

Sistemas penales comparados

Edmundo S. Hendler


ediciones**Didot**

Índice

Prólogo	11
Prefacio	15
I. Los caminos del derecho penal y la comparación de los sistemas	19
1. El derecho penal arcaico. Aproximación desde la etnología	19
2. Los datos históricos	22
3. Derecho civil, derecho penal, derecho procesal	24
4. La reparación como tercera vía en el derecho penal actual	27
5. Los derroteros del derecho penal	33
6. El sistema penal en la historia occidental	35
7. La comparación de sistemas	38
II. Los ejes de comparación: los sistemas penales de Inglaterra y Francia	45
1. El sistema inglés en perspectiva histórica	45
2. Una institución peculiar: la <i>conspiracy</i> en el mundo anglosajón	48
3. Los órganos del proceso penal en Inglaterra	51
4. La singularidad de la profesión legal en Inglaterra	55

5. Observaciones lingüísticas	58
6. El desarrollo del proceso penal inglés	60
7. El sistema penal francés en perspectiva histórica	63
8. El sistema procesal francés en la actualidad	67
9. Las etapas del proceso penal francés	69
10. Las reformas recientes en Francia	72
11. El recurso de apelación: una aproximación histórica	77
III. Otros sistemas penales	81
1. El sistema penal en los Estados Unidos	81
2. Sistemas europeos (Alemania, España, Portugal, Italia, Rusia)	89
3. El sistema penal en China	98
4. El sistema penal en Japón	101
5. El sistema penal islámico	103
6. La detención preventiva y la excarcelación en los países europeos	106
7. Apéndice: jurisprudencia actual sobre la pena de muerte en Estados Unidos	110
IV. Los sistemas contrapuestos: inquisitivo y acusatorio	119
1. Interacciones e influencias recíprocas entre Francia e Inglaterra	119
2. La contraposición del sistema acusatorio y el inquisitivo	125
3. El derecho probatorio y la teoría de las pruebas legales	129
4. La oralidad como característica del modelo acusatorio	132
5. El principio de inmediación y el testimonio de oídas (<i>hearsay</i>)	134
6. El prestigio de la escritura frente a la oralidad	137
7. La persistencia del sistema inquisitivo	144
8. La averiguación de la verdad y el sistema acusatorio	146

V. Alternativas y atribuciones en el ejercicio de la acción penal	151
1. Historia y comparación	151
2. La acción pública y la discrecionalidad en Francia	154
3. La acción pública y la acción popular en España	157
4. La acción popular en Inglaterra	158
5. El <i>plea bargaining</i> en Estados Unidos	163
6. El principio de legalidad y sus ficciones	164
7. La figura del arrepentido y el desistimiento de la acción	167
8. El delator en la práctica estadounidense	170
9. Apéndice: La jurisprudencia tradicional en Francia y la perspectiva actual en Inglaterra	173
VI. Admisión y exclusión de pruebas	177
1. Tendencias de la legislación moderna	177
2. La jurisprudencia de la Corte Suprema en Argentina	179
3. La jurisprudencia tradicional inglesa	181
4. La legislación vigente en Inglaterra y Canadá	184
5. Panorama europeo y argentino	187
6. La jurisprudencia de la Corte Suprema en Estados Unidos	193
7. El derecho probatorio anglosajón	198
8. La explicación funcional: el tribunal bifurcado	202
9. Apéndice: la jurisprudencia de los tribunales ingleses (traducción)	208
VII. La prueba de confesión y el derecho al silencio	219
1. La exclusión de confesiones	219
2. El derecho a guardar silencio en Inglaterra y en Estados Unidos	223
3. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos	226
4. Los resguardos del silencio	227

Edmundo S. Hendler

5. Las diferencias de la interpretación en Inglaterra y en los Estados Unidos	232
6. Apéndice: la jurisprudencia de los tribunales ingleses y de la Corte Europea de Derechos Humanos (traducción)	235
Bibliografía complementaria (reseñas)	249

Prefacio

Los distintos trabajos que componen el volumen que aquí se presenta provienen, en gran parte, de los materiales empleados en los cursos de “Sistemas Penales Comparados” que tuve ocasión de dictar en el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En algún caso formaron parte de artículos publicados en distintas revistas, ahora reelaborados e integrados a la idea central de la obra.

