 99 y ss. En las normas que confieren potestades, sostiene Hart, «la no conformidad con las condiciones

El segundo argumento corriente parte de la premisa de que el modelo de la regularidad es la mejor garantía para la *protección de otros derechos fundamentales*. Las reglas serían importantes, según esta concepción, porque representan la concreción de un derecho fundamental más abstracto que les sirve de fundamento o de razón subyacente. Así, la regla que impone la orden judicial para el registro sería la concreción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Una subespecie de esta respuesta considera asimismo que, en el proceso penal, las reglas de este tipo están también al servicio de un derecho especial de autodeterminación informativa; según este derecho, toda injerencia fuera de la legislación procesal violaría la libertad individual de decidir qué información se suministra al Estado<sup>12</sup>.

1.6.2. Desde mi perspectiva, ninguno de estos argumentos logra justificar la regularidad del proceso penal de modo convincente.

En cuanto al primer argumento, considero inexacto reducir el proceso penal a un conjunto de reglas potestativas. La caracterización del orden jurídico que subyace a esta idea sugiere que la observancia del Derecho procesal significa para el Estado algo así como una carga en su propio interés. En el caso del registro domiciliario, por ejemplo, la legislación procesal no obligaría a los funcionarios a cumplir con los requisitos formales: ellos solo tendrían razones prudenciales para obrar correctamente, fundadas en el interés de que sus actos surtan el efecto que se asigna a los actos regulares<sup>13</sup>.

---

establecidas por la regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a estos fines un acto nulo» (p. 39). Una elaboración refinada de esta doctrina en cuestiones probatorias puede verse en Fabricio GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, 2005, pp. 103 y ss. Dice este autor al respecto que «la lesión a una norma de recolección de prueba (norma de injerencia/norma potestativa), solo puede conducir a la invalidez del acto, es decir, a la privación de los efectos jurídicos que ordinariamente produciría el acto de haber sido válidamente realizado (incorporación y valoración de prueba)» (*ibid.*, p. 115, cursiva agregada).

<sup>12</sup> Cfr., por ejemplo, Knut AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin, 1990; *id.*, «Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverbote», en SCHULZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Günter Berman*, Baden-Baden, 1997, pp. 505 y ss. Para un análisis de estas teorías, cfr. Alberto NÄNZER, «Consideraciones morales sobre la exclusión de la prueba ilícita», en ELÍAS *et al.* (eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. III, Buenos Aires, 2014, pp. 254 y ss. (esp. pp. 281 y ss.).

<sup>13</sup> Sobre esta objeción, cfr. Pablo EIROA, comentario bibliográfico publicado en DONNA (dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, vol. 2014-1, pp. 497 y ss. Según este autor, el trabajo de Maier pierde de vista que la validez de los actos jurídicos no está condicionada solo por normas potestativas, sino por normas de ambos tipos. A su modo de ver, el error principal radica en sostener que el agente tiene la potestad de realizar un acto inválido (p. 501). En nuestro caso, parece evidente que el Estado tiene la potestad de realizar o no realizar un registro domiciliario. Pero si decide realizarlo, en rigor está obligado a cumplir con las formalidades que establece la legislación procesal. Eiroa aclara que su objeción en modo alguno niega que la nulidad no es una sanción; aquella únicamente sugiere que la invalidez, como la ilicitud, «es un tipo de desobediencia a deberes» (p. 502).

La apelación a la estructura o naturaleza de las reglas es una respuesta insatisfactoria si no se explican antes las razones por las cuales deberían adoptarse reglas de ese tipo. Esto es, aun concediendo que las reglas que habilitan determinadas medidas de coerción conforman ciertamente un tipo de normas distinto al de las reglas de deber (del Derecho sustantivo), debe aún argumentarse por qué debería tratárselas como reglas rigurosas y no como meras guías prácticas o reglas *prima facie*. La administración de las normas del proceso con esa severidad depende de una teoría interpretativa previa, esto es, de una concepción de la práctica procesal penal que justifique ese tratamiento<sup>14</sup>.

El segundo argumento, en cambio, pierde de vista que un proceso penal en el que los jueces razonen y decidan de modo particularista bien podría resultar más conveniente para resguardar derechos como la inviolabilidad del domicilio. Liberado de los aspectos predeterminados por las reglas, el juez podría ofrecer protección en situaciones no previstas y, a la vez, restar importancia a situaciones que en verdad no afectan al derecho en el caso concreto (p. ej., registro efectuado sin orden en la casa de alguien que no tenía ninguna objeción o que incluso reclamaba esa medida). Por otra parte, la preeminencia de la regla procesal difícilmente signifique un remedio para el titular del derecho infringido. En nuestro caso, ¿en qué medida la absolución del culpable restablece la vigencia de la inviolabilidad del domicilio?

