

El rol mayor del derecho al silencio: *dossier* de la presentación del libro *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*

Germán Sucar

Sumario: **I.** Breve síntesis de *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, por Germán Sucar **II.** Clasicismo, racionalidad, historia y cultura en un libro jurídico único, por Horacio Corti **III.** Reflexiones sobre *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, por Luís Greco **IV.** Comentarios sobre *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, por Mary Beloff **V.** Respuestas en forma de diálogo **VI.** ¿Tiene la persona jurídica derecho al silencio?, por Miguel Ontiveros Alonso

Resumen: El 23 de abril de 2021 se efectuó el webinar, organizado por el área de derecho penal del ITAM, para la presentación del libro de Germán Sucar y colaboradores, con las características siguientes: *Derecho al silencio y racionalidad jurídica. Un estudio metodológico, dogmático y filosófico, desde una perspectiva comparatista en el plano nacional e internacional*, Tirant lo Blanch, 2019. En su calidad de autores, intervinieron Germán Sucar y Jorge Cerdio, ambos profesores de tiempo completo del Instituto Tecnológico Autónomo de México, y en su calidad de presentadores, la Dra. Mary Beloff y el Dr. Horacio Corti (ambos de la Universidad de Buenos Aires), el Dr. Luís Greco (Universidad de Berlín), el Dr. Miguel Ontiveros (Universidad Nacional Autónoma de Chiapas), la Mtra. Adriana Ortega (Secretaria de Estudio y Cuenta de la SCJN en México) y el Dr. Pablo Rapetti (Instituto Tecnológico Autónomo de México). En el presente *dossier* reunimos las presentaciones transcritas de Horacio Corti, Luís Greco y Mary Beloff, en dicho orden en virtud de su contenido, así como una síntesis de la obra, cortesía de su autor, así como respuestas a los comentarios críticos de los tres. Finalmente, se agrega, a modo de epílogo, un texto del Dr. Miguel Ontiveros Alonso

Abstract: On April 23, 2021 a webinar took place, organized by the area corresponding to criminal law at ITAM, in order to present a book by Germán Sucar *et.al.*, with the following characteristics: *The right to silence and legal rationality. A methodologic, dogmatic and philosophic study, from a comparative perspective, at a national and international level*, Tirant lo Blanch, 2019. Jorge Cerdio and Germán Sucar intervened as authors (both full-time professors at ITAM), and as presenters, were Doctors Mary Beloff and Horacio Corti (both from the University of Buenos Aires), Dr Luís Greco (University of

Berlin), Dr Miguel Ontiveros (National Autonomous University of Chiapas), Mgtr. Adriana Ortega (Study and Account Secretary at the Supreme Court of Mexico), and Dr Pablo Rapetti (ITAM). The following *dossier* contains the transcribed presentations (expressed during the webinar) belonging to Horacio Corti, Luís Greco and Mary Beloff, in said order, as well as a brief resume of the literary piece, courtesy of its author, and his replies towards critics and observations expressed by the three latter academics. Finally, we have added, as an epilogue, a work from Professor Miguel Ontiveros Alonso

Palabras clave: silencio, derecho, coacción, positivismo, modelos de protección

Key Words: silence, (the) right (to), coercion, positivism, protection models

I. BREVE SÍNTESIS DE *DERECHO AL SILENCIO* Y *RACIONALIDAD JURÍDICA*, POR GERMÁN SUCAR

A la vez como preludio y complemento de los textos de mis distinguidos colegas Horacio Corti, Luís Greco y Mary Beloff, he aquí unos lineamientos sobre las principales características del libro de referencia. La presente obra tiene por objeto proporcionar un estudio sistemático del derecho al silencio, principalmente en el ordenamiento jurídico argentino vigente, pero también en el de ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros en vigor (tanto nacionales como supranacionales). Dicho estudio permite, a la luz de los análisis de derecho comparado, poner de relieve con mayor nitidez y profundidad las características del régimen jurídico argentino en la materia. Una premisa central que la atraviesa desde el principio hasta el final es que *no es posible un análisis ni una discusión adecuados de un derecho como, en este caso, el derecho al silencio, si no se parte de una concepción del derecho y de una teoría de los derechos*. Otro eje central que recorre el estudio por completo es la relevancia de la racionalidad, en los diferentes sentidos que se distinguen, tanto en el derecho como en la ciencia jurídica y la teoría y filosofía del derecho. Adicionalmente, si concebimos el debido proceso penal como el conjunto de derechos penales y procesales penales que rigen la marcha del proceso penal, podemos decir que *el derecho al silencio es el corazón del debido proceso penal*: él es el que permite determinar de la manera más enfática el lugar del imputado, sus posibilidades jurídicas de defensa frente al poder de investigación y persecución penales por parte de las autoridades del Estado. La obra se estructura en tres grandes partes: Fundamentos teórico-metodológicos, Estudio dogmático y Análisis filosófico.

La **primera parte, Fundamentos teórico-metodológicos**, está dirigida a explicar los fundamentos teóricos-metodológicos en los que se asienta la obra. Por otra parte, su explicitación se considera *conditio sine qua non* para poder abordar, de manera rigurosa, los diferentes aspectos del derecho al silencio y las tesis que se discuten a su respecto. Esta parte consiste de cuatro capítulos. El capítulo I se titula *Postulados*

teóricos y enfoque metodológico y está compuesto por cinco secciones, a saber: “Tesis fundamentales de la concepción positivista del derecho y del conocimiento jurídico” (sección 1), en donde se explicitan las tesis fundamentales de dicha concepción, la cual habrá de regir a lo largo de todos los análisis emprendidos en la obra. “Sistema y orden jurídicos” (sección 2), en la cual se explican estas nociones partiendo de la teoría de Alchourrón y Bulygin. Sin embargo, se intenta también ofrecer una alternativa superadora de dicha teoría en algunos aspectos relevantes, integrando también esta teoría a la concepción *iuspositivista* expuesta en la sección anterior. “Identificación, producción y justificación del derecho” (sección 3), que constituye una prolongación de las dos secciones anteriores, en la medida en que se brinda una reconstrucción teórica, de estas tres tareas jurídicas, bajo el marco de la concepción *iuspositivista* y la teoría de los sistemas y el orden jurídico presentadas. “Problemas relativos a la indeterminación del derecho” (sección 4), en la cual se definen los diferentes tipos de indeterminación y se evalúa su alcance -en cada caso- en relación con el conocimiento jurídico. “Consecuencias teóricas para el análisis del derecho al silencio” (sección 5), donde lo expuesto en las cuatro secciones anteriores se aplica de manera general a aspectos centrales del derecho al silencio.

Un aspecto fundamental a resaltar como núcleo de este capítulo es, por una parte, la distinción entre el derecho y el conocimiento jurídico. Por otro lado, se encuentra la distinción correlativa entre la **producción del derecho** (que corresponde al derecho, en la medida que dicha actividad se haya autorregulada por el derecho, ya sea que se trate de la actividad de creación legislativa o de aplicación jurisdiccional) **y su identificación** (relativa al conocimiento jurídico), ya sea que esta se efectúe en el marco de una actividad teórica (como la dogmática jurídica) o práctica (como es la actividad legislativa o jurisdiccional). En este sentido, cabe observar que mientras la producción del derecho, es decir, la actividad legislativa y jurisdiccional, posee una naturaleza eminentemente práctico-normativa -desde el momento en que se trata de tomar una decisión (*i.e.*, el dictado de una ley o de una sentencia) sobre la base de normas, esto es, dictar normas jurídicas sobre la base de otras normas jurídicas que regulan su creación-, la identificación del derecho es una tarea teórica (en tanto no se trata de dictar normas, sino de informar acerca de su contenido).

No obstante, en tanto que la producción del derecho debe ajustarse a cierta regulación normativa para ser válida, ésta debe basarse en una previa identificación del derecho, que no por ser relativa o base para una tarea práctico-normativa pierde su carácter teórico. La identificación del derecho, por lo anterior, no sólo se distingue, sino que es previa a cualquier valoración del derecho: antes de posicionarse valorativamente ante las normas jurídicas (ya sea que lo haga un órgano competente o cualquier otro sujeto), es decir, a lo que ellas regulan y en el modo que lo regulan, hay que saber qué establecen. Si el derecho fuese indeterminado, su identificación no podría consistir en otra cosa que en determinar esto, explicando cuál es su causa u origen. Los órganos competentes se encargarán de colmar este vacío a través de la producción del derecho y la doctrina también podrá proponer soluciones de *lege*

ferenda. Así, la identificación del derecho (tarea teórica, registro de la razón teórica) se distingue tanto de su producción (tarea práctico-normativa, registro de la razón práctica) como de su valoración (actividad valorativa). En esta perspectiva, esta concepción del iuspositivismo, no se niega ni la posibilidad ni la racionalidad de la actividad legislativa o jurisdiccional en la toma de decisiones que han de efectuarse más allá de lo previsto por el derecho porque este se haya indeterminado. Incluso, el hecho de que el legislador o un tribunal se aparten -por razones de justicia- de lo establecido claramente por el derecho, es compatible con y explicable teóricamente en términos de nuestra manera de concebir el iuspositivismo. En efecto, al tratarse de una posición teórica, nada puede coherentemente decir ésta acerca de lo que debe o no debe hacerse desde un punto de vista moral, sino solamente lo que el derecho positivo prescribe. Se trata, en este sentido, de un positivismo metodológico y no ideológico.

El capítulo II, *Consideraciones sobre los sistemas procesales*, tiene por objeto explicar -de manera detallada- el sector de los ordenamientos jurídicos en el que se inserta la regulación del derecho al silencio. Es un capítulo fundamental, porque no es posible comprender acabadamente este derecho si no se examinan con profundidad tanto las características generales que definen a cierto sistema procesal, como las diferentes instancias o etapas procesales en las que se insertan las normas que configuran el régimen del derecho al silencio. Este capítulo posee tres secciones: “Sistemas acusatorios vs. sistemas inquisitivos (dos tradiciones jurídicas)” (sección 1); “Regímenes de las nulidades procesales: las reglas de exclusión probatorias” (sección 2); y “Sistemas de valoración de la prueba” (sección 3). Mientras que el carácter acusatorio, inquisitivo o mixto indica ya una cierta impronta en la regulación del derecho al silencio, la robustez o la debilidad de la protección que otorgue el derecho al silencio depende también, especialmente, del sistema de valoración de la prueba y del régimen de las nulidades procesales. Una tesis importante dentro de esta obra es que no es posible medir el alcance de la protección del derecho al silencio en un sistema jurídico, si no se analiza su relación con la articulación de estos tres ítems.

