

Qf

Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

N. 3 | 2022

www.quaestiofacti.com

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo Español
- José María Asencio
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng
University of Political Science and Law (CUPL),
China
- Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman
University of Oxford, Reino Unido

ÍNDICE

DEI VECCHI, DIEGO; FERRER BELTRÁN, JORDI: <i>Presentación</i>	7
---	---

ENSAYOS

LARSEN, PABLO: <i>Derechos fundamentales, discrecionalidad judicial y proceso penal: cómo la reglamentación de los derechos puede afectar los objetivos del proceso</i>	13
GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL: <i>Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de «sentido común»</i>	49
AGUILERA, EDGAR: <i>Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica</i>	81
MARCHESE, ELENA: <i>Evidence, Standards and Burdens of Proof in the European Asylum System: a New Field for Evidence Scholars?</i>	103
DE PAULA RAMOS, VITOR: <i>«Déjame atravesar el viento con documentos»: propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI</i>	131
VOGT GEISSE, THOMAS: <i>La distinción entre esclarecimiento probatorio y esclarecimiento preparatorio en el proceso civil</i>	159
OSORNIO PLATA, VERÓNICA LORENA: <i>Juez de amparo. Un garante de la corrección epistémica de los hechos</i>	175
LUMIENTO, MARÍA ELENA: <i>Sobre la obligación de aplicar los Protocolos de Estambul y Minnesota en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	217

CONJETURAS Y REFUTACIONES

ALLEN, RONALD J.: <i>Naturalized Epistemology and the Law of Evidence: A Reply to Pardo, Spellman, Muffato, and Enoch</i>	253
---	-----

INFORME DEL PCAST: CIENCIA FORENSE
EN LOS TRIBUNALES PENALES

VÁZQUEZ, CARMEN: <i>Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales</i>	275
<i>Informe al Presidente. Ciencia forense en los tribunales penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características</i>	285

CIENCIA PARA EL PROCESO

BIEDERMANN, ALEX; KOTSOGLU, KYRIAKOS N.: <i>(Un-)interpretability in Expert Evidence: An Inquiry into the Frontiers of Evidential Assessment</i>	483
--	-----

IURIS PRUDENTIA

GILES, ALEJO JOAQUÍN; MINATTA, OLIVIA: <i>La prueba de los motivos discriminatorios según la Corte Suprema argentina: ¿cómo mejorar su regulación?</i> ...	521
--	-----

PRESENTACIÓN

Con gran satisfacción presentamos este tercer paso hacia la consolidación de *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Racionamiento Probatorio*. La revista nació hace tres años ante la necesidad de contar, en el marco de la cultura jurídica hispanohablante, con un espacio de discusión especializado, riguroso, en materia de razonamiento probatorio.

El objetivo inicial, invariable hasta hoy, ha sido el de sortear fronteras territoriales, por ejemplo, entre los ámbitos del *civil law* y del *common law*, pero también entre diferentes disciplinas. La revista se propuso desde el inicio derribar barreras entre la epistemología, el derecho procesal, el derecho internacional de los derechos humanos y diferentes ciencias relevantes para la práctica forense.

Esta iniciativa se apoya en poderosas razones que indican que derrotar esas barreras redundará siempre en beneficio creciente de la práctica jurídica decisoria y motivacional. Por cierto, afortunadamente no se trataba entonces, ni se trata ahora, de una iniciativa inusitada y solitaria. En septiembre de 2016, por ejemplo, durante la administración de Barack Obama, el *President's Council Advisors on Science and Technology* (PCAST) emitió el informe titulado: «Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods». Ese informe constituyó un hito fundamental, y de un carácter muy peculiar, dentro de la gama de estudios guiados por la iniciativa que también impulsa a *Quaestio facti*. Se trata de un trabajo que claramente desafía las barreras entre disciplinas pero que, a pesar de su importancia, había quedado hasta ahora circunscrito a un ámbito cultural muy concreto. De allí que hayamos decidido publicar en este tercer número la traducción al castellano de dicho informe, que estimamos aporta información extraordinariamente valiosa para académicos y juristas prácticos. La traducción fue llevada a cabo por José Juan Lucena Molina y está aquí antecedida por una esclarecedora introducción de Carmen Vázquez Rojas.

La extensión del informe nos motivó a suspender, solo por esta ocasión, la sección *Conjeturas y refutaciones*. En el presente número dicha sección se reduce a la contrarréplica a sus críticos de Ronald Allen, autor del texto principal de *Conjeturas y refutaciones 2021*.

Para concluir, aprovechamos la ocasión para agradecer a quienes nos brindan su apoyo para poder editar la revista cada año. En relación con este tercer número en particular, agradecemos especialmente a los autores y autoras por confiar en la revista para publicar sus trabajos y a todas las personas que aceptaron realizar la crucial y ardua labor de dictaminar textos anónimamente. Por último, por su invaluable y generosa ayuda a efectos de corregir pruebas de imprenta, agradecemos a Jorge Baquerizo, Renzo Cavani, Marianela Delgado Nieves, Carlo Vittorio Giabardo, Jesús Juan Gutiérrez Estrada, Sidney Marcos Escobar, Margarita Rosa Martínez, Jaime Oportus Maino, Sebastián Rebolledo, Henry Reyes Garcés y Marco Segatti.

Diego Dei Vecchi y Jordi Ferrer Beltrán

ENSAYOS

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

Pablo Larsen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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