1.7. Como ya adelanté, ninguna de esas justificaciones del modelo de la regularidad contribuye a despejar el problema más intrigante. Esto es, ni la una ni la otra ofrecen razones para saber por qué debería ser inválida una condena contraria a las reglas del proceso, cuando esas reglas están fundadas en la consecución de ciertos objetivos que, de todas maneras, fueron asegurados pese al incumplimiento en el caso concreto. Tal sería el supuesto del registro domiciliario consentido por el afectado, que resulta luego decisivo para condenar al acusado; o el de la declaración autoincriminatoria del imputado que, aunque no advertido por la policía, conocía sus derechos de todas maneras.

El objeto de este trabajo es replantear la cuestión transitando otro sendero. La investigación, pues, busca demostrar que el paradigma de las re-

---

<sup>14</sup> Hart sostiene que las normas secundarias se distinguen de las normas primarias porque en las primeras es *lógicamente imposible* separar la invalidez de la infracción. En las normas del otro tipo, en cambio, no existiría dificultad lógica para escindir la sanción de la conducta ilícita. Mientras que sería perfectamente posible imaginar delitos sin sanción, la nulidad no puede escindirse de la infracción porque «es parte de la regla misma» (*El concepto de derecho*, p. 44). Este argumento aumenta mi escepticismo en torno a cómo clasificar a las reglas de injerencia de la legislación procesal penal. En mi opinión, la invalidez de las irregularidades del proceso no es el resultado de una mera inferencia lógica, sino el producto de la argumentación que desarrollaré a lo largo de este trabajo. Si lo que dice Hart fuera pertinente para el proceso penal, correspondería excluir —ignorar— la prueba de descargo o exculpatoria obtenida de manera irregular y condenar al acusado que sabemos inocente. Esta es la dificultad que advierto en la concepción de Guariglia (GUARIGLIA, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, pp. 182 y ss.).

glas —modelo de la regularidad— es el objeto de un derecho individual autónomo. El juzgamiento conforme a reglas no es preferible *per se*, esto es, porque responde a la estructura que —previa estipulación— se asigna a las normas del proceso; tal modelo tampoco se considera valioso porque representa el vehículo adecuado para proteger otros derechos. Mi tesis, como ya dije, es que la administración del proceso penal según reglas estrictas es un elemento no contingente del trato que el individuo merece. El conjunto de mis argumentos y demostraciones me conduce a proponer un derecho fundamental a la regularidad, capaz de justificar, por ejemplo, la exclusión de las pruebas inculcatorias que el Estado obtiene ilícitamente, y de desencadenar la clausura anticipada del proceso allí donde las consecuencias de la irregularidad resulten irreversibles.

Redescubrir el valor autónomo de las reglas requiere, a mi modo de ver, un reexamen profundo de la noción de debido proceso o *fair trial*, según se la conoce hoy en el Derecho procesal penal comparado<sup>15</sup>. En este sentido, entiendo que la inadecuada aproximación al fenómeno de la regularidad obedece en gran medida al predominio de una concepción insustancial, o normativamente débil, del principio de *fairness*, entendido como el estándar normativo que debe observar un proceso penal para ser el *fair trial* al que tenemos derecho, o el proceso que nos es debido. La interpretación que se proponga para este principio rector resulta a mi criterio dirimente al momento de escoger entre el modelo de la regularidad y el particularista.

Una concepción del *fair trial* que lo identifique con un conjunto más o menos homogéneo de estándares a satisfacer por el Estado suele traer consigo un modelo de decisión en el que los jueces tienen enorme protagonismo, pues están llamados a sopesar principios en pugna y a decidir los casos sin demasiado apego al contenido de las normas infraconstitucionales. Por el contrario, una teoría del proceso que reivindique el valor de la obra legislativa dará a luz otro sistema de resolución de casos, seguramente menos orientado a la ponderación judicial.

Por esa razón, gran parte del trabajo estará dedicada a desentrañar el verdadero alcance del mandato de *fairness* en la práctica procesal penal. Dado que *fairness* es un vocablo extremadamente difícil de traducir a las lenguas romances, entiendo conveniente seguir el criterio de los juristas alemanes

---

<sup>15</sup> Mi hipótesis de trabajo es que las consideraciones que efectúo acerca del mandato de *fairness* son pertinentes para enriquecer la concepción del debido proceso. Ambas nociones provienen de la tradición jurídica del *common law*, y demandan ser adaptadas a las peculiaridades de un Derecho procesal codificado según los usos del modelo continental. Sobre las raíces comunes de *fairness* y *due process*, cfr., por todos, D. J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1996, pp. 165 y ss.; Wilfried BOTKE, «“Rule of law” or “due process” as a common feature of criminal process in western democratic societies», *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 51 (1990), pp. 419 y ss.; Dieter DÖRR, *Faires Verfahren. Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Kehl am Rhein, 1984, pp. 5 y ss.