Quisiera destacar algunas particularidades del estudio que se emprende respecto de los sistemas procesales. En primer lugar, su tipología es examinada en función de tipos ideales, ello tanto en la tradición procesal como en la tradición *iusfilosófica*. Sin embargo, dicha tipología basada en tipos ideales es reexaminada a la luz de una perspectiva histórica y comparatista. Este último tipo de perspectiva se conecta, además, con una consideración de la condición material-simbólica que rige el funcionamiento de los sistemas procesales (como, por ejemplo, la distribución de los espacios en los tribunales y los roles y actividades de las partes de acuerdo con ellos, etcétera). Bajo esta luz, se efectúa un análisis detallado de las formas del interrogatorio en los diferentes tipos de sistemas procesales, especialmente los de tradición continental y del *common law*, así como su incidencia en el régimen jurídico del derecho al silencio (págs. 154-176). De esta manera, el análisis puramente normativo -es decir, aquél que se basa en lo que prescriben las normas jurídicas de

un orden jurídico, más allá de cómo se apliquen (o no) en la práctica– se conjuga con el análisis que se desprende de la aplicación de tales normas, en el marco de las posibilidades y limitaciones que surgen de su condición material-simbólica (las cuales no son parte del contenido de las normas, sino que, por el contrario, operan material y simbólicamente sobre él). El examen del régimen jurídico del derecho al silencio –de su alcance protector– quedaría incompleto, y algo deformado, sin este segundo tipo de consideración complementario del primero. La conjunción de lo que prescribe el conjunto de normas jurídicas relevantes con su condicionamiento material-simbólico es lo que determina la lógica o racionalidad del régimen jurídico (i.e., relación de medios a fines consecuentes o incongruentes, su alcance más o menos protector en relación con los objetivos declarados, etcétera).

El capítulo III, *Consideraciones para el análisis dogmático y filosófico del derecho al silencio*, posee seis secciones. La primera, “Derecho(s)”, “Obligación” y “Garantía”, se ocupa de elucidar estas tres nociones fundamentales y otras asociadas para, en suma, ofrecer una teoría descriptiva de los derechos, es decir, de los diferentes tipos de posiciones jurídicas que un individuo puede tener en relación con un sistema jurídico. A continuación, en la sección 2, “Dos derechos básicos”, se distinguen dos sentidos del derecho al silencio: como derecho contra las confesiones coactivas y como derecho contra la valoración del silencio. Luego en la sección 3, “Contextos procesales y elementos del derecho al silencio”, se abordan dos aspectos muy importantes para el análisis del régimen jurídico del derecho al silencio: los contextos procesales en los que se insertan sus normas y los elementos dogmáticos que cabe distinguir para su estudio. En la sección 4, “El “derecho al silencio” como un conjunto interrelacionado de derechos básicos y subderechos”, se efectúa una reconstrucción teórica de la complejidad de distintos tipos de normas y de destinatarios, que configuran el régimen jurídico del derecho al silencio como un todo organizado. En la sección 5, “Los problemas acerca del contenido (o alcance) de la protección”, se aborda de manera general un problema de capital importancia como es el de las zonas de protección, de no protección y de duda de protección del derecho al silencio. Por último, en la sección 6, “El llamado derecho a *mentir* del imputado”, se realiza un análisis general del sentido y alcance que podría tener este derecho y su relación con el derecho al silencio.

En la sección 3 cabe destacar que, entre los elementos del derecho al silencio, se distingue el contenido de la estructura de la protección. En relación con esta última, se distingue la estructura propia de los sistemas de la tradición jurídica del *common law*, de la de la tradición de los sistemas jurídicos continentales (*civil law*). El tratamiento explícito de estos dos tipos de estructura de la protección permite tener un conocimiento mucho más preciso de los regímenes jurídicos del derecho en una y otra tradición jurídica y, por ende, efectuar una comparación más adecuada en ellos. La primera parte se cierra con el capítulo IV, *Recapitulación*, en el que se indican los puntos y tesis centrales que atraviesan los capítulos y secciones anteriores, a modo de proyección de las coordenadas teóricas que habrán de regir en las dos siguientes partes.

La **segunda parte, Estudio dogmático**, está destinada a la presentación dogmática del régimen jurídico del derecho al silencio en algunos ordenamientos jurídicos vigentes, seleccionados en virtud de su particular relevancia: Francia (de tradición inquisitiva), Inglaterra y Estados Unidos (de tradición acusatoria), en su comparación con la Argentina (donde se conjugan ambas tradiciones). Se asume una perspectiva comparatista, principalmente en los sistemas de tradición romanista y de aquellos que pertenecen a la del *common law*. De esta manera, esta segunda parte se orienta eminentemente hacia la identificación del derecho al silencio en los diversos ordenamientos jurídicos seleccionados. Se trata, en los términos en que lo hemos planteado, de un ejercicio de la razón teórica (aunque de corte “científico” y no filosófico). Esta parte contiene cuatro capítulos; el capítulo I, *El derecho al silencio en el ordenamiento supranacional*, trata de los sistemas normativos de vocación universal (sección 1), como aquellos de vocación regional (sección 2). Ambos sistemas nos proveen una visión de las principales normas internacionales, relativas al derecho al silencio, y su inserción en el derecho interno.

En el capítulo II, *Tres ordenamientos modelo para el derecho al silencio*, se estudian sucesivamente el régimen del derecho al silencio en el sistema jurídico francés (sección 1), en el sistema jurídico de Inglaterra y Gales (sección 2) y en el de Estados Unidos (sección 3). En cada caso, se acompaña un anexo con la jurisprudencia más importante en la materia. El capítulo III está destinado a explicar el régimen jurídico del derecho al silencio en el sistema jurídico argentino, el cual contiene también un anexo jurisprudencial. Estos tres capítulos constituyen un ejercicio de derecho comparado, con criterios y ejes temáticos previamente explicitados y aplicados consecuentemente. Este análisis comparativo permite comprender más cabalmente la idiosincrasia propia de cada uno de los referidos regímenes jurídicos, al mismo tiempo que sus diferencias específicas con los otros. La segunda parte culmina con el capítulo IV, *Recapitulación comparativa*, en el que se establecen las principales similitudes y diferencias entre los regímenes jurídicos del derecho al silencio bajo análisis.

En la **tercera parte, Análisis filosófico**, se abordan dos problemas filosóficos diferentes que plantea el derecho al silencio, uno de tipo normativo y otro vinculado con la dimensión epistemológica de su valoración. Mientras que el primero de los mencionados problemas tiene que ver con la justificación político-moral del derecho al silencio y constituye, por ende, un ejercicio de la razón práctica, el segundo de los mencionados problemas implica un ejercicio de la razón teórica (aunque de orden filosófico y no científico). Con ello, se intenta dar cuenta de los problemas metodológicos que implica el abordaje del derecho al silencio, del estatus jurídico (*i.e.*, de la estructura y el contenido) del derecho al silencio (su estudio dogmático), así como de su valor (reflexión práctico-normativa) y los problemas epistemológicos que presenta su valoración. Todo lo anterior contribuye a proporcionar elementos para el análisis de su racionalidad subyacente. Así, el análisis dogmático se articula con herramientas teóricas, provenientes de la teoría general del derecho y de la filosofía. Conforme con lo expuesto, esta tercera y última parte está conformada por dos capítulos: *Problemas*

de la justificación político-moral del derecho al silencio (capítulo I) y *Problemas epistemológicos de la valoración del silencio del imputado* (capítulo II). El primer capítulo posee tres secciones. En la primera, se comienza con un debate contemporáneo entre los juristas Gregory W. O'Reilly y Barton L. Ingraham, para continuar en la sección siguiente con las tesis negativas que se han dirigido en contra del derecho al silencio. A continuación, se enuncian los argumentos positivos acerca de la justificación político-moral del derecho al silencio, ofreciéndose la defensa de un modelo robusto de protección –en comparación con uno intermedio y uno mínimo–. El capítulo II posee dos secciones. En la primera se efectúa un análisis general del silencio y la posibilidad de su interpretación en el derecho para, en la sección siguiente, abordar un problema tan importante como desatendido: el de la posibilidad epistémica y lógica de valorar racionalmente el silencio del imputado en el proceso penal.

Interesa destacar que, para ofrecer una justificación del derecho al silencio en sus dos sentidos básicos, se reconstruyen teóricamente –como ya se explicitó– tres modelos de protección que se denominan robusto, intermedio y mínimo. Se los reconstruye sobre la base de once variables, las cuales han sido extraídas de la amplia discusión previa que se nutre no solo de lo expuesto en la tercera parte –es decir, de las discusiones más filosóficas relativas a la justificación político-moral (según la evaluación tanto de argumentos empíricos como normativos)–, sino también de todas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han expuesto, en relación con los cuatro sistemas jurídicos estudiados en la segunda parte. Mediante una discusión analítica y pormenorizada, se defiende el modelo robusto de protección (*que se caracteriza, fundamentalmente, por prescindir por completo de la participación, colaboración o aportación de prueba, por sí mismo, del imputado para la prueba de su culpabilidad*), sobre la base de los siguientes principales argumentos *específicos* (hay otro *general* que tiene que ver con el respeto del Estado de Derecho): 1) que es supererogatorio y, por ende, inmoral, exigirle al imputado que colabore, por sí mismo, en la prueba de su culpabilidad; y 2) que solo el modelo robusto garantiza cabalmente la integridad (física y moral), autonomía y dignidad de la persona. Una de las premisas en que se asienta esta fundamentación es que un proceso penal, que depende para arribar a una condena de la confesión del imputado, será poco confiable y está expuesto a los abusos. Además, se analiza, la evitación de la confesión constituye un incentivo para arribar a una condena por evidencia externa (véase las págs. 1483-1497).

II. CLASICISMO, RACIONALIDAD, HISTORIA Y CULTURA EN UN LIBRO JURÍDICO ÚNICO, POR HORACIO CORTI

Muchas gracias, ante todo, por la invitación. Al ITAM en general, y en particular a los profesores Germán Sucar y Jorge Cerdio. La verdad es que es una alegría muy profunda poder estar en este momento compartiendo con ustedes el comentario de este libro del profesor Sucar, quien es, fundamentalmente, un amigo entrañable. Voy a tratar de ser lo más objetivo posible, que es además lo que él desearía.

