

Observaciones a “De los trasplantes legales a las traducciones legales...” de Máximo Langer*

Remarks on “From Legal Transplants to Legal Translation:...” by Máximo Langer

Armin Engländer**

Recepción y evaluación de propuesta: 15/8/18

Aceptación: 15/9/18

Recepción y aceptación final: 27/11/18

Resumen: el presente trabajo pretende comentar dos tesis presentes en el trabajo del Profesor Langer. En primer lugar, se realizarán consideraciones sobre la supuesta americanización (débil) del proceso penal alemán. En segundo lugar, sobre la metáfora de la traducción.

Palabras clave: Sistema procesal alemán, americanización, juicio abreviado

Abstract: the article discusses two theses of Profesor Langer’s paper. First, several remarks will be made on the allegedly *weak americanization* of German legal procedural system. Second, the article raises some questions regarding the utility of the “translation” metaphor.

Keywords: German legal procedural system; americanization, plea bargaining

* Traducción del alemán a cargo de Hernán G. Bouvier (UNC-CONICET)

** Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemania. Correo electrónico: armin.englaender@jura.uni-muenchen.de

1. Introducción

En el centro del influyente y ampliamente aclamado artículo de Langer “De los trasplantes legales a las traducciones legales...”¹ se encuentran dos tesis, una relativa al contenido y otra conceptual. La relativa al contenido es denominada por Langer como tesis *débil de la americanización*. Según ella, la existencia y configuración del Juicio Abreviado (“*plea bargaining*”) en los procedimientos penales argentinos, alemanes, franceses e italianos puede reconducirse a la influencia del sistema jurídico estadounidense. No obstante, esta influencia y recepción no ha sido ni lineal ni simple. Más bien ha dado lugar a variaciones del “*plea bargain*” que, por un lado, se alejan del modelo estadounidense y, por el otro, se diferencian entre sí de manera acentuada. El resultado provisorio de tal influencia del sistema procesal penal estadounidense no ha llevado, en los modelos continentales, al abandono de las máximas inquisitorias del modelo procesal penal en favor del sistema adversarial. Por el contrario, la *americanización débil* ha dado lugar a una *fragmentación* de la concepción procesal penal continental².

La tesis conceptual, por su parte, pretende otorgar una respuesta a la pregunta sobre cómo puede realizarse de manera adecuada, por ejemplo, para el caso del Juicio Abreviado, la transferencia de instituciones jurídicas, regulaciones, conceptos o ideas a un ámbito foráneo. Langer propone dejar de lado la extendida metáfora en derecho comparado del “trasplante legal” (“*legal transplant*”) y remplazarla por la de “traducción legal” (“*legal translation*”) que, a su juicio, sería menos equívoca y más apropiada³. De aquí en adelante me referiré a esta idea como la tesis de la traducción.

En las siguientes observaciones pretendo abordar las preguntas sobre si, y en qué medida, el diseño normativo y la praxis jurídica alemana apoyan ambas tesis de Langer. A estos fines, en lo que sigue, expondré cuál ha sido el desarrollo ulterior que ha tenido el Juicio Abreviado en Alemania a contar desde el momento de la publicación del artículo original de Langer

¹ Langer M., “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, en este volumen de *Discusiones*.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

en 2004. De aquí extraeré observaciones críticas a la idea de Langer según la cual el desarrollo del procedimiento abreviado puede reconducirse a la influencia del modelo estadounidense. El trabajo culmina con algunas observaciones puntuales sobre la metáfora de la traducción legal.

2. El “acuerdo” (“*Verständigung*”) en derecho procesal penal alemán

En el año 2004 - fecha de la publicación original del artículo de Langer que aquí se discute - la praxis del Juicio Abreviado estaba ya suficientemente difundida en Alemania. A la época no estaba regulada legalmente. No obstante, tanto el Tribunal Constitucional (BVerfG) como el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) reconocieron en principio la admisibilidad del Juicio Abreviado⁴. Los dos tribunales, sin embargo, buscaron en estas resoluciones delimitar normativamente la regulación del Juicio Abreviado e integrarlo en el tradicional proceso penal de corte inquisitivo. Una decisión ulterior al respecto, esta vez del Tribunal Supremo Federal en pleno⁵, vio la luz en el año 2005⁶. Allí el Tribunal mantuvo la línea jurisprudencial hasta ese momento existente. Además, sostuvo en su valoración que el Juicio Abreviado se movía en dirección a un “acuerdo cuasi-contractual entre el Tribunal y los restantes intervinientes en el proceso”⁷. Tal transformación en el sistema tradicional, realizado a través de resoluciones judiciales, sólo puede ser imperfecta y roza los límites permisibles de creación de normas. El Tribunal en pleno requirió una solución legislativa de la cuestión. El legislador alemán, en consecuencia, se ocupó de esta tarea. En la discusión estuvieron presentes dos concepciones: por un lado, la configuración

⁴ En lo fundamental, Tribunal Constitucional (BVerfG) *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, 2662; Tribunal Supremo Federal, Sala Penal (BGHSt) 43, 195.