—que enfrentan la misma dificultad— e introducir la voz inglesa como neologismo<sup>16</sup>.

1.8. En general, el método de indagación proyectado es el estándar en la filosofía práctica de tradición analítica. Básicamente, tal método consiste en la evaluación de hipótesis mediante el análisis conceptual de las nociones involucradas en ellas, y el cotejo de sus implicancias en casos reales o «experimentos mentales».

Como su nombre lo indica, el trabajo aspira a ofrecer una contribución normativa a la teoría del proceso penal. Es por eso que sus capítulos no versan directamente sobre cuestiones atinentes a la dogmática procesal, ni sobre las controversias interpretativas frecuentes en los ordenamientos estudiados. La argumentación tiene lugar en un nivel de abstracción superior, en el que intento dilucidar si es correcto concebir a la regularidad como una cualidad indispensable para la resolución de los casos procesales, y si es acertado identificar al *fair trial* con una pretensión para exigir esa regularidad<sup>17</sup>.

2. Bajo estas premisas, busco encarar la cuestión de la investigación del modo siguiente.

2.1. En el primer capítulo, ofrezco un esbozo de las teorías que se inscriben dentro de lo que denomino *concepción insustancial* del *fair trial*, esto es, una concepción de escasa consistencia normativa que ignora el valor de la regularidad y propicia mecanismos de decisión afines con el modelo particularista. Esta reseña de ningún modo aspira a ser una recopilación monográfica exhaustiva de todo lo que se ha dicho o escrito sobre el problema: la expo-

---

<sup>16</sup> En su conocido opúsculo sobre el Derecho inglés, Radbruch señalaba lo siguiente: «“Fair” es una palabra no susceptible de ser traducida al alemán. El diccionario ofrece un montón de significados: desde “hermoso” y “encantador” hasta “justo” y “equitativo”, pasando por “correcto” y “caballeresco”. Tampoco se puede disolver la palabra en estos distintos significados; más bien, estos se funden en ella» (Gustav RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 4.ª ed., Göttingen, 1958, pp. 15 y s.). Para Fletcher, la dificultad estriba en que, a diferencia del inglés, los demás idiomas cuentan con solo un término para designar tanto *justice* como *fairness*, pese a que ambos conceptos, como veremos aquí, suelen aludir a cosas diferentes. El autor recuerda a su vez que esta situación produjo numerosas complicaciones para traducir la obra del filósofo John Rawls, debido a que la tesis principal de su trabajo más influyente (*A Theory of Justice*) sostiene que los principios de justicia (*justice*) deberían ser seleccionados en un procedimiento justo (*fair*) de negociación. Los traductores han procurado hacer frente a esta carencia empleando la voz «equidad» como equivalente de *fairness*. Esta alternativa, según Fletcher, no es satisfactoria en virtud de que, en puridad, la equidad se vincula con la necesidad ocasional de mitigar el rigor de la ley [cfr. George FLETCHER, «“Fairness” in German and American Legal Discourse», en STEBER et al. (ed.), *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln, 2008, pp. 1241 y ss.]. Sin embargo, vale aclarar que la versión castellana consultada en esta investigación no alude a la voz *fairness* como equidad sino como «imparcialidad» (cfr. John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, México, 1995, *passim*). Sobre la ambigüedad semántica de este vocablo, cfr. también Hans LENK y Günther PILZ, *Das Prinzip Fairneß*, Osnabrück, 1989, pp. 23 y ss.

<sup>17</sup> Sobre las características metodológicas del trabajo académico que pretendo llevar a cabo, cfr. Marcelo FERRANTE, «Sobre los fundamentos filosóficos del castigo extraterritorial. Comentario al libro de Alejandro Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 12 (2011).

sición funcionará simplemente como disparador de mis propios argumentos conceptuales y normativos, que presentaré en los capítulos siguientes.

En ese marco, explico que, tal como se lo utiliza en el razonamiento de los jueces, la apelación al principio rector del *fair trial* opera como un criterio lábil, que suele balancearse con otros intereses públicos generalmente asociados a la necesidad de ejercer el poder punitivo. Destaco que la maleabilidad de esta categoría solo es posible merced a una evidente indeterminación, que convierte lo que se presenta muchas veces como un derecho fundamental en una posición jurídica superficial y exangüe. Sostengo por ello que la falta de rigor que habitualmente se advierte en la argumentación despierta la sospecha de que el mandato de *fairness* representa un simple criterio estético para aludir genéricamente a todo aquello que place al intérprete acerca del proceso penal.