Comienzo con un juicio general: este es un libro monumental. No solamente por su dimensión, sino por todas sus características. La originalidad, profundidad, rigor, cantidad de conocimientos y diversidad que uno encuentra en este texto lo hace de una singularidad notable. A mi juicio, no se parece a ningún otro libro. Y eso es algo realmente increíble. Los invito a que piensen en otro libro jurídico equivalente a éste (de su propia comunidad o de otra extranjera). Fui pensando en varios libros muy excepcionales y, la verdad, después me decía a mí mismo que, evidentemente, ninguno tiene punto de comparación con el libro del profesor Sucar. A pesar de la extensión, uno desearía que fuese más extenso. No sé si ustedes advirtieron un hecho singular: en cada nota al pie de página, aquí y allá, el autor dice «este punto no lo vamos a desarrollar». Es decir, de acuerdo con su propia capacidad investigativa, hay muchísimas cuestiones que no están adentro de este libro, por ser laterales, secundarias o porque extenderían aún más un libro que excede, si no me equivoco, las mil quinientas páginas. Sin embargo, el libro nos suscita la misma sensación que nuestras grandes novelas latinoamericanas: ¿Acaso no deseamos, cuando cerramos *La región más transparente*, *Los detectives salvajes*, *2666* o *Crónica de la intervención*, que estas novelas fuesen aún más extensas? Esa es mi sensación más profunda con respecto al libro que estamos presentando. Como no podría recorrer todos los aspectos para justificar lo que digo, me voy a detener solamente en tres: la estructura del texto, su metodología y un punto que ya fue mencionado porque, eso creo, es uno de sus momentos más fascinantes: el análisis (en un sentido ya renovado del término) de los interrogatorios.

Primero, la cuestión de la estructura. Me surge como síntesis una exclamación: ¡cuánto pensamiento hay en la estructura de este libro! Hay mucho pensamiento, claro está, en todo lo que el libro dice. Pero creo que también hay mucho pensamiento en cómo el libro muestra aquello que dice, cómo está organizado, cómo está articulado. Me imagino que, evidentemente, una parte esencial de la investigación ha consistido en construir una estructura, un andamiaje, que es absolutamente original y que, además, muestra algo poco usual. La palabra no me gusta, pero no encuentro ahora una mejor en la rapidez de la exposición: el profesor Sucar es alguien que tiene su propia *agenda*. Es decir, no hay en este libro ninguna agenda que provenga de un tercero, sea una persona, una escuela o un movimiento. Este libro construye su propio mapa de problemas, inquietudes, intereses, objetivos, amistades, enemistades, de sus reflexiones conceptuales en todo sentido. Es un ejemplo notable de algo extremadamente difícil: la libertad de pensar. Vuelvo a la estructura porque, también diría el profesor Sucar, no hay libertad sin rigor estructural. Aquella tiene un sinnúmero de propiedades, como por ejemplo, el equilibrio en la organización de los enfoques y las extensiones. La obra tiene tres partes, claramente. Una parte primera, metodológica. La segunda, dogmática o doctrinaria. La tercera, filosófica (aquí hay algo engañoso porque el espíritu filosófico está en todas partes, pero dejemos el asunto de lado). En otras palabras, cada parte tiene un estatus epistemológico en particular. Primero, una visión metodológica que va a ser posteriormente aplicada, la cual organizará el

recorrido de todo el texto; luego, el estudio doctrinario comparativo de los cuatro sistemas jurídicos considerados; por último, se encuentra la reflexión filosófica, con dos sectores.

Aquí me detengo para señalar una inquietud. En diversos lugares el texto utiliza la expresión “político-moral”. Refiero de memoria, así que espero no equivocarme, pero creo que lo hace cuando se refiere a la justificación filosófica (justificación que es político-moral), o cuando expone la tesis de los límites, definitoria del positivismo normativista (cuando se va más allá de los límites objetivos del derecho, se abre el espacio para el uso de estándares que son político-morales). Mi inquietud radica en el guion, que dice y no dice a la vez muchísimo. Creo que hay un contraste entre la capacidad analítica para distinguir significados, conceptos, planos categoriales o criterios en el interior del discurso del derecho, y esa indistinción que revela el guion que une lo moral y lo político, como si fuera de suyo. Sin embargo, moral y política son dos dimensiones diferentes de la vida social. Es más, uno de los tópicos de la teoría política consiste en dilucidar qué lugar ocupa, y qué lugar debe ocupar, la reflexión moral en el ejercicio de la acción política. Digamos que desde el siglo XVI (pensemos en Maquiavelo, en Moro, en Erasmo, en de las Casas) hasta el siglo XX (pensemos en Max Weber) el debate es continuo. Perdura, claro está, hasta el día de hoy. No se trata, está de más señalarlo, de una inquietud que genera en particular el texto que comentamos. Al contrario, creo que ese guion es el síntoma de una problemática que nos llevaría a replantearnos nuestros esquemas de comprensión más básicos del derecho. Dicho de otra manera, la conexión entre el derecho y la política es una cuestión teórica y práctica muy diferente a la referida a la conexión entre derecho y moral.

Continuemos con el texto. Si ustedes ven la parte metodológica, ella requiere aproximadamente trescientos cincuenta páginas. El corazón del libro, que es el estudio dogmático, ocupa unas setecientas páginas. Finalmente, encontramos otras trescientos cincuenta páginas dedicadas a la reflexión filosófica. Es decir, la cuestión introductoria metodológica ocupa un cuarto de libro; lo filosófico final ocupa también otro cuarto de libro, mientras que lo central (el estudio doctrinario del derecho al silencio) se extiende en medio libro. Es obvio que la proporción tiene un sentido en la lógica del texto. Equilibrio, claridad, precisión, orden y proporción son las principales características formales que tiene este libro. A falta de mejor término, resumo estas propiedades en la expresión “ideal clasicista”. Y si ustedes quieren —o yo lo afirmo sin más— el texto muestra una belleza clasicista. Uno podría decir que son propiedades inherentes a la tradición analítica; sin embargo, creo que sería una interpretación muy limitada. Yo diría, en cambio, que este estilo tiene otros orígenes: la convicción de que la fidelidad a la verdad requiere de la belleza y de la perfección de la forma.

Veamos lo siguiente. El compromiso con la verdad, así como los intentos de comprender la verdad, están en el centro de este trabajo. Por su parte, en la parte

filosófico-política hay también una visión del bien político, vinculado con cierta manera de entender ideas como Estado de Derecho, dignidad de la persona, derecho de defensa, debido proceso, etcétera. Al final, tal como hemos recordado, hay también una belleza estructural de todo el texto. ¿No encontramos aquí, justamente, el ideal filosófico del clasicismo, la posibilidad de conjugar, en un mismo movimiento espiritual, la verdad, el bien y la belleza? ¿No es clásica, acaso, la aspiración a que los conceptos de verdad, bondad y belleza puedan, en algún lugar de este mundo tan extraño, coincidir? Retomo el hilo. Vean ustedes que todo esto, a su vez, está sintetizado claramente en el subtítulo del texto. El libro tiene como subtítulo *Estudio metodológico* (ahí la primera parte); *dogmático* (la segunda); *filosófico* (la tercera), *desde una perspectiva comparatista en el plano nacional e internacional*, que es la característica que tiene la segunda parte de carácter doctrinario: comparar cuatro sistemas nacionales y aquel del derecho internacional. Todo lo tenemos expresado en el subtítulo. Claro, el título también tiene dos partes: del *derecho al silencio*, de ello han hablado ya mis colegas, pero también de ello habla todo el libro; es el hilo conductor del texto. Digamos así: es su objeto jurídico específico.

Sin embargo, hay otra expresión que tiene la misma entidad que el derecho al silencio: la *racionalidad jurídica*. Me detengo un momento en esta expresión. El libro le dispensa a la idea de racionalidad un tratamiento muy diferente que a la idea del derecho al silencio. No se le dedica una parte, un capítulo o un apartado, sino que es una idea que está en todo el texto –de alguna forma permeándolo–, mas no hay una reflexión análoga a la de otros aspectos conceptuales. Es, más bien, un término flotante. Creo, sin embargo, que esta es una de las cuestiones más interesantes del libro: encontramos más de una visión sobre la racionalidad. En ocasiones es un ideal, en el sentido en que Luigi Ferrajoli utiliza la expresión “razón jurídica”. Esta es la forma, históricamente fechada, a través de la cuál civilizamos el ejercicio del poder. En otras, es el indicador de un proceso, un movimiento histórico de racionalización, el cual viene de la tradición sociológica inaugurada por Max Weber. No obstante, creo que hay otro sentido, también usado cuando se habla de la lógica interna de un sistema, procesal o jurídico. Allí, se alude a una especie de racionalidad inherente a la forma de resolver conflictos o ejercer el poder. Digamos, es una visión más *foucaultiana* de lo que es la idea de racionalidad: el poder se ejerce racionalmente en la medida en que hay un pensamiento implícito en sus formas. La razón, externa al poder, lo tiene por objeto; pero la razón es también la forma inteligente, y barroca por cierto, de ejercerse ese poder. Razón, derecho y poder forman un triángulo conceptual. Además, en el libro se distingue entre razón teórica (o teórico-explicativa) y razón práctica (o práctico-normativa), distinción a partir de la cual se trata diferenciadamente el uso de la razón en el marco teórico (filosófico o dogmático), y en el marco de la producción o ejercicio del derecho. Nos faltaría otro libro del profesor Sucar, donde debatiera todas estas cuestiones, hiciera sus distinciones y nos pudiera aclarar lo que para mí son simplemente comentarios ante un texto abrumador.