⁵ El pleno del Tribunal Supremo (*Der Große Senat des BGH*) es llamado a intervenir cuando una Sala (*ein Senat*) del Tribunal pretende apartarse de la jurisprudencia establecida por otra Sala y esta última, previa solicitud, indica que es su intención mantenerse en la posición en cuestión.

⁶ Tribunal Supremo, Sala penal (BGHSt) 50, 40.

⁷ Tribunal Supremo, Sala penal (BGHSt) 50, 40, 63.

del Juicio Abreviado como un tipo de procedimiento con características propias y delineado en base al principio del consenso, en detrimento de las máximas del proceso inquisitivo y del principio de la verdad material⁸. Por el otro, en la línea de la jurisprudencia de máxima jerarquía ya citada, la idea de la integración del Juicio Abreviado en el procedimiento inquisitivo tradicional. El legislador se decidió por la segunda opción. Según la fundamentación del proyecto de ley, sancionado luego con pocas modificaciones, se busca “regular el acuerdo (*Verständigung*) de tal manera de que sea compatible con los fundamentos del sistema procesal penal alemán”⁹. Además, agrega que no es deseable “una nueva forma de proceso consensual - hasta ahora ajeno al proceso penal alemán - en la que precisamente retrocedería la obligación del Tribunal de investigar la verdad material”¹⁰.

En el año 2009 entró en vigor la regulación legal del llamado “Acuerdo” (*Verständigung*) según la terminología oficial elegida por la propia ley para el Juicio Abreviado¹¹. Su parte central regula el parágrafo 257c del Código

⁸ Un ejemplo de esta línea se encuentra en la propuesta legislativa de la Cámara federal de Abogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*). Véase *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, pág. 235. La posición contraria fue sostenida por la propuesta de la Asociación de Abogados alemanes (*Deutscher Anwaltverein*). Véase *Strafverteidiger Forum* 2006, pág. 89. Acerca de la discusión sobre el consenso en el proceso penal véase Duttge, G., *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115, 2003, pág. 539; Hassemer, W., “Konsens im Strafprozess”, en *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, p. 171; Jahn, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118, 2006, pág. 427; Salditt, F., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht: Ergänzende Überlegungen aus forensischer Sicht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp- 570-582. pág. 570; Weßlau, E., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren-Leitidee für eine Gesamtreform?*, Nomos-Verlag-Ges., 2002 y del mismo en *Strafverteidiger Forum*, 2007, 1; Engländer, A. en Kempf, E. y otros (eds.), *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, Munich, De Gruyter, 2013, pp. 303, 310 y ss.

⁹ Boletín Oficial del Parlamento. 16/12310, S. 1.

¹⁰ Boletín Oficial del Parlamento. 16/12310, S. 8.

¹¹ Ley de regulación del acuerdo en el proceso penal, del 29 de Julio de 2009, BGBl I S. 2353. Para críticas a la ley véase Althenhain, K., y Haimerl, M., “Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren—eine verweigerete Reform”, *Juristenzeitung*, 2010, pág. 327; Fezer, G., “Inquisitionsprozess ohne Ende? - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010, pág.177; Fischer, T., “Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, pp. 249-251, pág. 249; Hettinger, M., “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, 2011, pp. 292-301, en pp. 292, 298 y ss.; Murmann, U., “Reform ohne Wiederkehr?—Die gesetzliche Regelung der Absprachen im

Procesal Penal Alemán (StPO)¹². Asimismo, la ley contiene regulaciones importantes en otras secciones¹³. En conjunto se conforma un detallado sistema normativo de regulación del Juicio Abreviado. De este complejo sistema se mencionan a continuación algunos puntos relevantes:

- La ley indica de manera expresa que las máximas que definen el proceso inquisitivo permanecen inalteradas (§ 244 Abs. 2 StPO). Por consiguiente, el Tribunal sigue teniendo la obligación de investigar la verdad de los hechos hasta alcanzar la convicción correspondiente. En consecuencia, es insuficiente como fundamento de la sentencia, por ejemplo, una mera declaración formal en la que se admitan los hechos atribuidos. Es más, debe corroborarse la credibilidad de la confesión. La mera concordancia con el requerimiento de investigación o con la

Strafverfahren”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 10, 2009, pp. 526-538. pág. 526.

¹² El párrafo en cuestión sostiene:

(1) En determinados casos el Tribunal puede, según los apartados siguientes, lograr un acuerdo con las partes sobre el ulterior curso y resultado de las actuaciones. El párrafo 244, 2 permanece inalterado.

(2) El objeto del acuerdo debe estar limitado a las consecuencias jurídicas que pueden ser objeto de una sentencia, a las reglas y medidas procesales que se relacionan con las reglas de procedimiento subyacentes y el accionar de las partes durante el proceso. La confesión debe formar parte de cualquier acuerdo negociado. El veredicto de culpabilidad, así como las medidas de seguridad no están sujetas al acuerdo.

