



# Comisión de Derecho Procesal Penal

## PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

Rita Mill

1. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y LOS PROCESALES. 2. PRINCIPIO ACUSATORIO. 2.1. ALCANCE Y CONSECUENCIAS. 2.2. RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y ADVERSARIAL: CONSENSO Y OPORTUNIDAD. 2.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS. 2.4. IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y OBJETIVIDAD DEL FISCAL. 2.5. LA INFLUENCIA DE FACTORES EXTERNOS EN LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ: LA PRENSA, LA POLÍTICA, LA SOCIEDAD. 3. EPÍLOGO.

### 1. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y LOS PROCESALES.

Cuando la realización del derecho penal y la aplicación de las penas como su consecuencia, pasaron a ser una obra estatal, surgió evidente lo inconveniente que resultaba, la discrecionalidad con que se manejaban quienes tenían en sus manos el ejercicio de semejante atribución.

Las ideas liberales surgidas de los filósofos y demás pensadores que formaban parte del movimiento revolucionario francés permiten pergeñar un modelo de Estado que tiene una idea fuerza: la división en el ejercicio del poder. Los miembros del Parlamento miraban con absoluta desconfianza el desempeño de la magistratura de la época, cuyos cargos se compraban o alquilaban, según la conveniencia mutua. La monarquía tampoco era ajena a la situación. Como consecuencia de este estado de cosas, el Parlamento decide “gobernar” por medio del dictado de leyes.

En la materia que nos ocupa, sin duda la más sensible social y políticamente, se decide poner límite a la posibilidad de juzgamiento de los jueces. Para hacerlo, se dictan leyes en las que se definen qué conductas de los súbditos serán reprochables por el Estado, y qué penas les serán



## Comisión de Derecho Procesal Penal

aplicables a quienes incurran en ellas. Se está así conformando un principio básico al funcionamiento del Estado de Derecho: el de *legalidad en materia penal*.

El Estado se pone límites a sí mismo en el ejercicio de su poder más violento, cual es el poder penal. Pero también lo estaba haciendo con los ciudadanos, quienes a partir de ese momento no podrían más ejercer la justicia por mano propia; se le veda, salvo alguna excepción (legítima defensa) la autotutela de sus propios derechos.

Pero no concluye allí la actividad legislativa. En efecto, el monopolio ejercido para delimitar el mapa conductual de la sociedad, se extendió también al momento de bajar línea de manera concreta ante la incursión real de un miembro del cuerpo social en alguna de las conductas descriptas como rechazadas por el Estado. Así, el ejercicio del poder penal en la práctica, se consideró tarea exclusiva y excluyente de un órgano del propio Estado, a la vez que simultáneamente se estableció, que los particulares, salvo ciertas excepciones (delitos de acción privada), no podían disponer de la consecuencia jurídico penal que podía acarrear la conducta desplegada.

Simultáneamente, el ideario libertario de la Revolución va conformando un modelo donde surgen con nitidez valores inherentes a la persona humana y a su dignidad como tal. Había que lograr que el ejercicio del poder jurisdiccional también tuviera límites suficientes, para no avasallar esas garantías que recién comenzaban a reconocerse a aquéllos a quienes alcanzaba la persecución del Estado.

En esa búsqueda de un sistema de frenos y contrapesos, aparece la figura del fiscal, que como miembro del Ministerio Público pasó a ser el encargado de activar la tarea jurisdiccional la que no podría entonces iniciarse oficiosamente. Será pues su obligación funcional (*legalidad procesal*), llevar adelante la acción penal en los casos en los que se despliegue una conducta que aparezca como probablemente incurso en alguna de las descripciones hechas por la ley penal.

Así, dos órganos estatales, uno jurisdiccional y otro del ministerio público, tienen el monopolio del ejercicio del poder penal del Estado. Enfrente, la persona perseguida comienza tímidamente a hacer valer algunos derechos que le asisten en esa condición, y empieza a delinearse entonces un



# Comisión de Derecho Procesal Penal

procedimiento, una forma de poder culminar con la aplicación de una sanción penal si así correspondiera. Los órganos jurisdiccionales, entonces, solo podrán aplicar la ley penal por los medios específicamente establecidos (proceso).

Surge clara pues *la necesaria correspondencia entre principios penales y procesales* que están en la génesis del proceso penal. *Legalidad penal, legalidad procesal; imparcialidad de la jurisdicción, defensa del acusado*, constituyen términos entrelazados de una misma ecuación.

## 2. PRINCIPIO ACUSATORIO.

### 2.1. Alcance y consecuencias.

*Principio acusatorio o sistema acusatorio?*

*Principio*, en la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española es la “base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia. Lino Palacio<sup>1</sup>, denomina *principios procesales* a las *directivas u orientaciones generales* en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal. No se puede aquí obviar decir, que esas orientaciones generales tendrán directa e inmediata correspondencia con la filosofía político- institucional vigente en el lugar donde rija el ordenamiento jurídico en cuestión.

La vinculación aludida, cobra aún más fuerza cuando se habla del ordenamiento jurídico procesal penal. Es conocida y reiterada la cita de Roxin<sup>2</sup> en el sentido de que el tipo de proceso penal que rige en un país, se constituye en el termómetro que indica el carácter autoritario o liberal de un Estado.

Ya en directa referencia al *principio acusatorio*, y refiriéndose al proceso inglés, Díez-Picazo<sup>3</sup>, destaca que “*el principio acusatorio* significa sustancialmente que los tribunales carecen de facultades de actuación de

<sup>1</sup> Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, 1994, t. I, Seg. Ed., p. 250. En sentido similar: Liebman, Manuele, t. I, p. 227.

<sup>2</sup> Roxin, Claus, Derecho procesal penal, trad. de la 25ª ed. alemana, Ed. Del Puerto s.r.l., Bs. As., 2000, p. 10.

<sup>3</sup> Díez-Picazo y Giménez, L.M., La acusación penal en Inglaterra, Tribunales de Justicia, 11/1997, p. 1098.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

oficio, porque estas serían en puridad incompatibles con la igualdad de los litigantes”; por su parte, Delmas Marti<sup>4</sup>, afirma que es aquél en virtud del cual “el juez es el *árbitro* de una contienda entre partes que comparten por igual la carga de la investigación”.

A su turno, Teresa Armenta Deus<sup>5</sup>, sostiene, que el *principio acusatorio* “ciñe su contenido a la necesidad de *que exista acusación y que quien acuse no juzgue*, lo que en términos del proceso supone conocer de la acusación formulada, la existencia de correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de la *reformatio in peius*”.

También Montero Aroca<sup>6</sup> dice: “Es evidente que de verdaderos *principios* debería hablarse solamente con relación a aquéllos que hacen a la *esencia del proceso*, los que llevan a *que el proceso sea lo que es y no otra cosa*, mientras que debería hablarse de *reglas conformadoras* respecto de lo accidental de ese proceso. Estaríamos así siendo rigurosos con la terminología, pero el caso es que después de siglos de hablar de principios del proceso penal, mezclando *verdaderos principios y reglas conformadoras*, el intento de rigor en la terminología podría inducir a confusiones”.

Veamos ahora que se entiende por *sistema*. Es el conjunto de *reglas o principios* sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. He aquí, la razón del interrogante en el inicio: *principio acusatorio o sistema acusatorio?* Si bien puede que estemos ante un debate excesivamente dogmático y escasamente relevante, lo cierto es que la dificultad de la delimitación conceptual existente entre *principio acusatorio* y *sistema acusatorio* ha sido puesta de manifiesto por numerosa doctrina y por cierto que este no se encuentra resuelto ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a consecuencia de los finísimos límites lingüísticos-semánticos-conceptuales en que se sitúa. Así, es fácil observar, como buena parte de la doctrina y la jurisprudencia

---

<sup>4</sup> Es cita de Guerrero Palomares, Salvador, en *El principio acusatorio*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra (España), 2005, p. 83. Delmas Marti, M., *Procesos penales en Europa: Perspectivas...*, p. 504.

<sup>5</sup> Armenta Deu, Teresa, *El proceso penal: fines y características*, Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, Barcelona, 2004, 2da. Edición, p. 43.

<sup>6</sup> Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.14.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

utiliza de manera indistinta “principio” y “sistema” para referirse a una misma realidad<sup>7</sup>.

Para el mismo autor, la denominación más correcta, sería la de “sistema acusatorio”. Se apoya para ello en la opinión de De la Oliva Santos<sup>8</sup>, quien basándose en la lógica aristotélica, distingue entre “principios” y “formas”, entendiendo, básicamente que “principio” es aquello que resulta *raíz esencial* del proceso y “forma” es lo que resulta *contingente* al mismo, una configuración externa del proceso.