Tal vez, parte de la elegancia del texto –y de un texto tan extenso– consista en no decir todo, en no analizar todas las palabras y conceptos. No simplemente porque es imposible (o porque sería imposible hablar, como le sucedía al narrador de una famosa carta), sino porque atentaría contra la belleza del conjunto. Finalmente, se debe dejar que los lectores trabajen por su propia cuenta y riesgo. Tengo también un par de palabras sobre la primera parte metodológica, y sobre cómo se llega a la cuestión de los interrogatorios. Acá ya hay muchas tesis clásicas del profesor Sucar (expuestas en su libro sobre la verdad y en numerosos ensayos complementarios)¹, las cuales están desarrolladas de forma muy profunda. Por ejemplo, está la idea de que ante cualquier problema jurídico uno tiene que explicitar qué visión se tiene de la naturaleza del derecho y del conocimiento jurídico; cuestiones metodológicas que, en general, en los libros de doctrina son implícitas. Él, en cambio, explicita todo lo que utilizará metodológicamente; asume su visión del derecho como un positivismo normativista convencionalista y sobre dicha base desarrolla, entre tantas otras cosas, una teoría de los derechos. Aquí hay una diversidad de categorías puestas en juego: descomposición de los derechos en sub-derechos; formación de un régimen jurídico; identificación de derechos asociados; visiones estática y dinámica de los derechos, etcétera. Este arsenal de categorías y clasificaciones será luego utilizado para ordenar el análisis de cada uno de los ordenamientos jurídicos, en la segunda parte. Cada una de estas aproximaciones y distinciones abre muchísimas discusiones. Un caso paradigmático es el de orden y sistema jurídico. El profesor Sucar señala que, junto al profesor Cerdio, «estamos reflexionando sobre esto» y, en una nota al pie, anuncia un libro futuro sobre esa cuestión. Quiero decir: cada punto que es tratado da lugar a una reflexión, una crítica, un desarrollo futuro. Nada es receptado sin más; receptar, en esta obra, es recibir y volver a pensar.

Una de las tantas vías de investigación pasa por desmenuzar los sistemas procesales en los cuales se insertan el derecho al silencio: lo acusatorio y lo inquisitivo; esta distinción, por lo demás, ya no es la misma luego de este texto. Sobre esta cuestión, el profesor Sucar se refiere minuciosamente a las narraciones de doctrinarios (especialistas en derecho procesal) y filósofos (como el aludido Luigi Ferrajoli)². Claro, en su estudio no puede dejar de notar que ellos construyen tipos ideales y hacen un uso peculiar de la historia. Él no lo dice así, pero yo creo que un uso imaginario es el uso que habitualmente le damos a la historia (porque me incluyo en la doctrina). En general, cuando hacemos doctrina, nos construimos una historia *ad hoc* de nuestras instituciones jurídicas. Yo me dedico al derecho constitucional financiero y, en dicho ámbito, nos contamos historias. Por ejemplo, hacemos una historia del

¹ Véase, por ejemplo, Germán Sucar, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Germán Sucar y Jorge Cerdio (eds.) *Derecho y verdad*, vol. II, *Genealogía(s)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, y vol. VI, *Problemas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

² Véase, Primera Parte (Fundamentos teórico-metodológicos), capítulo II, *Consideraciones sobre los sistemas procesales* (págs. 107 a 249).

principio de legalidad en materia tributaria, que va desde la Carta Magna (uno de los pactos a través de los cuales se ha plasmado la exigencia del consentimiento) hasta el principio de reserva de ley, tal como figura en las constituciones actuales. Nos contamos a nosotros mismos que hay una continuidad de casi mil años en esa historia. En muchas ocasiones, además de la continuidad, se afirma una teleología, una intencionalidad, incluso una evolución y un progreso. Todo esto no supera ningún criterio de rigurosidad histórica; sin embargo, para nosotros, en el interior de la práctica jurídica, esto es el ABC. Eso es lo mismo que hacen, de alguna forma, los procesalistas o, más aún, el propio Ferrajoli, cuando hace su relato, también milenario, de las tres etapas del desarrollo del derecho occidental.

Creo que ante esta situación, el profesor Sucar dice algo muy sencillo, muy obvio y, a esta altura, absolutamente inusual: *hay que ir a los historiadores*. No a los doctrinarios que reconstruyen a su manera sus antecedentes o a los filósofos del derecho, en general portadores (conscientes o inconscientes) de una filosofía de la historia, sino a los historiadores de las fuentes primarias. Eso es lo que hace el texto que comentamos que, frente a las lecturas usuales estandarizadas, nos invita a leer al profesor Robert Jacob, uno de los intelectuales inevitables para la comprensión actual del derecho. Y claro, Robert Jacob hace una historia de la cultura y otra de lo sagrado, ampliando así nuestros horizontes de formas inimaginables³. Robert Jacob, y con él el profesor Sucar, nos invitan a internarnos en la profundidad de una historia de la cultura. Dice el texto, luego de ese recorrido: «todo lo que dije antes muestra» —y cada palabra está meditada— «la estricta relevancia de la historia del derecho para la teoría y la filosofía del derecho». No podría hacerse rigurosamente teoría y filosofía del derecho sin una historia, pero no la historia imaginaria, sino la historia como la hacen los historiadores y en su amplitud cultural. En este mínimo gesto metodológico creo que hay, también, una interesante novedad para la tribu de los llamados positivistas normativistas convencionalistas, en cuyos textos, y antes en sus investigaciones, la perspectiva histórica no ocupa un lugar protagónico. También, paralelamente, hay un desplazamiento respecto de las visiones críticas habituales, donde la historia, en general, es más declamada que realizada.

Voy concluyendo con otro elemento. Mientras uno va leyendo el texto, nos percatamos que tiene cierta naturalidad, una fluidez que nos arrastra. Pero también tiene algo de intriga ¿no? Porque el relato va manteniendo la atención, va diciendo lo que en cada momento se está haciendo, pero también hay un manejo de las expectativas: los temas, las cuestiones aparecen gracias a una maestría narrativa, en general ausente de nuestros libros doctrinarios. Hay una estrategia para captar la atención

³ Entre su vasta obra, bastará aquí con señalar, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, París, PUF, 2014 (traducción castella: *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, con una presentación de Germán Sucar: "Sacro judicial y filosofía del derecho"); y *Les Formes premières du droit en Occident*, vol. I, *La parole impérieuse*, París, PUF, 2020.

del lector, que es llevado en medio de intrigas conceptuales. En fin, llegamos la cuestión de los interrogatorios⁴. Luego de pasar revista a los sistemas procesales, el texto se embarca en cuestiones procesales muy precisas, como si el autor nos dijera “dejemos un poco los grandes paisajes (lo inquisitivo, lo acusatorio) e internémonos en los detalles”. En esos territorios, encontramos unas secciones realmente geniales sobre la motivación y la fundamentación de las decisiones judiciales, los jurados, la valoración de la prueba, las nulidades procesales, las reglas de exclusión, etcétera. En ese contexto, trata la cuestión del interrogatorio del imputado. Sólo me quiero detener en un aspecto de su estudio: la consideración de una dimensión que el profesor Sucar denomina “material-simbólica”. En términos de Antoine Garapon, que es una de sus referencias, se trata del aspecto ritual del proceso judicial, pero eso incluye un sinnúmero de elementos: el lugar en el cual se desarrolla el proceso, las características arquitectónicas, los diferentes diseños de las salas, la ubicación de los actores, las distancias, los planos, las alturas, las imágenes. Son una serie de fenómenos que no son ornamentales o accesorios, sino que tienen una incidencia, directa o indirecta, explícita o velada, en la propia práctica jurídica que allí se desarrolla. Hay una imbricación -a dilucidar- entre los aspectos normativos, conceptuales, rituales, simbólicos, emocionales y arquitectónicos del derecho.

Este camino, claro, ya no implica solamente abrirse a la historia. Es también abrirse a la dimensión cultural y simbólica del fenómeno jurídico. Aquí veo la huella y la herencia de Enrique Marí, con sus conceptos de dispositivo del poder, discurso del orden e imaginario social⁵. Esos conceptos, que en general hemos mantenido en estado de programa, en este libro están llevados a la práctica de la doctrina jurídica. Hacer esto es algo realmente muy, muy difícil, porque implica abrir el foco y aportarle a los estudios jurídicos una profundidad de campo a la que, salvo excepciones, no estamos habituados. Concluyo aquí un poco abruptamente para no excederme en el tiempo. Muchísimas gracias por haberme permitido decir algunas palabras sobre este libro único, así como por la atención que han tenido al escucharme.

III. REFLEXIONES SOBRE *DERECHO AL SILENCIO* Y *RACIONALIDAD JURÍDICA*, POR LUÍS GRECO

Dividiré mi reflexión en dos bloques. Por una parte, voy a destacar lo que me parecieron ser los puntos más interesantes y notables de la obra (1). Por otra parte, voy a hacer algunas observaciones en la forma de puntos críticos o preguntas (2).

⁴ Véase, Sección I, apartado III (del capítulo II de la Primera Parte), titulado “Observaciones finales: la importancia de la exigencia y de las formas del interrogatorio para el régimen jurídico del derecho al silencio” (págs. 154-176).

⁵ Piénsese aquí, por ejemplo, en su libro *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, Hachette, 1983; o en su compilación de ensayos reunidos en dos volúmenes bajo el título *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993 y 1996.

1. Puntos interesantes y notables de la obra

Al respecto me concentraré en cuatro aspectos:

A) Para comenzar destaco que la obra asume, en el *plano metodológico*, un *positivismo convencionalista normativista*. Aquí, sin embargo, como se verá a continuación en el punto 2., tengo un desacuerdo con esta manera de mirar el derecho. Ahora bien, con independencia de la corrección de las consideraciones de teoría general del derecho y de las premisas metodológicas, considero muy importante el esfuerzo constante por la analiticidad y por la precisión.

B) En segundo lugar, una de las grandes virtudes del libro es la distinción entre dos sentidos básicos del derecho al silencio (derecho contra las confesiones coactivas y derecho contra la valoración del silencio). Esto tiene un gran valor, en tanto eje o columna que coordina la explicación de derecho comparado, y también es importante porque permite una racionalización del debate.

C) Otro aspecto importante de la obra (sobre el que también volveré al final) es la insistencia en la naturaleza holística del derecho al silencio como un componente dentro de un sistema y, más específicamente, que en ella se niegue que exista algo como la esencia del derecho al silencio, y se enfatice que los ordenamientos concretos configuran este derecho cada uno a su manera. Esta idea de que ningún instituto procesal puede ser estudiado aisladamente me parece una observación muy correcta, muy importante. Un derecho al silencio en un sistema procesal en el que exista la posibilidad de valorar negativamente el silencio tiene, en efecto, un significado que no tendrá en un sistema en el cual no se admite esa posibilidad. Asimismo, destaco como un aporte el hecho de clasificar los diferentes regímenes jurídicos del derecho al silencio en diferentes modelos de protección más fuertes o más débiles.