(3) El Tribunal debe indicar qué contenido puede tener el acuerdo. Tomando en cuenta en base a una libre valoración todas las circunstancias del caso y las relevantes para la decisión puede indicar un límite mínimo y máximo de pena. Las partes deben tener la posibilidad de expresarse al respecto. El acuerdo tendrá lugar si el acusado y el Fiscal aceptan la propuesta del Tribunal.

(4) El acuerdo pierde validez vinculante para el Tribunal si han sido pasadas por alto o han surgido circunstancias fácticas o legales de relevancia y el Tribunal está convencido de que el marco previsto para la sentencia ha dejado de ser apropiado para la gravedad del delito o el grado de culpabilidad. Lo mismo corresponde si la conducta ulterior del acusado en el juicio no se corresponde con aquella sobre la que se basó la estimación de responsabilidad. En tales casos no puede utilizarse la confesión del acusado. El Tribunal debe notificar cualquier cambio sin retardo alguno.

(5) El acusado debe ser informado de todos los prerrequisitos y consecuencias que se siguen de los cambios indicados en la sección 4.

¹³ Cfrme. §§ 35a S. 3, 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3 S. 5, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

acusación no es suficiente. Mejor dicho, debe tener lugar en el debate una actividad probatoria destinada a corroborar los hechos asumidos o confesados.

- La determinación de responsabilidad, es decir, la valoración fáctica y normativa de un cierto hecho está fuera del alcance de cualquier acuerdo. Sería inviable, por ejemplo, invocando un acuerdo, juzgar a un imputado sólo por homicidio simple y no por homicidio calificado si se verifican las circunstancias de este último¹⁴. Del mismo modo está prohibido acordar una determinada pena (“*Punktstrafe*”)¹⁵. El Tribunal tampoco tiene permitido, en el marco del Juicio Abreviado, proponer por anticipado una pena específica. Sólo se permite presentar un marco de pena mínima y máxima (por ejemplo, una pena privativa de la libertad entre 3 y 4 años). La pena efectivamente impuesta debe ser apropiada al hecho y la culpabilidad en cuestión.
- En principio es el Tribunal (no el Fiscal o el imputado) quien está vinculado al acuerdo que eventualmente se haya alcanzado¹⁶. La validez vinculante se suprime obviamente cuando se han pasado por alto circunstancias jurídicas o fácticas relevantes, o surgen nuevas que afectan las circunstancias típicas o la culpabilidad. Entre ellas cuentan por ejemplo circunstancias que hacen que el hecho se revele no como un simple homicidio, sino como un asesinato u homicidio calificado. El tribunal debe en tales casos disolver el acuerdo y tiene prohibido valorar el acuerdo ahora disuelto en contra del imputado.
- En la fundamentación de la sentencia debe indicarse que ha existido previamente un acuerdo. Además, debe dejarse constancia en autos del procedimiento en su parte fundamental y del contenido del acuerdo (función de transparencia y constancia documental).
- Está excluida la posibilidad de renuncia anticipada al recurso intentando dar por válida la sentencia antes de vencido el plazo legal establecido. Por tanto, no es posible que el acuerdo tenga por contenido

¹⁴ Tribunal Supremo (BGH), *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 1526.

¹⁵ Tribunal Supremo (BGH), *Neue Juristische Wochenschrift* 2011, 231.

¹⁶ Si el Fiscal retira su consentimiento, esto no exime al Tribunal de atenerse al acuerdo alcanzado. Véase Tribunal Supremo (BGH), *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, 373.

tal renuncia. Debe por tanto informarse al acusado en el momento de dictado de la sentencia que, pese al acuerdo, conserva la libertad de interponer los recursos que considere pertinentes. Por último, una manifestación de renuncia al recurso inmediatamente posterior al dictado de la sentencia carece de validez.

En el año 2013 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional declaró a la regulación legal del acuerdo como “conforme a la Constitución”¹⁷. De todas maneras, el tribunal criticó lo que consideraba un “déficit evidente de ejecución” en la forma de implementación llevada adelante por los tribunales¹⁸.

La configuración jurídica del juicio abreviado está delimitada por fronteras constitucionales estrictas. En base al principio de culpabilidad, que según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional se deriva del principio del Estado de Derecho, pesa sobre el Tribunal la obligación de averiguar la verdad material. Es decir, una obligación de elucidar las circunstancias fácticas realmente acaecidas¹⁹. Esto significa que los Juicios Abreviados son permisibles sólo en la medida que no lesionen el principio de verdad material. Esto se traduce en la regulación según la cual incluso en el acuerdo valen las máximas inquisitorias y el principio de la verdad material. Por el contrario, según el Tribunal Constitucional, todas las propuestas que pretenden crear mediante acuerdo un tipo especial de procedimiento que implique una restricción de los fundamentos básicos de la

¹⁷ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168. Reseñas críticas se encuentran en Beulke/Stoffer, *Juristenzeitung*, 2013, pág. 662; Fezer, G., *HRRS Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013, pág. 117; Globke, C., “Die Verständigung im Strafprozess nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder. Da stelle mer uns mal janz dumm...”, en *Juristische Rundschau*, 2014, 1, pág. 9; Knauer, F., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pág. 433; Kudlich, H., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pág. 379; Meyer, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pág. 1850; Mosbacher, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 2013, pág. 201; Niemöller, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 419; Stuckenberg, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pág. 212; Weigend, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 424. La -propia- decisión de Landau se encuentra en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014, pág. 425.