Por su parte, Armenta Deu<sup>9</sup>, refuerza la idea al afirmar que se constata la diferencia de *un principio acusatorio con un sistema acusatorio*, ya que este último comprende la plena vigencia de varios principios propios de un Estado de Derecho: igualdad de la partes, contradicción, principio acusatorio (conforme lo expresado más arriba) y derecho de defensa en su máxima extensión.

Volviendo a Montero Aroca<sup>10</sup> se refuerza la idea de la diferencia: “En nuestra opinión, la misma idea de *principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales* diferentes descansa en un grave error...”

Por su parte, Maier<sup>11</sup>, parece no preocuparse demasiado por tantas disquisiciones terminológicas. Así surge de la lectura de su obra, de la que tomo un párrafo a título ilustrativo: Bajo este rubro nos proponemos estudiar las *máximas* que junto a las *reglas constitucionales* de principio, gobiernan el enjuiciamiento penal del país. Dicho de otra manera, constituyen *principios* del derecho procesal penal de nuestro país que no están directamente vinculados a la ley fundamental, pero que no obstante, por razones culturales o de *sistema* configuran la base de comprensión de la persecución y del enjuiciamiento penal positivos.

---

<sup>7</sup> Guerrero Palomares, S., El principio..., cit., p. 88.

<sup>8</sup> De la Oliva Santos, A., en AA. VV., Derecho Procesal. Introducción, CEURA, Madrid, 2002, p. 49 y ss, y 67 y ss.

<sup>9</sup> Armenta Deu, T., El proceso..., cit. P.43.

<sup>10</sup> Montero Aroca, J., Principios...cit., p.25.

<sup>11</sup> Maier, Julio B. J., Derecho procesal Penal, Tomo I. Fundamentos, Ed. Del Puerto s.r.l., Buenos Aires-2004- 2ª edición, 3ª reimpresión, p. 811.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

En distintas partes de su extensa obra nos habla de *fundamentos constitucionales*, en referencia a los que enuncia como *principios* relativos al procedimiento o a la organización judicial, también de *principios políticos* cuando desarrolla lo concerniente al proceso como obra estatal.

Como se advierte, para el maestro, hacer uso indistinto de los términos: máximas, reglas, principios, sistema, fundamentos, para referirse a realidades diversas o iguales, según las circunstancias, como se dice vulgarmente, no es algo que le haga perder el sueño.

A su turno Bovino<sup>12</sup>, en coincidencia con Maier, luego de afirmar que los *principios procesales* son lineamientos estructurales, características especiales que tienen sus propias particularidades y funciones, y que informan el procedimiento penal, sostiene que son *principios políticos*, que como regla no representan exigencias constitucionales.

Sin embargo, concluye, esos *principios políticos* (oficialidad, legalidad procesal y verdad real), son los que, junto a las exigencias constitucionales dan forma y estructuran *el sistema de enjuiciamiento penal* del Estado.

Llegados a este punto, debo fijar mi posición respecto del tema en trato. Prefiero optar por designar como *sistema procesal al conjunto de principios básicos que se unen a ciertas reglas o formas más o menos circunstanciales, con algún grado de coherencia ideológica entre sí, y sin perjuicio de que existan situaciones en las que de manera excepcional, ceda alguno de aquéllos.*

Reservaría la denominación de *principios a ciertos ejes directrices esenciales, que extraídos hoy de los textos constitucionales o convencionales deben aparecer en la base de un sistema procesal que pretenda validez y vigencia en un Estado de Derecho.*

Posicionada de esta manera, paso a adentrarme en lo que se da en llamar *sistema acusatorio.*

Tradicionalmente, hablamos y enseñamos sobre el sistema acusatorio enunciando algunas de sus características y contraponiéndolas a las del sistema inquisitivo. Critica Montero Aroca<sup>13</sup> estas clásicas enunciaciones,

---

<sup>12</sup> Bovino, Alberto, Principios políticos del procedimiento penal, Estudios del Puerto, Editores del Puerto, 2005, CABs.As., p. 1.

<sup>13</sup> Montero Aroca, J., Principios...cit., p. 29.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

diciendo que no tienen ningún valor, que son conceptos del pasado y que por otra parte, el inquisitivo jamás fue un sistema procesal penal, simplemente formas de aplicación de penas y que el único proceso es el acusatorio, ya que no puede existir verdadero proceso si éste no es acusatorio. Por tanto, concluye, resulta un pleonismo decir proceso acusatorio.

En este tema, como en tantos otros, resulta insoslayable una mirada hacia atrás en el camino de la historia universal. Se advierte entonces que la razón de ser de algunas notas propias del sistema acusatorio están dadas por la *identificación casi total entre el derecho penal y el derecho civil*.

Así se explica que no se pudiera iniciar un proceso sin un acusador particular interesado, que además investigara, concretara el hecho y señalara al sujeto, a quien le asistía en pie de igualdad el derecho a la contradicción. La prueba, libremente valorada tendía a construir una verdad formal y la sentencia, sin recurso alguno, era dictada por la asamblea popular.

Esta apretada síntesis resultaba absolutamente necesaria para permitir el ingreso al tratamiento del siguiente subtema.

## **2.2. Relación con los principios dispositivos y adversarial: consenso y oportunidad.**

*2.2.1. Se evidencia, de lo que acabo de sintetizar ut supra, que en el sistema acusatorio el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos.*

*El principio de oportunidad, que aquí aparece nítido, responde a una concepción política que se basa en la libertad del ciudadano, y conduce inexorablemente al principio dispositivo<sup>14</sup>.*

Pero cuando el derecho penal se comienza a distanciar del derecho civil aparece el quiebre inevitable, el que se va acentuando en la medida en que el propio Estado empieza a monopolizar las respuestas ante la comisión de conductas reprochables por los integrantes de la sociedad.

---

<sup>14</sup> Montero Aroca, J., Principios..., cit., p. 34.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Históricamente se asiste entonces a la aparición del sistema inquisitivo cuyas notas distintivas son por todos conocidas. La Inquisición, dice Maier<sup>15</sup>, traduce el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas, bajo la forma de un juicio, sustituyéndolo por la persecución penal pública...a cargo del inquisidor. Pena estatal, persecución penal pública, averiguación de la verdad, son verdaderos presupuestos de la creación de órganos estatales predispuestos para cumplir esa función, cualquiera sea el nombre con que se los mencione: ministerio público, policía, incluso jueces...

Como ya lo expresara al inicio de este trabajo, al son del influjo de las ideas de la Ilustración y de los códigos napoleónicos, se pergeña un sistema de proceso, que como producto de la transacción de los intereses políticos en pugna, concluye siendo una yuxtaposición de los que se habían conocido hasta entonces y que se dio en llamar sistema mixto, inquisitivo atenuado o acusatorio formal.

Se toma de uno la concepción de que solo el Estado y no los particulares, puede ocuparse de la persecución e investigación de los delitos; del otro, la idea de que no pueden concentrarse en una misma persona la función de perseguir y acusar, con la de juzgar.

Para coordinar ambas exigencias resultó esencial la incorporación al proceso penal de la figura del Ministerio Fiscal. Al mismo se encomienda el ejercicio de la acción penal (acusar), bien de forma exclusiva (sistema continental francés), bien de forma compartida, ya sea solo con las víctimas (acusadores particulares, sistema continental alemán o italiano), ya sea con cualquier ciudadano (acusador popular, sistema continental español). Este acusador público ejercita formalmente la acción penal cuya titularidad sigue ostentando el Estado<sup>16</sup>.

El llamado sistema procesal penal mixto se enseñoreó por décadas, que a veces llegaron al siglo, en los países hispano- parlantes. Esto significó, que el *principio de legalidad* fuera durante muchos años en la legislación latinoamericana un parámetro que no ha admitido excepciones, teniendo como exigencia una política criminal intransigente, divorciada de criterios

---

<sup>15</sup> Maier, Julio B.J., Derecho..., cit., T II, p.293.

<sup>16</sup> Armenta Deu, T., El proceso...,cit., p. 35.





# Comisión de Derecho Procesal Penal

reales de administración de justicia, que se ha ocupado de *pregonar una necesaria e inevitable reacción del Estado* a través de los órganos encargados de ejercer la acción penal frente a la comisión de un hecho delictivo de acción pública, reclamando la investigación, el juzgamiento, y si corresponde el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar<sup>17</sup>.

Fácil resulta colegir que en este marco conceptual, el *principio dispositivo* resulta absolutamente incompatible.

## 2.2.2. *El principio de legalidad sin excepciones no resulta hoy sostenible.*

Dentro del sistema mixto, derivado del derecho continental europeo y teniendo en cuenta la nota de publicidad que caracteriza a la acción penal, debemos concluir afirmando junto a Ferrajoli<sup>18</sup>, que el ejercicio de aquella, constituye *un deber* para los órganos del ministerio público y *un derecho* para los ciudadanos. Esta obligatoriedad se deriva de *la legalidad* o sujeción sólo a la ley de toda la función judicial, que excluye su activación conforme a criterios arbitrarios o potestativos. De *la indisponibilidad* de las situaciones penales, que impide el valor dirimente de la confesión del imputado o el poder absolutorio de los órganos de la acusación y en general la relevancia de las transacciones, aceptaciones o renunciaciones entre las partes. De *la igualdad penal* que excluye toda disparidad de tratamiento de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso, o peor aún a valoraciones acerca del comportamiento procesal del imputado y en particular acerca de su voluntad para entrar en tratos con la acusación.