D) Por último, lo que como no-positivista más me interesó es que en el final del libro, en la parte que se dedica a la discusión político-moral, sobre los fundamentos extrasistemáticos del derecho al silencio, se ensaye una fundamentación del derecho al silencio. Esta se apoya en dos grandes columnas. La primera es una suerte de argumento sistémico o consecuencialista: en un sistema donde no hay derecho al silencio o su protección es muy débil porque solo se contempla el derecho al silencio como derecho contra las confesiones coactivas, pero no el derecho al silencio como derecho contra la valoración del silencio, no se despliegan suficientes esfuerzos por buscar la verdad, no se aprende a investigar porque se confía en la confesión. La segunda es el argumento relativo a la inmoralidad de exigir que el imputado se entregue, de que no se resista el castigo. En el libro se defiende un modelo robusto de protección que, además, en el nivel del derecho positivo, se lo ve principalmente realizado en Argentina.

Paso ahora a mis comentarios críticos.

2. Observaciones: puntos críticos y preguntas

En este rubro, tengo tres principales consideraciones:

A) Primero, una pregunta de tipo metodológica (que se conecta con la que viene a continuación). No comparto, como ya dije, el punto de vista iuspositivista. No me parece que sea posible construir el contenido de un derecho, como el derecho al silencio, sin tener primero esclarecida su justificación político-moral. Me parece que el problema que aparece al final del libro, sobre la fundamentación político-moral del derecho al silencio, debiera estar al principio. Si yo hubiese escrito el libro, mi primera preocupación habría sido esta última. Ello así porque, de esta fundamentación, se deriva mucho sobre el contenido y el alcance concreto del derecho al silencio, sobre su fuerza.

Esta observación, en sí misma, no representa un problema. Para ello, habría que probar que hay alguna cuestión que el libro no resuelve como consecuencia del mencionado abordaje. Esto no me pareció, pero tampoco he podido profundizar la reflexión suficientemente como para descartarlo. Sin embargo, quisiera observar que Germán, al comienzo de la exposición del día de hoy, dijo que el derecho al silencio es el corazón del debido proceso. Me pregunto si esto no es una confesión de no-positivismo. La propia idea de debido proceso, me parece que sólo es capturable si se acepta que existen baremos de corrección y de justificación de los institutos procesales, que van más allá de la configuración del derecho positivo concreto.

B) Mi segunda observación tiene que ver con el contenido de la fundamentación extrasistemática del derecho al silencio. El primero de los fundamentos que se desarrollan en la obra me convence completamente: donde no hay derecho al silencio, o está muy débilmente protegido (por solo contener el derecho al silencio como derecho contra las confesiones coactivas, pero no el derecho al silencio como derecho con la valoración del silencio), no se aprende a investigar y se confía en la confesión. Parece que está históricamente confirmado que, cuando surge el proceso inquisitivo, la verdad empieza a importar. Asimismo, cuando no se tienen medios fuertes de investigación, no se tiene una técnica criminalística desarrollada, por lo que no queda más que la confesión y todo el proceso se basa justamente en obtener dicha confesión; en la medida en que se consigue tener otros medios de obtener la verdad, comienza a volverse posible no depender de la confesión para probar el delito. Prohibir las confesiones coactivas equivale a decir que las autoridades deben esforzarse por obtener la verdad. Esto me convence completamente.

Pero el segundo argumento lo veo un poco frágil. Específicamente, no sé si, de hecho, hablar en el proceso en contra de uno mismo es una acción supererogatoria. Es intuitivo que la persona imputada no tenga que contribuir con su propia autoincriminación, su propia punición, pero aquí creo que se necesitaría algo más

en el sentido siguiente: ¿hasta dónde llega este derecho de no contribuir con la propia punición? O sea, ¿qué es lo que el imputado puede hacer?; ¿puede no hablar o puede también mentir? En el libro, se defiende (junto con el llamado modelo robusto), que el imputado pueda mentir (así lo es, de hecho, como se explica en la obra que comento, en algunos sistemas jurídicos: en el francés y argentino, a diferencia del inglés y norteamericano). Pero el imputado ¿puede incluso inculpar a otro falsamente, matar al juez del caso, escaparse y destruir las pruebas? El imputado puede tener un interés en no autoincriminarse, pero el paso de un interés a un derecho carece en la obra de una fundamentación; falta una justificación de por qué la autopreservación respecto de la punición es considerada como un derecho en sentido fuerte.

C) Por último, me pareció muy interesante que el modelo robusto se vea representado especialmente en Argentina. El propio libro lo revela como algo contraintuitivo porque, creo, normalmente se mira para Europa y se piensa que ahí están los modelos a seguir, y que lo que se hace en el mundo latino está siempre mal. Uno se sorprende en este momento, pero lo que yo también me pregunto en este punto es: ¿en qué medida esta robustez del modelo de protección del derecho al silencio –volviendo a la idea del holismo, que está muy bien plasmado en el inicio del libro– no necesita de mecanismos de compensación en otro lugar, para permitir que pueda llegarse a condenas?

En una ocasión, una procesalista española –Lorena Bachmaier – dijo lo siguiente en un seminario: en el proceso, “*water finds its ways*”. Los procesos deben llegar a una cierta cantidad de condenas; algunos de los que cometen delitos deben ser condenados; si no, no sé lo que pasaría: la sociedad se desintegraría, los bienes jurídicos ya no serían protegidos, no lo sé; pero al final, una cierta cantidad de procesos debe llegar a condenas. La pregunta que aquí me hago es ¿en qué medida la justicia argentina llega a condenas a pesar del modelo robusto de protección del derecho al silencio? Pongo un ejemplo relacionado, de otro sistema jurídico: el hecho de que un proceso contenga más derechos para el imputado no significa que llegue a las mejores condenas. El proceso norteamericano que, en muchos aspectos tiene muchos derechos en el proceso penal, posee un mecanismo como el *plea bargaining*, que permite que se condene sin tener que obedecer estos derechos, escapándose de ellos. Entonces, me pregunto si en Argentina no existen también este tipo de mecanismos de compensación y cuáles son sus consecuencias.

Al final, uno ve la riqueza y complejidad del tema y la cantidad de preguntas que un libro serio y ambicioso como éste genera, incluso en alguien que apenas lo ha leído de forma superficial. Concluyo diciendo enhorabuena por esta obra que, seguro, va a ser el baremo para la discusión de las próximas décadas. Haber hecho esto, y haber provocado no sólo las reflexiones que surgen en estas tres hojas, sino las que van a surgir en las próximas décadas, son el gran mérito de este libro.

IV. COMENTARIOS SOBRE *DERECHO AL SILENCIO*
Y *RACIONALIDAD JURÍDICA*, POR MARY BELOFF

1. En estos tiempos pandémicos y virtuales, encarar la lectura de *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* podría parecer, a primera vista, una misión imposible. Imposible por varios motivos: porque se trata de una obra clásica (estilo *tratado*, regresaré a este aspecto en un momento), escrita en un formato clásico (libro impreso de excelente factura, cosido, con tapas duras), sobre un tema clásico (el análisis de un derecho fundamental) y, como elemento condicionador de todo lo anterior, de un tamaño enorme, monumental. Todas esas características permitirían considerar el texto como “contra-cultural”, en una época en la que la producción científica en derecho se caracteriza por la velocidad entre su ideación y su producción, por el formato descuidado (crecientemente virtual, aunque también en papel), por el también descuidado sostén en referencias (en muchas ocasiones producto de investigaciones que apenas observan los temas considerados, como quien nada con un *snorkel*) y por presentar temas a la moda. Sin embargo, son tanto su clasicismo como su estética lo que convierten a *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* en una obra de lectura imprescindible. Y es que *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* es monumental, pero ya no en su sentido coloquial (¡tamaño libro!); lo es en la literalidad de la palabra. *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* es un monumento a la mejor tradición científica, en derecho, en el ámbito continental latinoamericano.
2. La aparición de *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* sacude un ámbito jurídico acostumbrado a la argumentación complaciente, al menos en su conexión con el proceso penal. Con ella, se constituye un hecho científico que, a pesar de su extensión y profundidad de análisis, provoca muchos interrogantes que dejan sendas abiertas para investigaciones futuras, tal como se espera de un investigador riguroso. En ese sentido, en los próximos años discutiremos su método y sus contenidos, como sucede siempre que aparece un gran libro. Hablamos de una obra acerca del alcance de un derecho fundamental; por lo tanto, de un libro de derecho constitucional, también de derechos humanos y teoría del derecho, y hasta de derecho comparado pero, sobre todo, un libro de derecho procesal penal; por lo menos, desde ese lugar es de donde lo leo y desde donde provienen los comentarios que siguen.
3. La obra aborda cuestiones que nos planteamos con frecuencia los juristas que nos dedicamos al derecho penal y procesal penal, pero que no nos hemos tomado el trabajo de hacer lo que su autor lleva adelante. Esto es así, no sólo por las características de estructura y contenido de la obra, sino también porque llena un vacío que el autor mismo señala:

Pese a que los estudios sobre el tema son muy numerosos, éstos resultan –a nuestro juicio– deficitarios en varios aspectos, entre los cuales hay tres que nos parecen particularmente significativos: la desatención o escasa profundidad de los desarrollos comparatistas, la falta de rigor filosófico para abordar algunas cuestiones centrales, y la ausencia completa de abordaje metodológico. Esta última nos parece, con mucho, la falencia más grave y, al mismo tiempo, sin embargo, más acusada en la bibliografía⁶.

Por ese motivo, *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* es una contribución extraordinaria a la disciplina. Reconocer la “desatención o escasa profundidad”, “la falta de rigor filosófico” y “la ausencia completa de abordaje metodológico” en las producciones académicas del campo revela coraje científico, pero tiene el valor adicional de constituirse en un aporte en el terreno de la enseñanza de la materia. No sólo se señala el vacío, sino que se lo interpreta y llena de sentido. En los últimos años, en nuestra región, muchas veces los *penalistas* (deberíamos encontrar una palabra mejor) nos inventamos y contamos historias (en general en confrontación, como inquisitivo/acusatorio), que tienen una importante fortaleza comunicativa. Para eso creamos conceptos que lúcidamente alguien llamó *zombies*, porque siguen operando luego de que se acabó su sentido o justificación original, sin preocuparnos suficientemente por precisar los alcances de las categorías jurídicas sino en función de su acomodamiento a la historia. Luego, con todo ello, quedan instaladas narrativas que se utilizan en la enseñanza, con el efecto de imposibilitar la reflexión crítica de los futuros abogados. Por eso, quiero volver a destacar el valor metodológico y crítico, a la vez que pedagógico, de esta obra para el derecho procesal penal, así como también para la investigación en derecho en general.