¹⁸ Sobre esto véase más adelante.

¹⁹ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 199.

investigación penal son incompatibles con la Constitución alemana. Así lo aclara de manera expresa: “Como condición imprescindible de la realización del principio de culpabilidad, no disponible por el legislador, existe la obligación de brindar la mejor investigación posible de la verdad material”²⁰. El Tribunal está constitucionalmente sometido de manera ineludible “frente a convenios similares a contratos, a la obligación de investigar la verdad material y a la obligación de que la pena se corresponda con la culpabilidad”²¹.

Esto tiene consecuencias de largo alcance. En efecto, al inferir las máximas inquisitorias a partir del principio de culpabilidad y éste a su vez de la Constitución, se considera a la estructura inquisitiva del proceso penal como *obligatoria desde el punto de vista constitucional*. El legislador alemán está vinculado al modelo procesal continental en virtud de esta interpretación constitucional. Por lo tanto, el legislador no sólo se ha decidido *fácticamente* por la integración del Juicio Abreviado al procedimiento inquisitivo tradicional. Él no tenía *constitucionalmente* otra alternativa.

El proyecto de transformar el procedimiento penal inquisitivo en uno adversarial, a través de la regulación del Juicio Abreviado, recibió no sólo un rechazo por parte del legislador, sino también un freno constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

Esto significa, en resumen, lo siguiente: todavía es extraño al sistema procesal penal alemán un reconocimiento de la responsabilidad del imputado (“*guilty plea*”) que sea vinculante para el Tribunal. La confesión del imputado, de acuerdo con la concepción de la ley, no tiene tal estatus, sino que simplemente constituye un medio para la averiguación de la verdad. La obligación del Tribunal de inspeccionar la verdad permanece inalterada. El juez - en el juicio propiamente dicho - no hace las veces de un árbitro pasivo que simplemente controla el respeto de las reglas procesales. Por el contrario, constituye el actor central en la indagación de la verdad.

En conjunto, la posición del juez se ha reforzado. Él decide si un determinado caso es apropiado para un acuerdo y si debe ponerse en funcionamiento el mecanismo de acuerdo respectivo. Como se indicó, no puede

²⁰ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 226.

²¹ Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 227.

imponérsele un Juicio Abreviado. El Fiscal ocupa simplemente una posición de veto. Puede impedir un acuerdo negando su aprobación. No puede, eso sí, lograr un Juicio Abreviado sin el juez. El rol del juez, cabe agregar, no se ha desplazado en la dirección de un “*judge-managers based on cooperation*”²².

De manera clara el Tribunal Constitucional ha reconocido que una prosecución consecuente de la normativa legal y constitucional implica que el efecto de descompresión del proceso que se busca con el Juicio Abreviado es bastante acotado para la administración de justicia penal. Esta es - de acuerdo con el Tribunal - la consecuencia ineludible de una configuración constitucionalmente válida del acuerdo que respete el principio de culpabilidad y el subsiguiente principio de la verdad material²³. Es la averiguación de la verdad y no la celeridad del proceso aquello que tiene prioridad en la actividad del Tribunal.

La pregunta de Langer, formulada en 2004, sobre si el proceso inquisitivo tradicional lograría integrar el acuerdo y someterlo a sus principios, o si el Juicio Abreviado llevaría a mediano plazo a una transformación fundamental del proceso penal (si bien no necesariamente en el sentido del modelo estadounidense²⁴) debe responderse - en lo tocante al *plano legal* - de manera unívoca en favor de la primera opción.

Hasta aquí en lo que respecta al Juicio Abreviado en el proceso penal alemán. Un problema fundamental radica, sin embargo, en que los tribunales inferiores hasta la decisión del Tribunal Constitucional del año 2013 desatendieron la normativa legal y de los tribunales superiores. Esto fue demostrado por un estudio empírico requerido por el Tribunal Constitucional en el marco de un proceso sobre la adecuación constitucional de la ley que regula el acuerdo²⁵. Según este estudio, más de la mitad de los jueces sustanciaron “acuerdos” (*deal*) informales y por tanto ilegales. Se negoció entre las partes, contraviniendo el parágrafo 257c del Código Procesal Penal alemán (StPO), la declaración de culpabilidad, o se acordaron con-

²² Langer M., *op. cit.*

²³ Tribunal Constitucional 133, 168, 210.