Con lo sintéticamente expresado se advierte claramente la postura de Ferrajoli, que adhiere sin reservas al principio de legalidad y que al defenderlo de los ataques de quienes califican de “monstruo” al sistema mixto, dice, que no lo es menos el anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación, y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva y la discrecionalidad de su ejercicio que es de ascendencia acusatoria. Porque, en efecto, es completamente

---

<sup>17</sup> Cf. Centurión Ortiz, Rodolfo F.: Introducción al Derecho procesal penal paraguayo, Ed. Intercontinental, Asunción, 2001, p. 107.

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta, Madrid, 2da Edición 1997, p. 567 y ss., para un desarrollo exhaustivo de su postura en torno a la temática.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

absurda la figura de un acusador público- aunque sea electivo- no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales son merecedoras de persecución o también en predeterminar la medida de la pena negociando con el imputado, todo lo cual constituye una *fuentes inagotable de arbitrariedades*.

Todo el desarrollo de su exposición sobre el tema es plenamente coherente con la *postura garantista* de la que es sin dudas el más conspicuo representante. Y es precisamente esa coherencia lógica en el desarrollo de la teoría del garantismo penal la que de alguna forma la torna invulnerable a los embates *teóricos* que se intenten a su estructura conceptual y filosófica.

En similar postura se enrola Montero Aroca<sup>19</sup>. No resulta explicable lógicamente, que si el Estado por medio de una ley establece que un acto debe ser considerado delito, luego consienta que dejen de perseguirse actos concretos que quedan subsumidos en la tipificación penal, por cuanto ello, además, implicaría una gravísima desigualdad entre los ciudadanos. Más adelante concluye diciendo que los defensores de la oportunidad, en España, mantienen una concepción claramente política del reparto de los poderes del Estado, concepción que les lleva a aumentar los del ministerio público. El cambio de perspectiva supone admitir que el principio de oportunidad no era ni es una propuesta de avance en la civilización, ni en la cultura jurídica, ni en la ciencia procesal, sino una postura política de concepción del Estado. Admitido esto, el paso siguiente consiste en reconocer que el Poder Judicial no puede hacer frente al número de delitos y, por tanto, de procesos penales. *Con ello el debate no se centra ya en los principios, sino en la posibilidad de que los mismos puedan ser llevados a la práctica.*

Pero, a esta altura de los tiempos y a la luz del fracaso más estrepitoso del sistema penal al que nos vemos enfrentados diariamente, cabe preguntarse si resulta razonable atrincherarse detrás de una construcción de estructuras ideológicas perfectas a costa de sumergirnos en profundidades sin retorno. En la evaluación costo-beneficio, creo que no se puede rechazar la posibilidad de diseñar instrumentos, dentro o fuera del proceso penal, que aunque fundamentalmente prácticos permitan avizorar siquiera al cabo de

---

<sup>19</sup> Montero Aroca, J., Principios...,cit., p.80.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

algunos años un mejor equilibrio en el cuerpo social. Negarnos esa posibilidad significará seguramente un mayor fracaso, ya que cuando la concepción teórica se torna irrealizable en la práctica nos enfrentamos a una utopía, que por propia definición no nos será útil para solucionar los conflictos adversariales de personas de carne y hueso, hoy y aquí<sup>20</sup>.

En coincidencia, la conclusión de Montero Aroca expresa: Se trata, por tanto, de asumir el fracaso en la realidad de la construcción teórica y de encontrar la manera de, sin desvirtuar lo esencial (y de ello forma parte la mejor defensa del acusado), hacer lo posible. De esta manera hemos descendido de los principios conformadores del proceso penal, los que se refieren al termómetro que mide la concepción política del Estado, a algo que ya no guarda relación con esos principios, aunque puede significar *la adecuación de los mismos a la realidad*. Ya no se debate sobre conquistas de la civilización y de la cultura jurídica, de lo que es mejor, sino solo de *lo que es posible*.

### 2.2.3. Una realidad incontestable.

Mucho se ha escrito sobre el colapso generalizado de la justicia, muchas cifras basadas en estadísticas oficiales y privadas son demostrativas de ello<sup>21</sup> y no hay dudas que el sector de la justicia penal es donde impacta más fuertemente el fracaso del sistema. No se me escapa tampoco que el problema no es patrimonio argentino ni exclusivo del tiempo que nos toca vivir; es posible que merced a la acción de los medios masivos de difusión hoy se haga más evidente, esté presente en la conversación diaria, pero nada más. De todas formas es *nuestro problema* y por ende importante y merecedor del esfuerzo de los estudiosos a fin de encontrar soluciones que intenten paliarlo siquiera en parte.

---

<sup>20</sup> Mill de Pereyra, Rita y otros, Derecho procesal penal. Derechos Humanos, Ed. Eudene, Bs. As., 2da. Edic., 2005, T I, p. 123 y ss.

<sup>21</sup> Sobre el tema: Cafferata Nores, José I.: Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Ed. del Puerto, Bs. As., 2000, 3ra Ed. actualizada. Superti, Héctor C.: Derecho procesal penal. Temas conflictivos. Ed. Juris, Rosario, Santa Fe, 1998. Bovino, Alberto: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Ed. del Puerto, Bs. As., 1998.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Las razones de índole práctica que se han invocado para tratar de justificar la introducción de criterios de oportunidad –como excepción– dentro del principio de legalidad procesal son múltiples y diversas y no haré acá un enunciado repetitivo de lo que puede leerse en los textos señalados. En mi opinión –y lo vengo sosteniendo desde hace años– el argumento más fuerte es la necesidad de “blanquear” *la actividad selectiva* que en la práctica realizan a diario los integrantes del Ministerio público fiscal y de los juzgados a cargo de la instrucción formal, según el caso.

Sabido es que el número de casos ingresados al sistema – inferior a los hechos realmente acaecidos - supera con creces la posibilidad de un adecuado y pronto tratamiento dentro de él; las razones son múltiples y no cabe aquí su análisis. Esta situación impone- lamentablemente- un decantamiento a veces irracional, otras interesado, sin parámetros de ningún tipo, que se constituye, usando palabras de Ferrajoli- aunque en defensa de la legalidad a ultranza- “en una fuente inagotable de arbitrariedades”.

Así, será el fiscal o el juez -según los códigos procesales respectivos- el secretario o simplemente los empleados, los que decidan qué causas se tramitan y que causas no. Los criterios usados son incontrolables. Se tendrán en cuenta aquellas que tienen personas detenidas, en las que se ventilan hechos de gran repercusión social, en las que intervenga un querellante activo, siendo éstas motivo de preferente atención, y se paralizarán otras por dificultades en la investigación o por los sujetos involucrados – importantes o intrascendentes en la sociedad – y así llegarán a juicio o se prescribirán, sin saber exactamente porqué.

Es esta gran hipocresía la que vivimos a diario para poder mantener, - según alguna vez me han dicho- la coherencia ideológica y conceptual del sistema y ello me parece deshonesto intelectualmente.

La historia ha demostrado que no hay sistema - político, jurídico, económico - totalmente puro; parecería que la mixtura diera mejores resultados, por tanto no se advierte razón para que, y a la luz de realidades incontestables aceptemos esa posibilidad en el tema en trato. Es más, creo que cada vez son menos los que se niegan a ello.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

Para concluir estas disquisiciones nada más apropiadas que las palabras de Hassemer<sup>22</sup>: “Tanta legalidad como sea posible, tanta oportunidad como sea necesaria (política y económicamente en cada momento histórico)”.

## 2.2.4. El principio de oportunidad<sup>23</sup>.

Cafferata Nores<sup>24</sup> lo define como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. El mismo autor sostiene que en su opinión, las excepciones que se admitan al principio de legalidad deben ubicarse no en el inicio de la acción penal, evitando su promoción, sino en el momento posterior del ejercicio, haciéndolo cesar. Solo así –afirma- se logrará la explicitación pública de sus fines y la transparencia de su adopción.

Por su parte, Gimeno Sendra, Moreno Catena, y Cortés Domínguez<sup>25</sup> señalan como *fundamento del principio de oportunidad*, razones de utilidad pública o interés social que se concretan en: a) la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito; b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima; c) la evitación de los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; d) la obtención de la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un proceso de readaptación a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento por

<sup>22</sup> Hassemer, Winfried: La persecución penal: legalidad y oportunidad en Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica, N° 10, Año 7, 1995.