Indico también que, en determinadas situaciones, el *fair trial* suele ser empleado como un estándar para la validación global del procedimiento que precede a una sentencia condenatoria: esta aproximación habilita a quien la sostiene a efectuar transacciones con las irregularidades y, de esa manera, a ponderar la gravedad de esos defectos con la relevancia del proceso en cuestión y con la gravedad del delito que se juzga.

Así concebida, la idea de *fairness* no permite aislar una propiedad peculiar que haga del *fair trial* algo distinto y más específico que un proceso que es simplemente satisfactorio o correcto. Argumento que, si cualquier aspecto atendible del proceso penal ideal se convierte en un aspecto propio del *fair trial*, la utilidad del concepto parece perder sentido.

Más aún: intento demostrar que, si se emplea como mera herramienta metodológica en el marco de una ponderación, el principio de *fairness* puede incluso desencadenar un fenómeno distorsionador que llamo aquí «ascenso perverso al principio general». Se trata esta de la situación paradójica que se suscita cuando la posición jurídica del imputado, que se encontraba resguardada por reglas específicas y suficientemente precisas, resulta debilitada por la apelación a un estándar vago pero jerárquicamente superior, que se esgrime en teoría para beneficiar al portador del Derecho.

Siguiendo con los ejemplos anteriores: una regla procesal que establece que el Estado no puede recolectar pruebas inculpatorias en un domicilio sin contar con autorización del juez, u otra que prescribe que una declaración autoincriminatoria se considera inválida si los funcionarios no instruyen antes al sospechoso acerca de sus derechos. La patología que acabo de enunciar se produce cuando, pese a que el caso está definido en un nivel inferior del ordenamiento jurídico, se acude a los principios subyacentes para ensayar ponderaciones que la regla no permitía. Así, por ejemplo, el ascenso perverso ocurriría si el juez relativizara la inexistencia de orden judicial y sostuviera que el afectado había renunciado voluntariamente a gozar de la

privacidad del domicilio; o si el juez ignorara la falta de advertencia previa y emprendiera por su propia cuenta una evaluación acerca de la voluntariedad de la declaración. El mismo fenómeno distorsionador se presentaría si el juez reconociera la infracción a la regla, pero rechazara la invalidez del acto con el argumento de que el deber de averiguar la verdad derrota en el caso al principio que subyace a la regla violada.

2.2. Partiendo de esta indeterminación, me ocupo de descomponer la noción de *fairness* hasta dotarla de un contenido tangible, que permita restituir a la regularidad el protagonismo perdido, y suministrar al imputado un derecho subjetivo real para oponer al Estado. ¿Es posible concebir un derecho al *fair trial* que pueda agregar una pretensión no incluida en la lista de los derechos fundamentales tradicionales del proceso penal (p. ej., el derecho de defensa, la garantía de imparcialidad, etc.)? ¿Hay una dimensión en la que *fairness* es algo más que la suma de las garantías procesales reconocidas en un lugar y un tiempo determinados?

Con el convencimiento de que el *fair trial* no tiene valor si se lo entiende como un derecho «a todo lo bueno» de un proceso penal moralmente encomiable, pretendo demostrar que la pretensión de regularidad es un único elemento analítica y normativamente consistente. En otras palabras: procuro mostrar que la aspiración a ser juzgado conforme a reglas estrictas está implícita en el ideal del *fair trial* y que representa un componente que no se advierte en los derechos fundamentales tradicionales.

Para eso, en el Capítulo II, comienzo por ilustrar un contraste conceptual equivalente al que he detectado en el uso de la noción de *fair trial*. Me refiero a la teoría del Estado de Derecho, campo en el cual también es notoria la coexistencia de concepciones insustanciales pretenciosas y de otras que, aunque más modestas, resultan normativamente fecundas. La comparación es provechosa para la investigación porque permite comprobar cómo otra categoría habitual en el lenguaje de los juristas suele experimentar un uso inflacionario por parte de quienes pretenden extraer de ella una filosofía integral de la política y de la justicia. La concepción insustancial del Estado de Derecho eclipsa el valor de la legalidad de un modo idéntico a cómo la concepción insustancial del *fair trial* eclipsa el valor de la regularidad.

En este sentido, reseño los aspectos más salientes de las concepciones más específicas del Estado de Derecho; dichas teorías ponen de relieve algunas condiciones que el Derecho ostenta como mecanismo de orientación de la conducta, que pueden identificarse con independencia del contenido de las normas en que esas condiciones se manifiestan. Me refiero a cualidades del Derecho tales como la generalidad, la claridad, el carácter prospectivo, la publicidad, la estabilidad en el tiempo, etc. Las concepciones específicas sostienen que el Estado de Derecho construye las acciones de gobierno mediante reglas establecidas de antemano, que permiten prever con