²⁴ Langer M., *op. cit.*

²⁵ Althain, K., Dietmeier, F., y May, M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

secuencias jurídicas que no pueden ser objeto de un acuerdo. En un cuarto de los casos fue comprobada (como máximo, de forma parcial) la confesión del imputado. En los casos en que había un control de la declaración, se limitaba a menudo a la simple contrastación con las constancias de autos escritas, lo cual es problemático desde el punto de vista de las reglas que rigen la prueba para el juicio propiamente dicho. Más del 50 por ciento de los abogados consultados informaron presuntas confesiones falsas de sus mandantes. La prohibición de renunciar a la interposición de un recurso fue dejada de lado de manera cuanto menos agresiva. En este contexto los involucrados en general no evidenciaban una especial conciencia de la incorrección jurídica de los actos en cuestión. Como razón fundamental para la desatención de las reglas jurídicas aplicables se sostuvo que la normativa del Juicio Abreviado no es del todo útil en la labor cotidiana, es engorrosa y demasiado burocrática²⁶.

Esta práctica (ilegal) del Juicio Abreviado muestra que, para una parte relevante de los jueces, de hecho, ha tenido lugar un desplazamiento de su rol. Si bien es cierto que se conciben como actores activos y no como árbitros pasivos, también es cierto que ahora conciben su actividad primordial como dirigida a lograr la realización eficiente (es decir, veloz y económica) del procedimiento penal, de manera cercana a la descripción de Langer de los “*judge-managers based on cooperation*”²⁷.

No es del todo claro si, y en qué medida, esta actitud ha sido afectada por la sentencia del Tribunal Constitucional, haciéndola regresar a la actitud de apego al modelo inquisitivo tradicional que pone en el centro del proceso la averiguación de la verdad. Se carece por el momento de estudios empíricos al respecto. En todo caso, el Tribunal Constitucional intenta contrarrestar la praxis ilegal con recaudos y precauciones adicionales. Puntualmente:

²⁶ Pueden verse buenas razones críticas en contra de esta argumentación en Tribunal Constitucional (BVerfGE) 133, 168, 235.

²⁷ Langer M., *op. cit.* Sobre la relevancia del pensamiento en términos de eficiencia para el juicio abreviado véase también Engländer, A., “*Verständigung im Strafverfahren*”, en Paal, B. y Poelzig, D. (eds.), *Effizienz durch Verständigung*, Nomos Verlag, 2015, pág. 23.

- En primer lugar, el Tribunal recuerda al Fiscal su obligación de rehusar su consentimiento en los Juicios Abreviados defectuosos²⁸ y de interponer recursos en contra de las sentencias respectivas²⁹. Los Fiscales raras veces recurrían a estos instrumentos ya que también se beneficiaban del ahorro de tiempo y trabajo de la práctica ilegal. Dicho de manera breve: los Fiscales eran parte del problema.
- En segundo lugar, el Tribunal Constitucional señala los riesgos penales vinculados a Juicios Abreviados ilegales. Por ejemplo, si no se deja constancia de que un acuerdo no ha sido exitoso, eso puede constituir falsedad documental³⁰. Sin embargo, el efecto disuasorio de tal advertencia es dudoso dado que los hechos correspondientes no han sido perseguidos por los funcionarios competentes³¹.
- En tercer lugar, el Tribunal se ha expedido contra las infracciones a las obligaciones de transparencia, información y de constancia documental, como por ejemplo no dejar constancia en el protocolo de audiencia de la existencia de un Juicio Abreviado, lo cual constituye una razón de revisión³² cuasi absoluta³³. Eso tiene como consecuencia que la sentencia en tales casos - dejando de lado algunas excepciones - siempre

²⁸ Sobre juicios abreviados ilegales puede verse también Volk/Engländer, *Grundkurs StPO*, 9, Edición 2018, § 30 Rn. 9 f.

²⁹ BVerfGE 133, 168, 219 ff.

³⁰ BVerfGE 133, 168, 213 f. Crítico al respecto Knauer, F., *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 433 y 435; Stuckenberg, C-F, “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pp. 212 y 215. Kudlich argumenta en favor de la aplicación del tipo penal de prevaricato (parágrafo 339 del Código Penal, StGB) para los jueces intervinientes. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 379, 381, y ss.

³¹ Escépticos también Beulke/Stoffer, *Juristenzeitung*, 2013, pp. 662, 671 f.

³² Según el derecho alemán la infracción de un precepto procesal no otorga automáticamente una causal de revisión. Debe ser el caso que exista una violación de la ley. Solo en casos específicos, determinados legalmente, se presume que este es el caso. Aquí se habla de razones absolutas de revisión. Para el resto de los supuestos, el agravio debe ser demostrado. Las infracciones a la normativa procesal no implican una razón de revisión absoluta sino relativa. Véase Volk/Engländer, § 36 Rn. 17 y ss., nota 25.

³³ BVerfGE 133, 168, 223 f. Crítico al respecto, Kudlich, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, pp. 379 y 381; Stuckenberg, *op. cit.* 2013, pp. 212 y 215; A favor, Knauer, *Neue Zeitschrift*

sea susceptible de revocación incluso cuando *la causa* aparezca como defendible o sólida.