4. Por las características señaladas al comienzo puedo situar a *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* junto con dos obras fundamentales de las ciencias penales. Por un lado, encuentro parecidos evidentes entre *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* y *Derecho y razón* del gran maestro Luigi Ferrajoli, el *Opus Magnus* del garantismo penal; también los encuentro con *Principia iuris*, esos tres tomos tremendos que fundan el derecho moderno. Hay identidad en la estructura, en la erudición y rigurosidad, ciertamente en los temas abordados, hasta en la estética de obra clásica. Al mismo tiempo, se trata de un libro de largo aliento y, también, por esa razón, todo un *programma*. Mientras lo leía pensaba lo que resultaría de aplicar su metodología a otros derechos y garantías penales y procesales penales. Si fuera posible, en relación con ellos se colmaría el mismo tipo de vacío que esta obra llena respecto del derecho al silencio. De lograrlo, sería un programa para un curso de derecho penal y procesal penal completísimo, como el del maestro de Pisa.

⁶ Págs. 11-12.

5. Comparto con el autor la idea de que el derecho al silencio es el corazón del debido proceso. No obstante, pese a su relevancia, ni la teoría procesal clásica ni las reformas procesales que tuvieron lugar en el último cuarto de siglo en América Latina le han prestado mayor atención. Se creyó que con sólo cambiar el modelo de legislación procesal (con sustituir uno de tipo inquisitivo o mixto por otro de estilo acusatorio, también llamado adversarial), se acabarían los problemas de la justicia penal, centralmente los de la adecuada garantía de los derechos de una persona sometida a un proceso penal, así como la satisfacción de los fines preventivos y reparatorios del derecho penal. Con las resonadas reformas, supuestamente se alcanzaría una etapa de “felicidad penal”, en tanto las creencias que las sostenían eran más cercanas a lo político-emocional que a lo científico-racional. La obra muestra la falsedad de esta narración, devenida de un presupuesto político-criminal o, mejor, político a secas. Ello por muchos motivos pero, entre otros, porque no ha habido un cambio en la conceptualización del derecho al silencio. En la República Argentina, donde el sistema acusatorio rige en varias provincias desde hace décadas, el cambio de sistema de enjuiciamiento criminal no modificó las prácticas a este respecto.
6. Para concluir, me gustaría dejar tres comentarios críticos, o más bien preguntas, a la obra desde el ámbito del derecho procesal penal. En primer lugar, no estoy segura de que en la obra se haya encontrado una justificación suficientemente convincente para el modelo robusto de protección del derecho al silencio que se defiende; si bien constituye un avance harto significativo, sobre todo por la sistematización de los argumentos y la reconstrucción de modelos de protección. Entiendo que a partir de ella se facilita enormemente la búsqueda, pero queda un camino por recorrer. Es razonable la justificación que se sostiene sobre la idea de que el derecho al silencio sirve para que los Estados aprendan a investigar, al superar prácticas inquisitivas sostenidas casi exclusivamente sobre la confesión y la prueba tasada; pero es una justificación empírica que no encuentra corroboración en la experiencia latinoamericana relativamente reciente. Regreso al ejemplo de Argentina, donde el cambio de los sistemas inquisitivos o mixtos por acusatorios no provocó un cambio de consideración jurídica y/o en la práctica judicial, respecto del derecho al silencio.

En sistemas donde no se investiga (flagrante-dependientes), ciertamente se logran ahora condenas más rápidas a través de mecanismos transaccionales abreviados, con lo que se cumplió en cierto sentido con la finalidad de reducir el fenómeno del preso sin condena en América Latina. Sin embargo, esto trajo el precio de propagar condenas sin juicio (curiosa reforma la del “juicio oral”, que consagró las condenas sin juicio), además de que subsisten situaciones considerables de presos sin condena. Por esa razón, en el plano empírico, no hay lección aprendida. En este sentido, no parece que

el modelo robusto de protección del derecho al silencio haya logrado la finalidad señalada. En segundo lugar, no se considera una cuestión compleja, la cual se relaciona con la idea del deber del ciudadano de colaborar con la justicia penal. En particular, me refiero a la existencia de mecanismos consagrados legislativamente, en todos los países de la región, a partir de la introducción de los nuevos sistemas de enjuiciamiento criminal, como los de delación premiada, arrepentidos, etc., que operan en abierta tensión con derechos y garantías fundamentales del programa constitucional y convencional. En tercer lugar, queda pendiente analizar también (no desde una perspectiva jurídica, sino social y antropológica), tal como se ha hecho mención en una de las presentaciones, cuál es el valor cultural que asignamos como comunidad a la confesión y al silencio. Un estudio de ese tipo cerraría el círculo abierto con este libro.

7. *Derecho al silencio y racionalidad jurídica* es una obra seria, exhaustiva y ambiciosa. Anímense a su lectura. Se verán recompensados.

V. RESPUESTAS EN FORMA DE DIÁLOGO, POR GERMÁN SUCAR

En estas páginas quisiera intentar entrar en diálogo con los aspectos críticos de las presentaciones de mis colegas y amigos Horacio Corti, Luis Greco y Mary Beloff, con el ánimo de reflexionar a la vez que precisar algunos puntos de la obra bajo consideración. Adelanto que todos ellos son muy incisivos y valiosos y que me permiten, en gran medida, avanzar en la intelección de muchos y diversos temas, así como en cuestiones de la mayor importancia. Así que, por adelantado, les expreso también mi profundo agradecimiento. Seguiré el orden de las presentaciones, de manera que comenzaré con las observaciones del Dr. Horacio Corti **(1)** y seguiré con las del Dr. Luis Greco **(2)** y concluiré con las de la Dra. Mary Beloff **(3)**.

1. La observación de Horacio que me gustaría retomar se refiere a mi uso de la expresión “político-moral”, en el sentido de que, en lugar de distinguir la política de la moral, por cuanto se trata de dos dimensiones diferentes de la vida social que aparecen unidas, habría que dilucidar qué lugar debe ocupar la moral en el ejercicio de la acción política. Al respecto apunta también que la conexión entre el derecho y la política es una cuestión teórica y práctica, muy diferente a la referida a la conexión entre el derecho y la moral.

En un sentido general, la observación de Horacio me parece no solo importante, sino también adecuada. No obstante, entiendo que no es aplicable al ámbito específico en que se desarrolla mi argumentación y que él mismo señala –centralmente, la justificación filosófica (normativa) del derecho al silencio. Ello así porque en la justificación filosófica (normativa) del derecho al silencio, como de cualquier otro derecho, la moral no puede sino constituir un límite insalvable para la política.

Dicho de otro modo, para que una justificación filosófica (normativa, en este caso del derecho al silencio) resulte adecuada, las decisiones políticas (ya sean de orden legislativo o judicial) no pueden transgredir los principios morales que se reconocen válidos desde una teoría de la justicia. El guion de la expresión “político-moral” indica esta unión, atravesada por este límite. Eso es algo que no estaba aclarado en el libro, por lo que agradezco a Horacio que me haya hecho reflexionar al respecto y ofrecer esta precisión.

En el marco de sus (innumerables) elogios, –que estimo justos, sin por ello dejar de destacar su generosidad– esta única observación aparece como muy modesta. Quisiera por ello retomar aquí algo que Horacio me dijo en el marco de una conversación sobre este libro, una frase tan corta como rica en significado, que alude al sentido último del libro: “tu libro denota una gran confianza en el derecho, en los derechos”. A esta observación le respondí lo siguiente: que en un sentido la estimaba correcta y en otro sentido no. Correcta, en cuanto a que en la práctica los juristas (tanto teóricos como prácticos) suelen ser, de hecho, poco rigurosos conceptual y metodológicamente en sus planteamientos y argumentaciones; incorrecta, en tanto esta situación de hecho no implica que no sea posible y deseable efectuar planteos y argumentaciones rigurosas conceptual y metodológicamente (como pretendo demostrarlo ampliamente a lo largo de todo el libro). Si bien es cierto que el derecho es un ámbito particularmente controvertido, donde pocas veces hay lugar para las opiniones absolutamente concluyentes, no es menos cierto que con rigor conceptual y metodológico se puede discutir con mucha seriedad. Así, se consigue no solo desechar muchos argumentos como incorrectos, sino también calificar unos como mejores que otros, por lo menos en la mayoría de los casos. En cualquier caso, el derecho puede carecer de exactitud, pero no de rigor. Incorrecta también es la presunción –y esto para mí es muy importante–, si por confianza en el derecho se alude a que considero que el dirimir los conflictos sociales a través de la técnica de los derechos es la única o la mejor manera de hacerlo (a este respecto, son muchas las críticas que se pueden hacer y de las que no me ocupó en el libro, y tampoco puedo hacerlo aquí).

2. Luís Greco, me ha formulado tres observaciones críticas.

Su primera observación tiene que ver con la concepción acerca de la naturaleza del derecho, y del conocimiento del derecho, que asumo en la obra: el positivismo, normativista y convencionalista. Al respecto, la observación crítica de Luís posee dos aspectos. A fin de reflexionar adecuadamente sobre ellas y ensayar una respuesta, convendrá citar el texto que las contiene literal y completamente:

Primero, una pregunta de tipo metodológica (que se conecta con la que viene a continuación). No comparto, como ya dije, el punto de vista iuspositivista. No me parece que sea posible construir el contenido de un derecho, como el derecho al silencio, sin tener primero esclarecida su justificación político-moral. Me parece que el problema que aparece al final del libro, sobre la fundamentación político-moral del derecho al silencio, debiera estar al principio. Si yo hubiese escrito el libro, mi primera preocupación habría sido esta

última. Ello así porque, de esta fundamentación, se deriva mucho sobre el contenido y el alcance concreto del derecho al silencio, sobre su fuerza.

Esta observación, en sí misma, no representa un problema. Para ello, habría que probar que hay alguna cuestión que el libro no resuelve como consecuencia del mencionado abordaje; y esto, no me pareció, pero tampoco he podido profundizar la reflexión suficientemente como para descartarlo. Sin embargo, quisiera observar que Germán, al comienzo de la exposición del día de hoy, dijo que el derecho al silencio es el corazón del debido proceso. Me pregunto si esto ya no es una confesión de no-positivismo. La propia idea de debido proceso, me parece ya que sólo es capturable si se acepta que existen baremos de corrección y de justificación de los institutos procesales que van más allá de la configuración del derecho positivo concreto.