<sup>23</sup> Sobre el tema: Maier, Julio: Derecho... cit.. T I. Cafferata Nores, José I. en Cuestiones actuales...cit., Hassemer Winfried: Persecución penal: legalidad y oportunidad, en Hacia una nueva justicia penal, publicación del Consejo para la consolidación de la democracia, Bs. As., 1984, B. J. 4. Gimeno Sendra, José V.: Fundamentos del derecho procesal, Ed. Civitas, Madrid 1981.

<sup>24</sup> Cafferata Nores, José I., Cuestiones actuales... cit, p. 32.

<sup>25</sup> Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Cortez Domínguez, Valentín: Derecho procesal, proceso penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, ps. 56/57. Es cita de Sanpedro Arrubla, Julio A., en art. cit., p. 365.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

razones de oportunidad; e) la obtención de la reinserción social de presuntos terroristas y una mayor información de las bandas armadas.

En el mismo orden de ideas- fundamentos- y en relación con la temática que se viene desarrollando diré que la adopción *de criterios de oportunidad* en el marco genérico *del principio de legalidad* puede servir a dos fines: *al sistema* y *a sus protagonistas*. Al primero, en cuanto al descomprimirlo lo tornaría más *eficiente*, pero esencialmente porque permitiría *sincerarlo*. Respecto de los segundos, porque en un gran número de casos, haría posible- con el adecuado marco legal que prevea el contralor estatal- que el conflicto adversarial se dirima con la participación de sus protagonistas directos, cuya voluntad será tenida en cuenta, con lo que habrá de lograrse, seguramente, una más adecuada, satisfactoria y rápida respuesta al problema subyacente en todo litigio.

## 2.2.5. Oportunidad libre, oportunidad reglada.

*Oportunidad libre* es la modalidad adoptada por el derecho anglosajón, en el que el fiscal, tiene libre y absoluta *disponibilidad* para el ejercicio de la acción penal, que estará orientada fundamentalmente por la mayor o menor expectativa de obtención de una condena contra el perseguido penalmente.

*Oportunidad reglada*, es la que con ligeras variantes, acordes con la idiosincrasia nacional, rige en los países que hemos abrevado en el modelo europeo- continental, en los que partiendo de la *vigencia del principio de legalidad* procesal, se admiten directa o indirectamente *excepciones* al mismo fundadas en *razones de oportunidad*, por lo que parece correcto afirmar que en nuestras legislaciones *la regla es el principio de legalidad*, con *excepciones que lo confirman, determinadas taxativamente por criterios de oportunidad*.

Oportunidad libre, oportunidad reglada, lo cierto es que esta discrecionalidad que en mayor o menor medida permite el concepto en lo concerniente al ejercicio de la acción penal pública y a su continuidad, resultan inconciliable con modelos teóricos de proceso penal en los que el *principio de legalidad penal y procesal* sea un eje dominante.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

## 2.2.6. Principio adversarial?

Algunas razones prácticas incuestionables, otros argumentos jurídicos que no lo son tanto, están haciendo que pululen por doquier alternativas diferentes que intentan encontrar variables con algún rigor científico al momento de trabajar *nuevos diseños de proceso penal*.

Así, se escucha con insistencia hablar del proceso adversarial, en alusión directa al modelo anglosajón. Tomo al azar una definición de proceso adversarial<sup>26</sup>: es aquél en que las partes-acusación y defensa-exponen y ejecutan su postura, respecto de un caso, frente a un tercero (tribunal) imparcial, imparcial e independiente. A fuer de ser sincera, no alcanzo a vislumbrar donde radica la diferencia entre el así nominado proceso adversarial y cualquier otro, civil o penal que conocemos tradicionalmente. Se conforma un proceso con dos partes enfrentadas, dos “adversarios”, que actúan frente a un tercero imparcial que dirime la contienda.

“En los Estados Unidos la labor de recabar y preparar las pruebas para presentarlas le corresponde a los litigantes y sus abogados, normalmente sin la ayuda del juez. El papel principal del juez es estructurar y regular el desarrollo de los puntos en controversia entre *los adversarios* y asegurar que estos se apeguen a las leyes y se llegue a una resolución equitativa”<sup>27</sup>.

En el modelo procesal norteamericano la actividad del juez se concibe, no como el ejercicio de una manifestación de soberanía popular para lograr un resultado justo, a través de la aplicación del derecho impartiendo justicia, sino como un mero medio de solventar conflictos. Así, no es una temeridad afirmar que, muchas veces, no gana quien está más cargado de razón, ni quien tiene la ley más cercana, sino quien resulta ser más hábil, más poderoso y quien cuenta con más medios económicos, ya que la unión de la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la acción, la existencia de la verdad formal y la neutralidad judicial, pueden en determinados momentos

---

<sup>26</sup> Farsa, Pablo, Revista de Derecho Procesal Penal, Inecip, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 365.

<sup>27</sup> El Sistema Federal Judicial en los Estados Unidos, Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, 2000, p. 19.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

conducir a ello<sup>28</sup>. Muestra si las hay, fue la absolución de culpa y cargo, en lo penal, con que se favoreciera a Simpson, a quien se había filmado matando a golpes a su esposa.

Creo, al margen de otras consideraciones, que no corresponde hablar de un “*principio adversarial*”, como se postula en el temario propuesto. Ello, sin perjuicio de que en el modelo anglosajón, la actividad que despliegan “los adversarios” adquiera ciertas connotaciones y nomenclatura que la distinguan de lo que constituyen nuestros hábitos judiciales. Tengo para mí, que la denominación *adversarial*, sirve para dar mayor fuerza a la tradicional actividad de *las partes* en un proceso, que inclusive, me suena mejor, pero que no deja de ser una de las tantas modas que en nuestro ámbito solemos importar de tanto en tanto.

## 2.2.7. *Consenso.*

Respecto del llamado “*principio del consenso*”, dice Armenta Deu<sup>29</sup>, que comenzó a utilizarse esta expresión para referirse a la forma de terminación del proceso penal mediante un acuerdo “de conformidad” entre las partes acusadora e imputado. El “*principio del consenso*” sería, por tanto, una de las posibles vertientes del *principio de oportunidad*.

En verdad, es la única autora en la que encuentro usada la expresión *principio* para referirse al *consenso*. Tengo para mí, que difícilmente pueda elevarse a la categoría de “*principio*”, por lo menos en el sentido en que se lo ha definido antes, lo que-creo- constituye tan solo una variable posible del *principio de oportunidad*, o si se quiere lo que podemos llamar *reglas o formas* anormales de conclusión del proceso penal.

## 2.3. Principio de igualdad de armas.

Enunciado antes, que todo proceso supone dos adversarios que confrontan “sus fuerzas” ante un tercero imparcial, cabe ahora entrar a analizar en qué condiciones se encuentran quienes así deben hacerlo.

---

<sup>28</sup> Guerrero Palomares, S., El Principio...cit., p. 36.

<sup>29</sup> Armenta Deu, T., El proceso...,cit., p. 62.





## Comisión de Derecho Procesal Penal

El principio de contradicción, como se lo conoce en doctrina, hace anclaje en las luchas físicas que en la antigüedad protagonizaban los contendientes en un proceso “judicial”, para determinar quien tenía la razón “jurídica” por haber ganado la batalla. Algo semejante ocurre en la época inquisitorial, pero allí la lucha ya no era entre pares, sino del “soberano” (Papa, Monarca) contra el súbdito acusado. De todas formas, con la convicción de que Dios conocía la verdad y no permitiría injusticias, se confiaba en que el inocente saldría airoso en la desigual contienda.

Hoy se hace pues referencia a “*la igualdad de armas*” en alusión al juicio considerado como una batalla judicial, una verdadera lucha, combate o duelo entre dos adversarios que deben usar sus mejores instrumentos para ganarlo, convenciendo al tercero que seguramente optará por quien despliegue mejores razones argumentales.

No cabe duda que el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio, tiene como derivación necesaria esta nota que debe caracterizarlo: la posibilidad del perseguido penalmente de ejercer su defensa en paridad de situación con quien en nombre del Estado intenta destruir la presunción de inocencia que lo ampara.

Claro que esta afirmación no tiene efectividad práctica sino en la etapa culminante del proceso, o sea durante la sustanciación del juicio oral y público, donde el contradictorio resplandece casi sin limitaciones, tanto hablemos del proceso penal mixto como del acusatorio.

Y ello guarda cierta lógica. En efecto, en cualquiera de los dos tipos de procesos, no parece razonable que el fiscal a cargo de la investigación preparatoria, haga pública, sin reserva alguna, la estrategia que está desarrollando, las medidas que tomará en el futuro para intentar que su caso encuentre sustento probatorio suficiente para mandarlo a plenario. Con las excepciones previstas en las leyes, podrá desplegar su accionar sin la obligación de “compartirlo” con la defensa del investigado.