- Por último, el Tribunal Constitucional impone al legislador una obligación de control. Debe tener bajo observación el ulterior desarrollo del instituto y en caso de desatención de los preceptos legales o de los tribunales superiores debe activar los mecanismos de protección respectivos o revisar la decisión sobre la corrección del Juicio Abreviado³⁴.

Parece haber aumentado la densidad de control judicial desde la sentencia fundamental referida. Por medio de la revisión se han señalado de manera creciente las violaciones a los preceptos legales y el Tribunal Constitucional ha tenido la posibilidad - en una larga secuencia de decisiones - de quitar validez a múltiples acuerdos reforzando la eficacia de la regulación legal respectiva.

3. El acuerdo en el derecho procesal penal alemán ¿una expresión de la americanización débil?

Como balance parcial puede decirse entonces que la regulación legal del Juicio Abreviado no ha llevado a un ajuste del modelo procesal alemán al modelo americano. El proceso penal, por lo tanto, conserva una configuración inquisitiva antes que adversarial. No obstante, la praxis de los tribunales inferiores ha llevado a una erosión clara de las máximas inquisitivas del proceso penal. El rol y actitud del Juez, cuya relevancia para el cambio jurídico ha marcado y analizado Langer de manera acertada, se ha desplazado en la dirección de un “*judge-manager based on cooperation*”³⁵.

Esta constatación parece, a primera vista, confirmar la tesis de Langer de la americanización débil. Mirada de manera más detenida, sin embargo,

für Strafrecht. 2013, pp. 433 y 436. Siguiendo al BVerG, el BGH; véase BGHSt 58, 310. Rechazando la sala primera, véase BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, 1254.

³⁴ Tribunal Constitucional 133, 168, 2235 f. Negativo al respecto, Niemöller, *Strafverteidiger*, 2013, pág. 419, 423 f.

³⁵ Langer M., *op. cit.*

su peso es relativo. La tesis de la americanización supone como fundamento que el surgimiento de los Juicios Abreviados en el proceso penal alemán cuanto menos puede reconducirse a alguna influencia del derecho estadounidense. Un análisis más detallado, no obstante, pone en duda incluso la afirmación de que el “*plea bargaining*” estadounidense efectivamente haya tenido influencia en la versión alemana del Juicio Abreviado. Las observaciones de Langer sobre este punto no están libres de contradicciones. Por un lado, presenta a la influencia del proceso estadounidense del *plea bargaining* como “*innegable*”³⁶ y da por verificada la transformación evidente que sufrió el “*plea bargain* de Estados Unidos cuando fue traducido al proceso penal alemán”³⁷. Por otro lado, admite que la praxis en Alemania con alta probabilidad se ha configurado de manera independiente al derecho estadounidense. En sus palabras: “la práctica parece haber surgido como respuesta a necesidades prácticas antes que como producto de una influencia profunda del sistema estadounidense en el alemán”³⁸. Por último, sostiene que en el caso de la formación de la práctica del Juicio Abreviado en el proceso penal alemán se trata, sin embargo, de un acontecimiento que no está relacionado con la transferencia de instituciones, reglas o conceptos de sistemas jurídicos foráneos y que por tanto no sería relevante para las modificaciones, adaptaciones y recontextualizaciones existentes. La tesis de la americanización débil, en lo que respecta a Alemania, quedaría así sin sustento alguno.

Si se observa la historia de la formación del Juicio Abreviado en Alemania³⁹ (una historia no del todo analizada hasta el momento) surge con bastante evidencia que el derecho estadounidense ha desempeñado un rol secundario. Los factores determinantes para la formación y proliferación del Juicio Abreviado a partir de los años 70 parecen haber sido más bien los siguientes:

- el incremento de grandes procedimientos complejos, en especial en derecho penal económico, que generaban serias dificultades y grandes

³⁶ Langer M., *op. cit.*

³⁷ Langer M., *op. cit.*

³⁸ Langer M., *op. cit.*

³⁹ Véase al respecto Schünemann, B., “Zur Entstehung des deutschen ‘plea bargaining’”, en *Festschrift für Andreas Heldrich*, München, 2005, p. 1177.

- retardos al ser abordados con el procedimiento tradicional;
- el surgimiento de una forma de “defensa de conflicto”⁴⁰ dirigida a explotar todo flanco débil del tribunal apelando a, por ejemplo, un sinnúmero de instrumentos como la recusación y solicitud de medidas probatorias con meros propósitos dilatorios o para generar causales de impugnación;
- una tendencia político criminal de expansión del derecho penal que pretende captar los llamados delitos de peligro abstracto (justamente en derecho penal económico)⁴¹;
- exigencias crecientes para la sentencia y su fundamentación, como consecuencia de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y del Tribunal Constitucional;
- ahorros de personal en el Poder Judicial;
- la función “modelo” del § 153a del Código Procesal Penal (StPO) que en 1974 introdujo en la administración de justicia y la ley la noción de celeridad, descompresión, despenalización, lo que se amplió ulteriormente afectando la actividad del Fiscal y permitiendo la apelación a razones de economía procesal para casos de baja o mediana complejidad o habilitando con el *consentimiento del imputado* la realización de determinados actos antes de iniciado el proceso y sin procesamiento⁴².