Para poder responder al primer aspecto, a su observación-pregunta, me es necesario efectuar una distinción entre lo que llamaría el orden de exposición y el orden de fundamentación, en relación con la justificación político-moral del derecho al silencio. Si tomamos en consideración el orden de fundamentación, Luís tiene toda la razón: desde un punto de vista lógico, la justificación político-moral que se tenga del derecho al silencio es lo que ha de determinar la configuración del régimen jurídico del derecho al silencio. Más precisamente, determina si habrá de plasmarse un modelo robusto, intermedio o mínimo y con qué características precisas. En este sentido, sin embargo, esta idea es la que se asume, de hecho, en el libro, aunque sin explicitarla quizás suficientemente. Lo que puede llevar a error al respecto es el hecho de que –como señala Luís– la discusión acerca de la justificación del derecho al silencio está al final de la obra, en la Tercera Parte, luego de la Primera Parte (que es metodológica) y de la Segunda Parte (que es dogmática). Pero ello obedece simplemente al orden de exposición: al efectuar el ejercicio de justificación político-moral del derecho al silencio, adopto el punto de vista de un poder constituyente originario, pero ya aleccionado o instruido sobre la base de: a) las cuestiones metodológicas que suscita el derecho al silencio (expuestas en la Primera Parte), b) todas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales relativas a los cuatro sistemas jurídicos considerados, y c) todos los argumentos normativos y fácticos de carácter más iusfilosófico (expuestas en la misma Tercera Parte). Ya creo que con esto queda clarificado el primer aspecto (es decir, la observación-pregunta) de Luís.

El segundo aspecto de observación crítica, que es también una observación-pregunta, pero con carácter algo más incisivo, me da lugar a la siguiente reflexión. Es cierto que la idea de debido proceso posee un carácter normativo, esto es, que constituye un parámetro de corrección y justificación de los institutos procesales penales. No obstante, yo creo que conviene (y es más, que es necesario) distinguir entre, por un lado, *el debido proceso* como conjunto de normas que configuran un conjunto de derechos del imputado y que, como tales, contienen un contenido político-moral indudable y, por el otro, una *descripción del debido proceso*; esto es, dar cuenta desde la teoría (vale decir, desde un punto de vista externo) de que tal o

cual sistema jurídico contiene tal conjunto de normas. Esta afirmación o descripción posee por lo menos dos características que me interesa ahora destacar: i) es relativa a cierto sistema jurídico, que puede o no poseer el referido conjunto de normas que configuran el debido proceso; y ii) en virtud de lo anterior, dicha descripción puede ser verdadera o falsa. A la luz de esta distinción, creo que queda claro por qué no creo que debo asumir una “confesión de no-positivismo”. Ahora bien, resta todavía averiguar el tenor de mi afirmación de que “el derecho al silencio es el corazón del debido proceso penal” y si, de acuerdo con su tenor, ello implica o no una confesión de no-positivismo.

Creo que hay por lo menos dos maneras de entender la frase en cuestión. La primera manera de entenderla es como una afirmación descriptiva acerca del lugar y del rol que, de hecho, ocupa el derecho al silencio entre los demás derechos o garantías penales y procesales penales que el imputado posee en cierto sistema jurídico –cuando los posee-. En este sentido, mi frase pecaría de imprecisa al no especificar en relación con qué sistema jurídico: porque bien podría ser verdadera en relación con ciertos sistemas jurídicos y falsa respecto de otros; verdadera si el lugar y el rol del derecho al silencio es prominente, y falsa en sentido contrario. Adicionalmente, hay otra manera de entender descriptivamente dicha frase: independientemente de que el derecho al silencio sea o no prominente, determina el carácter más o menos protector del debido proceso en un sistema jurídico (más que de lo que al respecto ocurre con el resto de los derechos o garantías que conforman el debido proceso penal). En esta interpretación, la descripción o afirmación posee un carácter mucho más general, y sería cuestión de verificarla en relación con sistemas jurídicos concretos.

Creo que ella es verdadera en relación con los cuatro sistemas jurídicos considerados en el libro. Pero la frase en cuestión también podría ser interpretada valorativamente en el sentido siguiente: es algo positivo, bueno o justo que el derecho al silencio ocupe un lugar y un rol central entre las garantías que conforman el proceso penal. Mientras que las dos primeras interpretaciones (descriptivas o afirmativas) de la referida frase pueden formar parte, sin contradicción, del cuerpo de proposiciones del conocimiento jurídico en el marco del positivismo normativista convencionalista que sostengo, la tercera interpretación de ella (valorativa) no puede serlo. No obstante, debe quedar claro que no es en absoluto incompatible con la concepción iuspositivista que defiendo que alguien, fuera del contexto de la teoría, como persona o ciudadano, o como operador jurídico (abogado o juez), formule una valoración de este tipo. En cuanto a mi intención al formular la frase, creo que sin duda se refiere a la segunda interpretación descriptiva. Por ello, tampoco veo que ella implique una confesión de no-positivismo, y creo que tampoco lo harían las otras dos interpretaciones.

La segunda observación crítica de Luís tiene que ver con uno de los argumentos que desarrollo a favor de la justificación político-moral del derecho al silencio. Cito la parte pertinente su observación:

Pero el segundo argumento lo veo un poco frágil. Específicamente, no sé si, de hecho, hablar en el proceso en contra de uno mismo es una acción supererogatoria. Es intuitivo que la persona imputada no tenga que contribuir con su propia autoincriminación, su propia punición, pero aquí creo que se necesitaría algo más en el sentido siguiente: ¿hasta dónde llega este derecho de no contribuir con la propia punición? O sea, ¿qué es lo que el imputado puede hacer?; ¿puede no hablar o puede también mentir? En el libro, se defiende (junto con el llamado modelo robusto), que el imputado pueda mentir (así lo es, de hecho, como se explica en la obra que comento, en algunos sistemas jurídicos: en el francés y argentino, a diferencia del inglés y norteamericano). Pero el imputado ¿puede incluso incriminar a otro falsamente, matar al juez del caso, escaparse y destruir las pruebas? El imputado puede tener un interés en no autoincriminarse, pero el paso de un interés a un derecho carece en la obra de una fundamentación; falta una justificación de por qué la autopreservación respecto de la punición es considerada como un derecho en sentido fuerte.

Entiendo perfectamente la importancia que tiene esta aguda observación de Luís acerca de los límites del modelo de la justificación del derecho al silencio y, en particular, de uno fuerte como el que defiende en el libro que, también esta vez, posee dos aspectos. Comencemos con el primero. Es cierto que, en el marco de dicha justificación, defiende el llamado *derecho a mentir* del imputado. Pero al respecto debo puntualizar dos cosas. En primer lugar, que lo considero un derecho en sentido débil, como una mera ausencia de prohibición (y no, como un derecho en sentido reflejo o como correlato de una obligación). En segundo lugar, que en el modelo normativo que defiende hay dos tipos de restricciones: una de carácter epistémico y otra de carácter jurídico-normativo. La epistémica, expuesta muy brevemente, consiste en que el imputado puede mentir, pero las otras partes del proceso y el juez o tribunal no están obligados a creerle y bien pueden demostrar la falsedad de los dichos o restarles credibilidad. En segundo lugar, que la mentira del imputado, para que no tenga sanciones administrativas, civiles o incluso penales, no debe transgredir ninguno de estos tipos de normas (de obligación o prohibición). De hacerlo, sería sancionado de acuerdo con las previsiones legales correspondientes.

Sigamos con el segundo: el porqué de la defensa de la autopreservación y, más precisamente, de por qué convertir un interés del imputado (autopreservarse) en un derecho. Mi respuesta no puede sino ser muy breve y aclaratoria. Por el resto solo puedo remitir a lo escrito en el libro. Creo que la crítica de Luís de la falta de justificación en el referido punto puede ser entendida de dos maneras: una muy amplia que afecta *completamente* al mencionado derecho respecto del interés del imputado en autopreservarse, y otra, más restringida, que afecta ya no a la existencia misma de ese derecho, sino a su *límite* o *alcance*. No creo que la alternativa elegida por Luís sea la primera. Para comenzar, por el contexto en que está formulado y que tiene que ver con el primer aspecto de esta cuestión que vengo de considerar en el párrafo anterior, pero –más importante aún– porque si no existiera este derecho, aunque más no sea en un sentido mínimo, no habría en absoluto derecho al silencio. Con esto

nos queda disponible solo la segunda alternativa. Efectivamente, el modelo robusto que definiendo posee límites más amplios para el imputado (respecto de los otros dos modelos) en cuanto a todo lo que puede válidamente hacer o no hacer en el proceso, así como en cuanto a lo que los órganos del Estado no pueden hacer respecto del él. La lista es larga y remito al libro. Sin embargo, Luis apunta las siguientes acciones del imputado que le parecen no posibles de justificar y con falta de justificación en el libro: “el imputado ¿puede incluso incriminar a otro falsamente, matar al juez del caso, escaparse y destruir las pruebas?”. En mi modelo, el imputado no puede legalmente realizar ninguna de estas tres acciones; concretamente, estaría cometiendo delitos (de estar previstas estas figuras delictivas, como habitualmente lo están, de hecho, si no en todos, en casi todos los sistemas jurídicos).

Su tercera observación crítica tiene que ver con la reconstrucción del régimen jurídico del derecho al silencio en Argentina como un modelo robusto de protección:

... ¿en qué medida esta robustez del modelo de protección del derecho al silencio –volviendo a la idea del holismo que está muy bien plasmado en el inicio del libro– no necesita de mecanismos de compensación en otro lugar para permitir que pueda llegarse a condenas. En una ocasión, una procesalista española –Lorena Bachmaier– dijo lo siguiente en un seminario: en el proceso, “*water finds its ways*”. Los procesos deben llegar a una cierta cantidad de condenas; algunos de los que cometen delitos deben ser condenados; si no, no sé lo que pasaría: la sociedad se desintegraría, los bienes jurídicos ya no serían protegidos, no lo sé; pero al final, una cierta cantidad de procesos debe llegar a condenas. La pregunta que aquí me hago es ¿en qué medida la justicia argentina llega a condenas a pesar del modelo robusto de protección del derecho al silencio? Pongo un ejemplo, relacionado, de otro sistema jurídico: el hecho de que un proceso contenga más derechos para el imputado no significa que llegue a las mejores condenas. El proceso norteamericano que, en muchos aspectos tiene muchos derechos en el proceso penal, posee un mecanismo como el *plea bargaining*, que permite que se condene sin tener que obedecer estos derechos, escapándose de ellos. Entonces, me pregunto si en Argentina no existen también este tipo de mecanismos de compensación y cuáles son sus consecuencias.