Por ello, como bien afirma Maier<sup>30</sup>, igualar el poder de la organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, *resulta imposible*; ministerio público y policía ejercen el poder penal del Estado y, por ello

---

<sup>30</sup> Maier, Julio B.J., Derecho... cit., T I, p. 578.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

disponen de medios que, salvo excepciones son jurídicamente imposibles de equiparar. Ello se traduce ya, en la persecución penal concreta e individual en una *desigualdad real* entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Se trata así de un ideal-quizá utópico- el intentar acercarse al *proceso de partes*, dotando al imputado de facultades equivalentes a las de los órganos del Estado y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal con posibilidades parejas a las del acusador.

El principio de contradicción o contradictorio, que constituye un dato indispensable en el enjuiciamiento acusatorio moderno, garantía de libertad, defensa y justicia-favorecedor, pues, tanto de las partes como del buen despacho jurisdiccional-puede ser analizado desde diversas perspectivas: igualdad y defensa, por ejemplo. Con carácter general, la Corte Interamericana ha sostenido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio<sup>31</sup>

Llegados a este altura, debo decir que creo que esta derivación del principio de inviolabilidad de la defensa, difícilmente pase de ser una realidad virtual en cualquier tipo de proceso. Según las circunstancias, alcanzará a brillar con mayor o menor luz, pero como no le es propia, muchas veces desaparecerá. Trataré de explicar a que me refiero.

Dentro de lo que constituye un proceso penal típico, o sea dirigido a la persecución de los llamados delitos convencionales o comunes, debemos convenir, tal como lo expresa Maier, que la tan mentada igualdad de armas no pasa de ser una utopía. El ciudadano común, a veces sin recursos económicos, otras con ellos, pero absolutamente limitado en sus posibilidades reales por el tipo de prueba que se requiera o por connotaciones de cualquier naturaleza (mediáticas, políticas, repercusión social, etc) se enfrenta a un aparato estatal predispuesto funcionalmente y a veces mal dispuesto por motivaciones que no son del caso analizar acá. Pero, lo cierto es que la realidad nos muestra que las cárceles están llenas

---

<sup>31</sup> García Ramírez, Sergio, El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Contemporáneo, Libro de Conferencias y Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, RIL Editores, Santiago de Chile, 2010, p. 31.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

de personas que acusan déficits y carencias que jamás les permitirían aparearse en su accionar al que desarrollan los representantes estatales por mediocres que estos sean.

Pareciera que la desigualdad fáctica, dice Cafferata Nores<sup>32</sup>, existente entre el Estado en función de acusador y el ciudadano en situación de acusado, se procura nivelar jurídicamente- a favor de éste- con el principio de inocencia, con la exclusión de toda exigencia al imputado sobre la prueba de su inculpabilidad y con la imposibilidad de los jueces de condenarlo si el acusador no logró acreditar ciertamente su responsabilidad sobre la base de las pruebas por él aportadas.

Pasemos ahora a pensar en la otra delincuencia, en la organizada y trasnacional, a la que se deben enfrentar esos mismos funcionarios con algún plus en su accionar, en orden a la posibilidad del uso de determinados institutos procesales (agentes encubiertos, testigos de identidad reservada, etc) en los que por otra parte, no existe una experiencia tal que garantice eficiencia en la mayor cantidad de situaciones.

Tomemos un solo ejemplo y podría haber muchos más. Me refiero a los delitos conocidos como de “cuello duro o guantes blancos”, en los que aparecen formas sofisticadas de actuar, sus autores se valen de mecanismos inteligentes, se rodean de los mejores profesionales de las diferentes ramas de las ciencias, jurídicas, contables, informáticas, químicas, farmacéuticas, artísticas, médicas, etc; de los medios de transporte y comunicación de última generación, para finalmente extender sus largos tentáculos hacia las más diversas actividades absolutamente lícitas: inmobiliarias, empresas de transporte, turismo, hotelería, construcción, etc. Son conductas que difieren *cuantitativamente* de las tradicionales y que ya no aparecen como excepcionales, sino por el contrario, en permanente expansión<sup>33</sup>.

Resulta impensable que con los instrumentos normativos y técnicos-periciales de que se dispone habitualmente por nuestros investigadores

---

<sup>32</sup> Cafferata Nores, José I., Proceso penal y Derechos Humanos, CELS, Editores del Puerto s.r.l., Bs.As., 2000, p.108.

<sup>33</sup> Mill, Rita, Criminalidad organizada .Dificultades probatorias. En Revista de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal-II, 2009-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 41 y ss.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

(policías, fiscales, jueces) puedan esclarecer estafas de magnitud tal como las de Enron, Bernard Madoff, Philip Bary<sup>34</sup> y en escasos meses concluir con condenas tan significativas como las que recayeran en esas causas. En nuestro país, mal que nos pese admitirlo, solo algunos pocos hechos de gran repercusión y de cierta importancia económica llegan a ser juzgados y condenados después de larguísimos procesos judiciales

Es que se torna imposible no advertir que la tarea de investigar, perseguir y castigar hechos de la envergadura de los que vengo analizando es algo que excede, y en mucho, a las posibilidades normales de quienes deben hacerlo. No es casual que la comunidad internacional trabaje de manera permanente en la búsqueda de canales y métodos que le permitan enfrentar este combate en el que “la igualdad de armas”, no es precisamente una de sus características. En efecto, en tanto uno de los contendientes perfeña actos de manera subterránea, traicionera y sin límites ni frenos de ninguna índole, el otro, carente de recursos técnicos y financieros suficientes, debe además, utilizar respuestas tales, que le permitan mantener su legitimidad política y social. Si no lo hiciera, la estructura, *su arquitectura constitucional se desmoronaría irremediabilmente*<sup>35</sup>.

Parece ya innecesario, destacar que en estas situaciones la regla de la “igualdad de armas” se transgrede en perjuicio indudable de quien resulta aquí ser la parte más vulnerable, el funcionario estatal.

Esto me permite concluir con la afirmación hecha más arriba, en el sentido de que se está ante una regla, no diría, de imposible, pero sí, de difícil cumplimiento en la realidad.

## **2.4. Imparcialidad del juez y objetividad del fiscal.**

### *2.4.1. Imparcialidad del juez.*

---

<sup>34</sup> Salió a la luz por denuncia de la reguladora bursátil estadounidense (SEC). Utilizando el mismo esquema de Ponzi, de fraude piramidal ya usado por Madoff, gastaba el dinero de sus inversores en una empresa personal de pornografía por correo ( Actualidad, Ed. Nacional, El Litoral de Ctes. del 09/09/09, p. 7).

<sup>35</sup> Mill, Rita, Criminalidad...cit., p.64.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Se destacó en varias oportunidades que el sistema acusatorio parte de una premisa básica: la separación entre las funciones de perseguir, acusar y juzgar. Agregamos además, que el mandato constitucional es terminante, en el sentido de que a ningún habitante de la Nación se le puede imponer pena alguna sin un juicio previo desarrollado ante sus *jueces naturales*, los que para brindar todas las garantías necesarias a los justiciables deben actuar con *imparcialidad e independencia*.

Se evidencia así, sostiene Cafferata Nores<sup>36</sup>, un modelo procesal de origen constitucional, cuyas normas distinguen la función de “perseguir y acusar” de la de “juzgar”, “aplicar” la ley penal, “penar”. “reprimir” o “castigar”; y que han considerado que ambas son responsabilidades estatales, al punto que han instituido dos órdenes de funcionarios públicos distintos para ejercerlas: el Ministerio Público Fiscal (para perseguir o acusar), los tribunales (para juzgar, penar, reprimir o castigar). Así lo entiende el Procurador General de la Nación al dictaminar<sup>37</sup> que, cuando la acción es pública solo debe ejercitarla quien tenga encargo especial de la ley para ello. Los jueces no representan al pueblo o al Estado para ese objeto. De allí “que en las causas criminales los jueces deben limitarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin convertirse jamás en acusadores”.

Veamos seguidamente a que se alude al exigir que la actuación judicial tenga el sello de la imparcialidad.

Tal como lo destaca Maier<sup>38</sup>, el adverbio *imparcial* resulta *inherente* a la palabra *juez*. Ello es así, porque tanto por su origen etimológico - im-partial, ajeno a las partes- como semántico - falta de prejuicios o de prevención, a favor o en contra, de alguien o algo, para acometer la tarea de juzgar o arbitrar - solo cabe atribuir esa condición a quién ejerce cualquier tipo de jurisdicción. De ello es fácil concluir que más que inherente, se puede afirmar que le es *inmanente*.

Veamos, sintéticamente, como se fue delineando esta característica de la judicatura a través de los sistemas de proceso penal que conoce la historia del mundo occidental. En la antigüedad, el modelo acusatorio, tanto el de

---

<sup>36</sup> Cafferata Nores, José I., Cuestiones actuales...cit., p. 134.

<sup>37</sup> Fallos 135:31.