El propósito principal de esta última es, desde luego, didáctico, aunque también se dirige a los estudiosos en general y a todos quienes pueda interesar una temática tan vasta y comprensiva como la propuesta. Es innecesario destacar la modestia del aporte frente a la trascendencia y los alcances posibles de esa tarea. Me justifico con la escasez de trabajos disponibles en el entorno de nuestras escuelas de derecho y con la verificación del interés que suscita, hoy en día, la comparación, en especial la que concierne a los temas del derecho penal.

En cuanto a la noción de “sistema”, los autores anglosajones suelen acotarlo como “sistema de justicia penal” (*criminal justice system*), expresión que difícilmente se encuentra en autores no angloparlantes. Quienes utilizan esa expresión dan por entendido que el sistema de justicia penal tiene tres componentes: policía, tribunales e instituciones correccionales. Fuera del entorno estrictamente anglosajón los sistemas comparados de justicia penal fueron tema

de una conferencia internacional convocada por el instituto de ciencias criminales prohijado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en diciembre de 1997¹. En su informe introductorio, un autor francés, Reynald Ottenhof, apuntaba que la noción de sistema de justicia penal tiene un significado más comprensivo que la de procedimiento penal a la que sustituye. Según él se trata de una noción que evoca el conjunto de reacciones sociales contra el crimen comprendiendo: la elección de los valores sociales dignos de protección penal, los procesos legislativos de incriminación, la determinación de las sanciones y, finalmente, el proceso penal propiamente dicho incluyendo la etapa de fijación de la pena. También comprende las disposiciones relativas a la administración de la justicia en el plano organizacional, presupuestario, de gestión de recursos humanos, etcétera².

Por mi parte, la idea de designar como sistemas a los distintos abordajes que propongo en el trabajo, obedece más que nada al propósito de desentenderme de la distinción entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal. La vinculación de ambas ramas del derecho es, desde luego, obvia. He dado preferencia, en general a las cuestiones de orden procesal, tal vez inspirado por aquella observación de Beling en el sentido de que “el derecho penal no le toca un solo pelo al delincuente”³ o, mejor aún, por la mayor diversidad que presentan en la labor comparativa las cuestiones concernientes al proceso penal en tanto que las que se refieren al derecho penal de fondo muestran, y es un dato interesante a la comparación, una cierta similitud.

Me resta dejar constancia de mi agradecimiento a quienes han contribuido, y en algunas ocasiones compartido, la tarea

¹ Conferencia celebrada en Siracusa, Italia, del 16 al 20 de diciembre de 1997, convocada por el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Criminales bajo el lema “Los sistemas comparados de justicia penal. De la diversidad a la aproximación”.

² R. Ottenhof, “Introductory Report – Rapport Introductif. Les systemes compares de justice penale: de la diversité au rapprochement”, en *Association Internationale de Droit Pénal* “Nouvelles Études Pénales”, n° 17, pp. 55 y ss.

³ Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal*, traducción de Ricardo Núñez y Roberto Goldschmidt, imprenta de la Universidad, Córdoba, Argentina, 1943, p. 2.

Sistemas penales comparados

del dictado de los cursos en que se origina la obra. Me refiero, en especial, a Ignacio Tedesco, a Iñaki Anitua, a Diego Zysman, a Stephen Thaman, a John Vervaele y a Alejandro Carrió. También, por supuesto, mi reconocimiento a la diligente y eficiente directora y fundadora de “Ediciones Didot”, Lorena Banfi, que ha conseguido, en el breve lapso transcurrido desde que fue creada la editorial, enriquecer la bibliografía de nuestro país con una serie de obras de notable valor, muchas de ellas correspondientes al ámbito del Derecho Penal.

Buenos Aires, septiembre de 2014

Prólogo

Es para mí un gran gusto y un honor el que pueda estar presentando a través de estas palabras la publicación de los actuales estudios de quien no solo ha sido mi profesor en la vida académica y mi guía en la vida profesional, sino aquella persona de quien más podemos aprender sobre cómo la cuestión jurídico penal no es un simplemente un producto nacional, sino universal. Es que, sin lugar a dudas, Edmundo Hendler ha sido, y lo sigue siendo, un luchador incansable en la búsqueda del conocimiento sobre los detalles, secretos y verdades respecto a aquello que los juristas llaman derecho comparado. Edmundo ha llevado este derecho a otro punto: a que el conocimiento jurídico no tenga fronteras y que con ello, se convierta en un conocimiento único, universal, del cual todos podemos aprender. Sus constantes enseñanzas son prueba de ello. En esta oportunidad ya no en un aula, sino a través de este libro que permite que muchos más puedan ser parte de sus constantes estudios.