La respuesta es que el derecho argentino –como se da cuenta de ello en el libro– sí posee este tipo de mecanismos para dar solución a los procesos penales, y estos han sido validados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. La realidad es que la justicia argentina llega a condenas pese al modelo robusto. No tengo cifras para citar ahora, pero seguramente el índice de condenas no resultará satisfactorio. No obstante, no creo que ello se deba, o por lo menos no única ni principalmente, al modelo robusto de protección del derecho al silencio, sino más bien al déficit de recursos (tanto humanos como económicos) de la justicia, sumado a la alta tasa de criminalidad. Muchas de las causas penales se solucionan, de hecho, por el mecanismo señalado, pero entiendo que ello no alcanza a descongestionar suficientemente a la justicia. Debe quedar claro que una respuesta rigurosa –que no puedo acometer ahora– dependería del análisis de estudios empíricos serios, de modo que mi respuesta solo puede tener la fuerza –seguramente débil– de una impresión.

3. Mary Beloff, también efectúa tres comentarios críticos o preguntas. La primera tiene que ver con la justificación político-moral del modelo robusto:

En primer lugar, no estoy segura de que en la obra se haya encontrado una justificación suficientemente convincente para el modelo robusto de protección del derecho al silencio que se defiende, si bien constituye un avance harto significativo sobre todo por la sistematización de los argumentos y la reconstrucción de modelos de protección. Entiendo que a partir de ella se facilita enormemente la búsqueda, pero queda un camino por recorrer.

Es razonable la justificación que se sostiene sobre la idea de que el derecho al silencio sirve para que los Estados aprendan a investigar, a modo de superar prácticas inquisitivas sostenidas casi exclusivamente sobre la confesión y la prueba tasada; pero es una justificación empírica, que no encuentra corroboración en la experiencia latinoamericana relativamente reciente. Regreso al ejemplo de Argentina, donde el cambio de los sistemas inquisitivos o mixtos por acusatorios no provocó un cambio de consideración jurídica y/o práctica judicial respecto del derecho al silencio.

Con sistemas donde no se investiga, flagrante-dependientes, ciertamente se logran ahora condenas más rápidas a través de mecanismos transaccionales abreviados, con lo que se cumplió en cierto sentido con la finalidad de reducir el fenómeno del preso sin condena en América Latina, pero con el precio de propagar condenas sin juicio (curiosa reforma la del “juicio oral” que consagra las condenas sin juicio), además de que subsisten situaciones considerables de presos sin condena.

Por esa razón, en el plano empírico, no hay lección aprendida. No parece que el modelo robusto de protección del derecho al silencio en este sentido haya logrado la finalidad señalada.

La crítica de Mary yace, en última instancia, en que el modelo robusto no cumple la función señalada: evitar condenas sin confesión, dado que el juicio abreviado -por el que se solucionan muchas de las causas- implica una suerte de reconocimiento de la comisión del hecho por parte del imputado. Mi respuesta en este caso no puede sino ser muy breve, en la medida en que solo puedo adelantar el principio en que se basa la misma, pero sin poderla desarrollar aquí: creo que lo que está fallando en los ejemplos citados u otros semejantes no es el modelo robusto de protección del derecho al silencio, sino el derecho penal mismo en su conjunto. Ello, porque no es funcional, sino más bien disfuncional y esto, a su vez, porque cuando ciertas cuestiones sociales fundamentales no están “arregladas”, el derecho penal no puede cumplir adecuadamente la función que se le asigna: prevenir o disminuir la comisión de delitos.

Su segunda crítica también tiene que ver con la justificación político-moral que desarrollo sobre el derecho al silencio:

En segundo lugar, no se considera una cuestión compleja, que se relaciona con la idea del deber del ciudadano, la de colaborar con la justicia penal. En particular, me refiero a la existencia de mecanismos consagrados legislativamente en todos los países de la región

El rol mayor del derecho al silencio: *dossier...*

a partir de la introducción de los nuevos sistemas de enjuiciamiento criminal, como los de delación premiada, arrepentidos, etc., que operan en abierta tensión con derechos y garantías fundamentales del programa constitucional y convencional.

Creo que esta es más una crítica al régimen jurídico del derecho al silencio en Argentina que al modelo robusto que defiende en el libro, pero de alguna manera también afecta a este en la medida en que sostengo que en Argentina se da dicho modelo (si bien no de manera idéntica a como lo caracterizo en el libro). De cualquier modo, dos observaciones: a) si las confesiones que dan lugar a la reducción de la pena, etc., no son coactivas o no vulneran la voluntariedad, consciencia o espontaneidad del imputado, no habría transgresión al modelo robusto; b) pero bien podría alegarse que, justamente, ellas afectan la espontaneidad en la medida en que se efectúan a cambio de una medida “conveniente” para el imputado.

El tercer comentario crítico de Mary es el siguiente:

En tercer lugar, queda pendiente analizar también, ya no desde una perspectiva jurídica sino social y antropológica, tal como se ha hecho mención en una de las presentaciones, cuál es el valor cultural que asignamos como comunidad a la confesión y al silencio. Un estudio de ese tipo cerraría el círculo abierto con este libro.

Mary tiene toda la razón, es algo muy importante, y ha quedado pendiente en un ya muy largo libro. Tan solo al pasar, he hecho alusión a un aspecto de esta problemática a partir de una reflexión de Michel Foucault sobre el “¿quién eres tú?”. En relación con el imputado, la reflexión expresa la inquietud de la justicia por los motivos; es decir, por la explicación del gesto criminal por el propio imputado, más allá de la prueba o reconocimiento de su participación en los hechos por los que se lo acusa (ver páginas 1105-1108 del libro).

VI. ¿TIENE LA PERSONA JURÍDICA DERECHO AL SILENCIO? (NOTAS EN TORNO A LA OBRA DE GERMÁN SUCAR) POR MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

Escribo estas líneas después de haber participado, junto al resto de comentaristas, en la presentación virtual del libro “*Derecho al silencio y racionalidad jurídica*”, autoría de Germán Sucar y colaboradores. Las escribo, también, después de haber leído el *dossier* que me envió Germán de cara a su publicación en la revista *Criminalia* que tengo el privilegio de dirigir. Esto me da cierta ventaja, primero, para no insistir en algunos rubros ya abordados de forma muy destacada por mis colegas, mientras al mismo tiempo me permite enfocarme en una dimensión poco discutida —por lo menos en México— y que llama fuertemente la atención: la relación entre derechos fundamentales —donde destaca el derecho al silencio— y la persona jurídica sujeta a proceso penal.

La implementación del sistema procesal acusatorio en México trajo consigo la incorporación de la responsabilidad penal de las empresas a escala nacional, pues se configuró un solo código procedimental. Guste o no, las empresas ya son sujetos de derecho penal en nuestro país y cualquier figura de corte penal, procesal o de ejecución de la pena, debe ser analizada también de cara a su aplicación a los entes colectivos. Y eso es lo que sucede aquí frente al derecho al silencio. Es de dominio público el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que se afirma que las personas jurídicas gozan de todos y cada uno de los derechos fundamentales, al igual que la persona humana. Pero esta declaración no se refleja en la práctica.

Por un lado, de conformidad con el modelo de responsabilidad penal autónoma aplicable a las organizaciones —que es el vigente entre nosotros—, éstas pueden ser investigadas, imputadas y vinculadas a proceso con independencia de lo que suceda con las personas físicas relacionadas con la empresa. De verificarse este hecho, el artículo 423 del ordenamiento procesal establece la posibilidad de imponer al ente colectivo ciertas medidas cautelares. Y aquí es donde empiezan los problemas que interesan a la obra de Sucar. Dicho artículo, en su tercer párrafo, señala: *“Para los efectos de este capítulo, el órgano jurisdiccional podrá dictar como medidas cautelares la suspensión de las actividades, la clausura temporal de los locales o establecimientos, así como la intervención judicial”*.

Subrayo la intervención judicial porque, en su calidad de medida cautelar empresarial, violenta el derecho al silencio y exhibe que el criterio judicial arriba señalado no aplica a las personas jurídicas. No hace falta un ejercicio técnico profundo para confirmar lo señalado: si la persona jurídica es vinculada a proceso y se le impone la intervención judicial como medida cautelar, entonces —debido a la propia naturaleza de esta medida— las personas físicas designadas para operar dicha intervención tendrán acceso a toda la información administrativa, laboral, contable y jurídico-litigiosa de la organización. Si a esto se suma la obligación de “rendir cuentas de la intervención” ante el juzgado en el que se lleva la causa, entonces la persona jurídica será exhibida y hablará —en contra de su voluntad—, a través de sus interventores.

Peor aún: si se asume que el mismo ordenamiento procesal establece en su artículo 222 que “toda persona que le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier agente la Policía”, entonces los interventores no sólo exhibirán ante el Juzgado rubros organizacionales sin la voluntad del ente colectivo —lo que claramente violenta el derecho al silencio—. También la podrán denunciar ante la Fiscalía aportando elementos sustraídos de la propia organización, quebrantando así el “derecho a no autoincriminarse”.

Existen otros rubros de interés, vinculados a la empresa y al proceso penal, que evidencian la importancia de la obra de Sucar. Piénsese, por ejemplo, en aquellos códigos penales vigentes en México, que contemplan —expresamente— la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, mediante la exhibición de un

programa de cumplimiento eficaz en materia penal ¿qué sucede si la empresa, a escala de investigación inicial, presenta el programa de *compliance* (que por su propia naturaleza contiene información sensible y relevante del ente colectivo), pero la Fiscalía no lo considera eficaz, sino que lo utiliza para obtener mayor elementos de cara a la imputación?

Concluyo esta breve aportación con una reflexión final. La obra de Sucar es, en realidad, una verdadera introducción al sistema penal democrático, digno del Estado Constitucional, que todo estudiante de derecho debiera leer. Si esto no es posible debido a su extensión, la lectura de la dimensión procesal no puede faltar. Su estudio pone en evidencia las razones por las cuales el ITAM —donde Sucar es profesor titular de tiempo completo— se ha posicionado como unas de las instituciones a la vanguardia en México y motiva, a quienes conocemos a Germán, a promover su obra, que en mi parecer es un modelo a seguir entre nosotros.