<sup>38</sup> Maier, Julio, .cit., p.739.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Roma como el anglosajón, permitía que los jueces sorteados fueran recusados por las partes si no les merecían confianza. Las teorías políticas y filosóficas medioevales que atribuían al soberano el ejercicio hegemónico de los poderes del Estado, tornó imposible la continuación de la práctica de la recusación. El advenimiento de las ideas iluministas no acabó inmediatamente con ese estado de situación, como quizá pudiera creerse. En toda Europa, pero más puntualmente en Francia e Inglaterra, los conflictos entre los jueces y el rey, o entre el rey y el Parlamento, adquirieron ribetes de escándalo inimaginables<sup>39</sup>. Trabajosa fue la tarea de los pensadores jurídicos de la Ilustración para construir a partir de la teoría de la división de poderes de Montesquieu, la concepción de un poder judicial independiente en su desempeño respecto de los poderes ejecutivo y legislativo. No obstante el grandilocuente discurso pergeñado con tanto esfuerzo, sabido es que los fuertes hábitos y los esquemas mentales instalados por siglos, hacen que llegemos hasta nuestros días, aún en plena lucha a fin de que los operadores de todo el espectro político internalicen la idea de la necesidad de un poder judicial independiente, como la mejor garantía de salvaguarda de las libertades personales y públicas de una sociedad.

*La imparcialidad* de un magistrado es una *condición* absolutamente *personal*. Se manifiesta en la total *indiferencia* o *falta de interés privado*, directo o indirecto, con el motivo del juicio o con las personas involucradas en él. Pero, lo cierto, es que más allá de la convicción interna que el juzgador pueda tener acerca de su posición frente al pleito, sus decisiones están dirigidas a los interesados, en primer término, y a la sociedad en general, en segundo, siendo absolutamente necesario que aquéllas resulten creíbles para ambos. Si así no ocurre, la comunidad pierde la confianza en sus jueces, lo que es de extrema gravedad pues toda sociedad civilizada considera a la justicia el último baluarte para la defensa de sus derechos y el restablecimiento del orden.

Es por ello que en ese afán de dar tranquilidad de espíritu en orden a la justicia-en abstracto- de la sentencia que pudiera recaer en cada caso

---

<sup>39</sup> Interesante puede resultar la lectura de las páginas de Luigi Ferrajoli en Razón y Derecho, 2da. Edic., Ed. Trotta, 1997, p. 584 y ss.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

concreto, las legislaciones procesales prevén distintas causales que permiten a los interesados solicitar el apartamiento del juez cuando entiendan que por alguna de ellas, éste podría dejar de ser *libre espiritualmente* para decidir la controversia. Esas mismas causales pueden ser invocadas por el magistrado cuando sea él quién se sienta de cualquier manera involucrado en la cuestión. Son las que se conocen como *causas o motivos de recusación y de excusación*, los que permiten, mediante el previo cumplimiento del trámite expresamente previsto, lograr el apartamiento o exclusión de quién está interviniendo en la tramitación del juicio, más allá de su condición de permanente o circunstancial en el ejercicio de esa función.

La *imparcialidad*<sup>40</sup> es la condición de “tercero desinteresado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusador ni del acusado, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos; y la actitud de mantener durante todo el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia.

En verdad, tengo mis dudas acerca de lo acertado de incluir las notas de independencia y neutralidad como parte del concepto de imparcialidad.

Es que al parecer, *la neutralidad* es una consecuencia de las características de la judicatura en los llamados sistemas acusatorios puros o anglosajones. Lo interesante de la distinción *entre neutralidad e imparcialidad*<sup>41</sup> es que, ni la una ni la otra son conceptos independientes o separados del resto del sistema procesal en que se ubican; antes al contrario, la elección entre una u otra resulta determinada por el conjunto de la regulación procesal del Ordenamiento.

*Neutral* es quien no participa de ninguna de las opciones en conflicto. El concepto de neutralidad exige la absoluta pasividad del juez en todos los tramos de un juicio. Tengo mis reservas en cuanto a que al juez de *nuestros* sistemas procesales, aun los más modernos, le sea exigible la neutralidad

---

<sup>40</sup> Concepto extraído del Manual de Derecho Procesal Penal de las Cátedras A, B y C de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, p. 144.-

<sup>41</sup> Guerrero Palomares, S., El principio...cit., p. 41.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

en el ejercicio de su función. Véase al respecto el CPP de Chubut (arts. 4 y 6), el Proyecto Albrieu, de CPP para la Nación ( arts. 7 y 8), los que hacen referencia concreta a los conceptos de juez *natural, independiente e imparcial*.

Advierto que también Maier<sup>42</sup> se expresa diciendo que “*la nota de imparcialidad o de neutralidad, que caracteriza el concepto de juez, no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial, sino un predicado que necesita ser construido... Es decir, que en alguna medida usa ambos conceptos como sinónimos.*

Veamos algunos conceptos de la doctrina extranjera. *La imparcialidad judicial* –sostiene San Martín<sup>43</sup>- garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel *supra partes*. Su fin último es proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías.

En el mismo sentido, Moreno Catena afirma que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa *imparcialidad*, esto es, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

Así, como indica Picó i Junot<sup>45</sup>, existen dos maneras de apreciar la imparcialidad judicial: una *subjetiva*, que se refiere a la convicción personal del juez competente respecto al caso concreto y a las partes, y otra *objetiva*, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso.

La inclusión de la exigencia concreta de *imparcialidad* del juzgador, en todos los Instrumentos Internacionales<sup>46</sup>, trajo como consecuencia sendos pronunciamientos de los Organismos que los implementan.

Así, la Corte Interamericana ha destacado el carácter de *presupuesto del debido proceso* y no solo de elemento de éste, que reviste la exigencia

<sup>42</sup> Maier, Julio B.J., Derecho...,cit. T I, p. 741.

<sup>43</sup> San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal, Ed. Grijley, Lima, 2003, 2ª ed., T. I, p.94.

<sup>44</sup> En Gimeno Sendra y otros, Derecho procesal penal, Madrid, Colex, 1996, p. 82: es cita de Dino Carlos Caro Coria, en La garantía del tribunal imparcial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Publicación de la Fundación Konrad- Adenauer, Montevideo, 2010.

<sup>45</sup> Junot, Picó, Las Garantías constitucionales del proceso, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 134.

<sup>46</sup> DUDH (art. 10), PIDCyP (art. 11), Conv. EDH (art. 6), Conv. ADH (art. 8.1).





## Comisión de Derecho Procesal Penal

contenida en el artículo 8.1 de la Convención. El debido proceso implica la intervención de un *órgano judicial independiente e imparcial*, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro de un estado de excepción<sup>47</sup>. “La *imparcialidad* exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Europea, la Interamericana ha hecho suya la regla por virtud de la cual “la *imparcialidad personal o subjetiva se presume* a menos que exista prueba en contrario, y la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello, puesto que el juez debe aparecer actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a, y movido por el Derecho<sup>48</sup>”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha elaborado un estándar subjetivo y otro objetivo, en relación al concepto del juez imparcial. El primero está vinculado al estado anímico del juzgador, en tanto el segundo se refiere a la imparcialidad orgánica. Surge ello claro en el pronunciamiento del caso Piersack contra Bélgica (01/10/82, A 53):...”Si la *imparcialidad* se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada de diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”.

Por tanto se concluye que resulta contrario a ese estándar *objetivo* de imparcialidad, si el juez ha estado involucrado anteriormente con funciones de persecución respecto del mismo caso (Piersack c/ Bélgica) o cuando el

---

<sup>47</sup> Caso Lori Berenson Mejía, Sentencia de la CIDH del 25 de noviembre de 2004. Serie C Nº 119.

<sup>48</sup> Caso Apitz Barbera y otros. Sentencia de la CIDH del 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

juez o el tribunal ejercen simultáneamente funciones jurisdiccionales y persecutorias (Kristinson c/Islandia, TEDH, 01/03/90, A 177-B y Kyprianou c/Chipre, TEDH, 27/01/2004), o cuando el fiscal es el que ejerce, además de las funciones persecutorias, funciones jurisdiccionales (Huber c/Suiza, TEDH, 23/10/90, A 188) o cuando el tribunal que juzga ejerce también funciones de instrucción (Cubber c/Bélgica, TEDH, 14/09/67, A 124 B).

No se puede soslayar aquí hacer referencia al buen sendero por el que se encaminó nuestra CSJN en los últimos años. Ya en Venezia, Daniel (19/10/94), aunque de manera indirecta trató correctamente el tema, haciendo lugar a un recurso extraordinario por haberse invocado, entre otros agravios, la afectación a la garantía del juez imparcial (dos jueces del tribunal habían dictado decisiones en la etapa de investigación confirmando el auto de procesamiento y prisión preventiva, con rechazo de un planteo de nulidades procesales).