Es común que a la hora de que se presente el derecho comparado, éste termine constituyéndose, en realidad, en derecho extranjero y no en un verdadero ejercicio comparativo, en donde dicha tarea, de existir, termina siendo no más que una simple identificación de puntos circunstancialmente coincidentes. Justamente de esto no es de lo que se trata esta obra. Todo lo contrario. Las palabras que siguen son el resultado no sólo de la tarea constante de Edmundo Hendler en el estudio de las enseñanzas que nos deja la verdadera tarea comparati-

va, esto es, una tarea metodológica a partir de la cual el Derecho se torna una experiencia común, sino que, además, en aportar las claves que permiten entender los problemas más profundos que hacen al sistema penal en un sentido claramente material.

En estos estudios inicialmente se presenta el valor y significado de la comparación de sistemas, respetándose tanto su sentido antropológico como el ideal civilizatorio en el cual el derecho viene a expresarse. Para luego, no solo identificar los ejes que hacen a la comparación propios del mundo occidental, Inglaterra-Francia, sino cómo estos ejes se ubican ante otros sistemas penales, como lo son las de mundos más lejanos, como los de China, Japón o el propio mundo islámico. Y gracias a ello resignificar cuál es el alcance en la contraposición sistémica entre los modelos inquisitivos y acusatorios. Visto todo ello es que se pasa al análisis específico de cuestiones específicas y fundamentales a la hora de lograr los objetivos propuestos. Esto es, las propias de la acción penal, de la admisión y exclusión de los medios de prueba y de la libertad de la palabra del acusado en el proceso penal.

Es normal que cuando uno piensa en la comparación, inicialmente pensemos que se trata de un proceso en el que de lo que se trata simplemente es de cotejar e identificar las semejanzas y diferencias de dos derechos distintos. No obstante, por más que algo de ello pueda existir, lo cierto es que eso no es en lo que consiste la tarea comparativa. Se trata de una tarea metodológica, que como tal no solo se constituye en una herramienta para el análisis o el estudio de un determinado tema o cuestión, sino que además, importa una tarea mucho más profunda que simplemente encontrar semejanzas y diferencias.

De allí que es esencial para la tarea comparativa que, en primer lugar, se identifiquen cuáles son los sistemas jurídicos a comparar, esto es, no solo en términos nacionales, sino respecto de la tradición a los que éstos representan. Es por ello que en Hendler, la identificación de dos ejes, Inglaterra-Francia sea una cuestión vital. Es que, en líneas generales, dentro del mundo jurídico occidental en el que nos encontramos, son dos las tradiciones en

las que podemos bucear los orígenes de nuestros derechos justamente en la historia de dichos sistemas. Luego de ello, en segundo lugar, identificar, y con ello delimitar, el punto o cuestión que se constituirá en el eje del análisis comparativo. Ello permitirá, en tercer lugar, transitar desde un sistema al otro a través de dicha cuestión. Claro está que, al hacerlo resulta fundamental respetar los marcos culturales que hacen a cada uno de los sistemas (y de manera conjunta, las cuestiones lingüísticas que hacen a uno y otro sistema). En definitiva, esto es lo que hace Edmundo al analizar cuestiones concretas tales como hacen al ejercicio de la acción penal o la materialización de dicha acción penal a través del concepto de admisión y exclusión de las pruebas.

Esta tarea comparativa se termina constituyendo en una técnica del desarraigo, una contemplación a la distancia a través de un puente común entre un sistema y el otro que permite, al respetarse los respectivos marcos culturales, arraigar finalmente un nuevo conocimiento que hace a una comprensión más profunda y universal de aquello que es materia de nuestro estudio. El método comparativo no es un método ortodoxo ni conservador, todo lo contrario. Tal como lo afirmara un autor fundamental en este tipo de derecho, George Fletcher, se trata de una disciplina subversiva (“Comparative Law as Subversive Discipline”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, pp. 683-700). Es que nos permite darnos cuenta que aquello que uno cree como natural, como dado, como lo normal, justamente no lo es. Que son muchas otras las posibilidades de entender el mundo, de resolver las cuestiones que se presentan ante nuestros ojos. En definitiva, la tarea comparativa es aquella que nos permite ampliar nuestras fronteras y con ellas, nuestras mentes e ideas. Justamente lo que Edmundo hace desde siempre a través de sus enseñanzas.

Ignacio F. Tedesco
septiembre de 2014