⁴⁰ [N. del T.] En la dogmática procesal alemana se utiliza la expresión “Konfliktverteidigung” para referir a una defensa decidida a utilizar todos y cada uno de los recursos dilatorios disponibles. El término adquiere una carga semántica negativa si se considera que tal actividad del abogado es “incorrecta.”]

⁴¹ Con delitos de peligro abstracto se señala en la dogmática penal alemana delitos que no generan de hecho un daño ni implican un peligro concreto. Se basan en la suposición legal de que determinadas conductas en sí mismas generales son lo suficientemente peligrosas como para merecer penalización, aunque no causen un daño o peligro concreto. Entre ellas cuentan, por ejemplo, el fraude de bienes de capital (§ 264a StGB) y el fraude de crédito (§ 265b StGB) para los cuales basta la mera acción engañosa. A diferencia de los fraudes “normales” (§ 263 StGB) no se requiere que a la acción engañosa siga un daño en la propiedad.

⁴² Desde la implementación de estas posibilidades los Fiscales hacen un uso propio y más amplio de ellas. Véase al respecto Diemer, H., en *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 153a Rn. 3.

Estos factores han determinado que en la praxis de los tribunales inferiores se den interacciones entre el Tribunal y las partes que se asemejan en algunos puntos (pero no en todos) a las que tienen lugar en el *plea bargaining* estadounidense. No obstante, estos puntos de contacto parecen casuales dado que los actores no parecen haber sido conscientes de las similitudes ni haberlas llevado a cabo conscientemente. Se trata de una mera *coincidencia* entre lo que sucedió en el derecho procesal penal alemán y el desarrollo del sistema estadounidense y no de la influencia de uno sobre otro. Claro que en los debates que se dieron a favor y en contra del Juicio Abreviado - de manera bastante tardía - en los años 80 ya no pasaban desapercibidas las similitudes con el *plea bargain*. En especial, los participantes de la discusión que eran escépticos o directamente refractarios a la figura del acuerdo utilizaron la similitud en tono crítico.

Aquí, además, el derecho estadounidense no sirvió como una fuente de inspiración para un movimiento de reforma del sistema inquisitivo. Todo lo contrario, la referencia al *plea bargain* y al sistema estadounidense sustentaba la tesis de la incompatibilidad entre el Juicio Abreviado y las máximas inquisitivas, funcionando como un obstáculo para la progresiva reforma de éstas. Las voces que más tarde se levantaron en la discusión en favor de la configuración y regulación del acuerdo teniendo en cuenta el *plea bargaining* quedaron - por el contrario, y como ya se mostró - en minoría y no pudieron introducirse con éxito en el proceso de reforma legislativo.

En caso de que estas observaciones sean correctas, se sigue que la tesis de Langer de la americanización débil a través del *plea bargain* no posee un alcance general. Quizás tenga alcance en lo referente al desarrollo del Juicio Abreviado en Argentina, Francia o Italia (algo que no estoy en condiciones de evaluar). En lo referente a la existencia y configuración legal del acuerdo en el proceso penal alemán, no obstante, la tesis no resulta convincente.

4. La metáfora de la traducción jurídica ¿un avance heurístico?

Así como no se trata en el caso del Juicio Abreviado de una importación en el derecho procesal penal alemán del derecho estadounidense, tampoco es plausible la tesis según la cual sería más conveniente desde el punto de vista heurístico la metáfora de la traducción legal frente a la de trasplante legal. Corresponden igualmente para concluir algunas observaciones sobre la novedosa tesis de Langer de la traducción. En primer lugar, resultan convincentes las razones que ofrece Langer para mostrar que la metáfora extendida del “trasplante legal” es problemática. Las debilidades de tal figura son analizadas en su trabajo de manera contundente⁴³. También resulta convincente su distanciamiento de la propuesta alternativa de Gunther Teubner que propuso hablar de “irritantes legales”⁴⁴. Este concepto contiene su significado específico propio solo en el contexto de la teoría de sistemas autopoiéticos⁴⁵. En la medida en que uno no quiera hacer propio el enfoque de la teoría de sistemas (para lo cual hay buenas razones⁴⁶) resulta aconsejable evitar la terminología Teubneriana.

Cabe preguntarse, sin embargo, si la propia metáfora elegida por Langer no sufre de problemas similares a los que él encuentra en la de trasplante legal. Langer critica el concepto de trasplante porque invita a pensar que las instituciones, reglas, conceptos e ideas permanecen relativamente inalteradas en el traspaso del lugar originario al lugar receptor, de manera análoga a lo que sucede con el órgano del donante al ser recibido por el paciente que lo necesita⁴⁷. Esto no es lo que suele suceder, sino precisamente lo contrario, generándose modificaciones, ajustes, reinterpretaciones y recontextuali-

⁴³ Langer M., *op. cit.*

⁴⁴ Langer M., *op. cit.*

⁴⁵ Fundamental Luhmann, N., *Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984. En relación con su *Rechtssystem. Das Recht der Gesellschaft*, 1993; Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Gunther Teubner, 1989.