Varios son los fallos que en los años siguientes continuaron en la misma línea: Quiroga, Edgardo O., (CSJN, 23/12/04), Llerena, Horacio L.(CSJN, 17/05/05), Fraticelli, Dieser,(CSJN, 08/08/06), Gómez, Sebastián y otros s/competencia (CNCP, 14/04/10), Santa Croce, Gabriela F. s/excusación (CNCP, 05/05/10) y que a su vez van determinando la recepción del correcto criterio, instrumentado de diversas formas, como ser Acordadas de Superiores Tribunales y Cortes Provinciales, Resoluciones del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación (Nº 152/06), entre otras.

Me he referido a *la imparcialidad*, como condición *privada, personal*, inherente a quienes imparten justicia; pero como esa función es ejercida por seres humanos y como tales , susceptibles de sufrir los embates y presiones de la vida cotidiana , es menester rodear a quienes tienen la delicada y difícil misión de decidir sobre la libertad, los bienes, las situaciones de familia, y otras, siempre trascendentes para sus semejantes, de una barrera que los preserve mínimamente en el desempeño de su tarea.

Para lograrlo, la normativa constitucional o legislativa de todos los tiempos y de todos los países, y actualmente la supranacional, han implementado un cúmulo de institutos protectores de la *independencia* del accionar de sus jueces, pues no solo deben tener libertad interior para decidir, sino que



# Comisión de Derecho Procesal Penal

también deben estar ajenos a todo posible *interés público o institucional*, con probable vinculación a las causas sometidas a su conocimiento.

La *independencia* a la que me estoy refiriendo no es solo la institucional del poder judicial en su relación con los otros dos poderes del Estado dentro del sistema republicano de gobierno, sino la independencia de cada magistrado, en cada caso concreto y en su vinculación referida, tanto a cualquiera de los poderes políticos, como a un superior jerárquico dentro del esquema del poder al que pertenece.

Y esto es así, porque como dice Maier<sup>49</sup>, se trata de una *organización horizontal*, en la que *cada juez es soberano al decidir el caso conforme a la ley*. Solo a ella está sujeto el magistrado, y aunque eventualmente su decisión pueda ser recurrida, eso no debe entenderse como una expresión de subordinación jerárquica, sino como una necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable.

Las principales previsiones que intentan garantizar la independencia funcional, alejando las posibles sospechas de parcialidad que pudieran recaer sobre quienes desempeñan la judicatura, son entre otras las referentes a los sistemas de designación y remoción de los magistrados, la estabilidad en sus cargos, la intangibilidad de sus remuneraciones, la autarquía financiera del Poder Judicial en su conjunto, la prohibición expresa ( art. 109 C.N.) o implícita (art. 75 C.N.) que tienen los otros poderes del Estado de ejercer funciones judiciales que impliquen dirimir los conflictos comunes de la sociedad y la imposibilidad de crear comisiones especiales (art. 18 C.N.), al efecto indicado.

## 2.4.2. Principio de objetividad del fiscal.

“La separación del juez y de la acusación, es el más importante de todos los elementos constitutivos del *modelo teórico acusatorio*, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de la separación así entendida, representa, por un lado, una condición esencial de la *imparcialidad* del juez respecto de las partes de la causa...; por el otro, un

---

<sup>49</sup> Maier, ob. cit., p. 744.-



## Comisión de Derecho Procesal Penal

presupuesto de *la carga* de la imputación y de la prueba que pesan sobre la acusación<sup>50</sup>.

Además, como sostiene Maier<sup>51</sup>, el acusador, “representa algo parecido a la otra cara de la misma moneda, evitando que hipótesis y tesis pertenezcan a las mismas personas o sean elaboradas por personas idénticas, como sucede cuando no imperan los principios *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio* y el tribunal conoce por determinación e impulso propios”.

No cuestionada la necesaria presencia del acusador en cualquier tipo de juicio penal, se impone, como en todas las instituciones jurídicas y para una mayor comprensión, conocer su origen histórico.

En el derecho greco-romano de la antigüedad, surge claro, el rol trascendente que la víctima del delito tenía en el inicio y posterior desarrollo o extinción de todo litigio. Ella y su familia eran quienes podían perseguir al victimario y su familia (derecho germano); también era la que podía, por sí o a través de quien coadyuvaba en su presentación, exigir que la asamblea se pronuncie en el caso, o desistir de su accionar; era también la que, cuando apareció en Alemania la *composición*, podía, aceptando una reparación pecuniaria, dar por finiquitada la persecución. En conclusión: *era el particular quien ostentaba la facultad de perseguir y consecuente con ello, solo su voluntad podía hacer cesar esa persecución.*

Devenida la Edad Media, el cambio paulatino de las características del proceso penal, con la incursión del Derecho Romano Canónico, que culmina con la consagración de un proceso inquisitivo que se traslada al derecho común, se detecta, en orden a la participación de la víctima un giro de ciento ochenta grados.

En efecto, la víctima real, la persona de carne y hueso, deja de tener relevancia para el proceso y es reemplazada por otra que es producto del sistema penal: la sociedad, a quien el estado dice representar.

Y como lo hace? A través de un juez, que en concordancia con el modelo de estado autoritario, con concentración del poder, concentra él también todas las facultades: inicia la investigación de oficio, la lleva adelante y dicta

---

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi, cit., p. 564 y ss.

<sup>51</sup> Maier, Julio B. J., cit., p. 308 y ss.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

sentencia, sin perjuicio, es sabido, del control posterior del monarca, por medio de un sistema de recursos automáticos (devolución de la jurisdicción). Por el siglo XIV (en las Ordenanzas Reales de Castilla) hace su aparición el Fiscal de la Corte, claro que sus funciones no eran las que hoy conocemos. Tenía a su cargo, casi con exclusividad, el control administrativo en la ejecución de las sentencias, las que conllevan por entonces, la confiscación de los bienes del condenado, coadyuvando así al acrecentamiento de la hacienda real. Solo por esa razón se ocupaba de denunciar delitos.

La institución se afianza en la Ordenanza Francesa de 1670, que consagra de manera aún más acentuada, el régimen inquisitivo para la sustanciación de los procesos penales. En estos modelos de enjuiciamiento, la víctima real es anónima, carece de toda importancia y su voluntad es absolutamente irrelevante a la suerte del proceso.

Se advierte pues, que el nacimiento, desarrollo y consolidación del Ministerio Público Fiscal, tiene lugar durante una larga época de regímenes autoritarios en lo político y coherentemente, inquisitivo en materia de juicio penal.

Producida la Revolución Francesa, luego del fracaso de las leyes que consagraron el sistema anglosajón de juicio por jurado popular, sus políticos, académicos y jueces, concluyeron en una transacción histórica en orden a la normativa que regularía el proceso penal, sancionándose el Código Napoleónico de 1808 que constituyó una mixtura, con un diseño de corte netamente inquisitivo para la etapa de instrucción y otro de rasgos acusatorios para la fase del plenario. En este modelo, todo gira en torno a la figura del juez; el de la instrucción primero, con amplias facultades que lo constituyen en un “dictador” del proceso y el del plenario, luego, con ciertas limitaciones en sus facultades, las que aparecen cedidas en favor de las partes.

Al fiscal, si bien le incumbe una facultad relevante en el inicio, ya que sin una actividad previa suya el magistrado no puede actuar de oficio y comenzar la investigación formal, ve desdibujada su figura en el resto del proceso en virtud de la escasa trascendencia que se da a su intervención, más formal que real, al punto que el tribunal de juicio podía condenar con prescindencia de la acusación conclusiva de su parte a la terminación del debate. el fiscal, en este sistema, tiene *la obligación* de denunciar todos los



# Comisión de Derecho Procesal Penal

hechos que parezcan *prima-facie* delictivos y que lleguen a su conocimiento por cualquier medio. tiene el monopolio para el ejercicio de la acción penal pública.

Este es el diseño de proceso penal que opera aún en la mayor parte de las provincias argentinas y en el ámbito de la justicia federal.

Hoy se instala por dóquier *el discurso de la necesidad del retorno al sistema acusatorio* y para hacerlo se pone énfasis en algunos aspectos sustanciales y en particular en la necesidad de una correcta asignación de roles, tanto el del juez como el del fiscal

El fiscal adquiere un desempeño fundamental, ya que será la actividad que despliegue en la tarea de investigación para la preparación del juicio, la que en definitiva permitirá impulsarlo o no, acorde con el resultado de una investigación que se espera sea eficiente.

Está claro a esta altura, que históricamente el ministerio público fiscal es de *origen absolutamente inquisitivo* y que nada tiene que ver con el proceso acusatorio de Grecia y Roma.

Y es, a este sujeto procesal, *de raíz incuestionablemente inquisitiva*, a quien le estamos confiriendo facultades que en el *proceso acusatorio puro* eran del *resorte exclusivo* del particular ofendido o en su caso, del ciudadano que impulsó el proceso.