⁴⁶ Críticas a la Teoría de Sistemas autopoiética se encuentran en Bohnen, A., *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze: über Traditionen und Tendenzen theoretischer Sozialerkenntnis*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 146 y ss.; von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2. Aufl. 2011, S. 127 ff.

⁴⁷ Langer M., *op. cit.*

zaciones. Bien entendida, esta observación justamente permite notar que el concepto alternativo de traducción - propuesto por Langer - también corre el riesgo de ser equívoco. En efecto, por traducción suele entenderse tradicionalmente la transmisión de un significado presente en palabras u oraciones de un lenguaje, a palabras u oraciones de otro lenguaje. La traducción satisface un *ideal* cuando el significado original permanece, en la medida de lo posible, inalterado.

Bien es cierto que el concepto de traducción - tal cual lo entiende Langer, quien distingue entre tres clases de traducción⁴⁸ - puede entenderse en un sentido más amplio que el citado antes y que así haya lugar para interpretaciones creativas nuevas. Además, desde un punto de vista de filosofía del lenguaje, la idea de una traducción que conserva de manera óptima el significado parece no estar exenta de problemas. Piénsese por ejemplo en la idea de Ludwig Wittgenstein según la cual el significado de una palabra resulta de su uso en un determinado juego del lenguaje⁴⁹. Si en el lenguaje receptor o de destino el juego se modifica, se modifica también el significado. En la misma línea puede tomarse el conocido *dictum* de Quine según el cual un concepto posee su significado únicamente en la red compleja de la totalidad del lenguaje (del cual se sigue su teorema de la indeterminación de la traducción)⁵⁰.

No obstante, no es del todo claro si —y en qué medida— en el discurso teórico jurídico se integrarían - para pensar la transferencia de instituciones, reglas, conceptos o ideas de sistemas jurídicos foráneos - la interpretación amplia del concepto de traducción o las consideraciones de filosofía del lenguaje indicadas. En el caso que permaneciera la idea estrecha de traducción no se ganaría demasiado con el remplazo del concepto de trasplante legal por el de traducción legal.

Obviamente, de esto no se sigue que sea mejor seguir hablando de “*legal transplant*”. Langer ha mostrado de manera clara por qué tal metáfora es problemática. Además, su propuesta de la traducción legal - a diferencia de la de trasplante legal - y teniendo en cuenta los fenómenos de transfor-

⁴⁸ Langer M., *op. cit.*

⁴⁹ Wittgenstein L., *Philosophische Untersuchungen*, 1953.

⁵⁰ Quine W. V. O., *Word and Object*, MIT Press, 1960.

mación, cambio y reinterpretación por él descriptos, parece ser más apta para enfrentar los problemas que la filosofía del lenguaje ha señalado. De igual manera, tampoco debería ser sobrevalorada su potencia heurística para la teoría jurídica.

Bibliografía

- Altenhain, K., Frank D., y Markus M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013
- Altenhain, K., y Haimerl, M., “Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren—eine verweigerete Reform”, *Juristenzeitung* 2010
- Bohnen, A., *Handlungsprinzipien oder Systemgesetze: über Traditionen und Tendenzen theoretischer Sozialerkenntnis*, Vol. 109, Mohr Siebeck, 2000.
- Duttge, G., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp. 539-569.
- Engländer, A. en Kempf, E. y otros (eds.), *Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht*, Munich, De Gruyter, 2013.
- Engländer, A. “Verständigung im Strafverfahren” en Paal, B. y Poelzig, D. (eds.), *Effizienz durch Verständigung*, Nomos Verlag, 2015.
- Fezer, G., “Inquisitionsprozess ohne Ende? - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2010.
- Fezer, G., *HRRS Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2013.
- Fischer, T., “Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf.”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010.
- Hassemer, W., “Konsens im Strafprozess”, en *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, pp. 171-190.
- Globeke, C., “Die Verständigung im Strafprozess nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder ‘Da stelle mer uns mal ganz dumm...’”, *Juristische Rundschau*, 1, 2014.
- Hettinger, M., “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, 2011.

- Luhmann, N., *Soziale systeme: grundriss einer allgemeinen theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.
- Meyer, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013.
- Murmann, U., “Reform ohne Wiederkehr?–Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren”, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 10, 2009, pp. 526-538.
- Salditt, F., “Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht: Ergänzende Überlegungen aus forensischer Sicht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115.3, 2003, pp. 570-582.
- Schünemann, B., “Zur Entstehung des deutschen ‘plea bargaining’”, *Festschrift für Andreas Heldrich*, München, 2005.
- Stuckenberg, C-F., “Zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013.
- Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Gunther Teubner, 1989.
- Weßlau, E., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren-Leitidee für eine Gesamtreform?* Nomos-Verlag-Ges., 2002.
- Wittgenstein L., *Philosophische Untersuchungen*, 1953.
- Quine W. V. O., *Word and Object*, MIT Press, 1960.