Es por ello que Ferrajoli<sup>52</sup>, refiriéndose al tema, expresa:” entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal en manos del fiscal, no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional. la discrecionalidad de la acción penal en el antiguo proceso acusatorio, está axiológicamente justificada por el carácter privado o solo popular de la acción, era indicativa de tolerancia o cuanto menos falta de reacción frente al delito.

Pero, continúa, al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general, también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos.

La discrecionalidad de la acción y su consecuente disponibilidad que se conserva en algunos de los actuales sistemas acusatorios son un reducto

---

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi, cit., p. 567 y ss.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

injustificado del carácter originariamente privado y después popular de la iniciativa penal. Esa discrecionalidad y disponibilidad que en el derecho norteamericano se manifiesta en negociaciones entre el acusador público y el imputado, constituye una inagotable fuente de arbitrariedades.

*El Modelo Acusatorio, concluye, comporta lógica y funcionalmente el principio de la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos”.*

Esta digresión respecto del tema en tratamiento, era necesaria para ubicar al sujeto procesal que nos interesa, o sea al fiscal, en los diferentes contextos históricos que se fueron sucediendo, a fin de poder posicionarlo en los sistemas actuales.

En los procedimientos mixtos aún vigentes, este actor sui géneris, como lo denomina Maier, está sujeto a un principio de *legalidad extrema* en todo su accionar, lo que también conduce a que toda su actividad y sus dictámenes en lo concerniente a la construcción de la verdad acerca del objeto procesal esté fundada en *criterios objetivos*.

Pero, como bien lo señalan Duce y Riego<sup>53</sup>, en el *paradigma tradicional*, la interpretación del llamado *principio de objetividad*, se tiende a vincular con la idea de *imparcialidad* que es propia de los jueces.

De manera análoga se expresa Maier<sup>54</sup>: el fiscal aparece “...a mitad de camino entre funcionario judicial imparcial, ligado a los *principios de objetividad e imparcialidad* y representante de la administración pública para la persecución de los crímenes, en homenaje a la seguridad ciudadana,...

Siempre hemos leído en los autores clásicos de nuestra materia, que el representante del ministerio público no era un acusador a ultranza, ya que si correspondía debía peticionar a favor del imputado. De allí que tradicionalmente no se lo ha considerado una parte en el proceso; nuestros códigos de procedimientos mixtos aluden al “fiscal y las partes”. Ha sido solamente una parte formal, o sea un híbrido.

Al amparo del sistema inquisitivo, la vigencia de este principio ha resultado en gran medida una ficción y a desmejorado la posición del imputado en el

---

<sup>53</sup> Duce, Mauricio y Cristian Riego, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Publicación de CEJA-JSCA, Santiago de Chile, p. 64.

<sup>54</sup> Maier, Julio B.J., cit., II, p. 305.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

proceso, por el relajamiento del control de los órganos jurisdiccionales<sup>55</sup>. El principio, continúan los mismos autores, impone a los fiscales la obligación de actuar como magistrados neutrales de persecución penal, que investigan y agotan todas las hipótesis posibles de investigación, tanto para la persecución, como para la defensa.

Estas características en su accionar, su siempre dubitativa situación institucional, son, posiblemente, disfunciones propias derivadas de sus también confusos e indefinidos orígenes. Son, y serán siempre, defectos congénitos irreversibles.

De allí, sin duda, las fuertes críticas hechas por Bovino<sup>56</sup>, que al referirse a la *objetividad* del Ministerio Público, dice: “Esta ficción inquisitiva produce, en la práctica de la justicia penal, un resultado inevitable de enorme trascendencia: perjudica la situación del imputado. Entre las consecuencias negativas más relevantes que ella produce se hallan, por un lado, la relativización del deber de controlar la actividad persecutoria, y por otro, la justificación y ocultamiento del ejercicio, por parte del tribunal, de funciones persecutorias impropias de la función judicial.

Agrega: La noción de *persecución desinteresada, imparcial u objetiva*, diluye el carácter contencioso del caso y, al mismo tiempo, relativiza el valor de los intereses, derechos y garantías del imputado. Aceptado el *carácter objetivo* de la tarea persecutoria, la actividad persecutoria orientada a la obtención de la verdad acerca del hecho imputado puede ser ejecutada unilateralmente, a través de la perspectiva “neutral” del órgano estatal encargado de la persecución, que reconoce una sola manera de evaluar las circunstancias del caso. En este contexto, se impone un método autoritario de reconstrucción de la verdad que depende exclusiva y directamente de la percepción de los órganos estatales. Desde este particular enfoque, la actividad procesal defensiva del imputado no representa la expresión de un interés igualmente válido, sino, en todo caso, una actitud que

---

<sup>55</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristian, Introducción al nuevo sistema procesal penal, vol. I, p. 140. Es cita de Mendaña Ricardo en El Ministerio Público y la dirección de la investigación criminal, en El proceso penal adversarial, T. I, p. 230.

<sup>56</sup> Bovino, Alberto, Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo, Ed. Del Puerto s.r.l., Bs.As., 1998, pp. 37-39.





## Comisión de Derecho Procesal Penal

inevitablemente obstaculiza el proceso de reconstrucción de la verdad, organizado a partir de la única perspectiva considerada legítima: la de la autoridad estatal.

*La objetivación* del interés persecutorio, a su vez, produce consecuencias adicionales. Aceptado que el mismo órgano responsable de la persecución penal puede actuar *objetivamente*, con más razón se aceptará que el tribunal pueda desempeñar funciones investigativas, persecutorias y requirentes, sin dejar de lado su propia *imparcialidad*.

Por su parte la doctrina y normativa españolas, no contribuyen a arrojaros claridad en orden a los conceptos que venimos manejando. Así, Armenta Deu<sup>57</sup>, dice: ...el fiscal, en el desarrollo de sus funciones opera con arreglo al principio de legalidad e *imparcialidad*. Con arreglo al principio de *imparcialidad*, el MF actúa, con *objetividad* e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 del Estatuto Orgánico del MF).

Antes de adentrarnos al tratamiento del mismo *principio de objetividad*, pero analizado desde la óptica de procesos de corte más acusatorio, veamos cual es el significado que podemos asignar al término.

*Objetivo*, en la 2da. Aceptación que le da el Diccionario de la Real Academia Española, es el que aparece *desinteresado*, *desapasionado*, respecto de alguien o algo.

*Objetividad* es “la actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de prejuicios y apartada de intereses, para concluir sobre hechos y conductas<sup>58</sup>.”

*La objetividad*, como línea directriz impuesta a la actividad del Ministerio Público en los sistemas acusatorios, surge incuestionable de la Resolución N° 45-120, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14/12/1990. En ella se señala que los fiscales deben proteger el interés colectivo, actuar *objetivamente*, ponerle atención de modo razonable a la situación del imputado y de la víctima y tomar en cuenta todas las circunstancias importantes, sean en beneficio o en perjuicio del imputado (Regla 13.b).

---

<sup>57</sup> Arneba Deu, Teresa, Las partes...cit., p. 100.

<sup>58</sup> Cabanellas de Torres, G., Diccionario jurídico elemental. Argentina, Heliasta, 2003.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Todos los códigos procesales penales de última generación, nacionales<sup>59</sup> y extranjeros<sup>60</sup>, consagran de manera explícita la exigencia del respeto al *principio de objetividad* en el despliegue de toda la actividad que le cabe al fiscal durante la sustanciación del proceso, y particularmente cuando practica la investigación penal preparatoria en un intento de aproximación a la verdad de los hechos y a la determinación de la autoría del imputado. El investigador está constreñido a buscar *al culpable* y no *un culpable*, en aras de acallar el posible clamor social.

En el contexto del *nuevo paradigma*, dicen Duce y Riego<sup>61</sup>, el *principio de objetividad* se vincula mucho más a estándares de profesionalismo, buena fe, lealtad y al derecho que la defensa tiene de aprovecharse de la actividad investigativa del Estado. Es decir, no se trata de que el fiscal no pueda adoptar posiciones estratégicas, sino que en la ejecución de ellas se comporte de acuerdo con estándares mínimos que permitan que el imputado pueda utilizar la información que el propio Estado produce en su favor o evitar que en ese posicionamiento estratégico el fiscal afecte reglas básicas de juego justo en contra del imputado.

De este modo, el fiscal, igual que todos los demás actores del sistema legal, con excepción de los jueces, si bien mantienen su lealtad básica al derecho, dentro de ese marco construye un discurso funcional a sus objetivos estratégicos, tanto respecto al caso concreto como en relación con situaciones más generales que favorecen su trabajo en muchos casos.

Para graficar mejor la diferencia que imponen ambos paradigmas, se puede sostener que allí en donde en el *tradicional*, la figura del fiscal se parece más

---

<sup>59</sup> A título de ejemplos. Código procesal penal de Chubut, art. 114: Principios de actuación. Objetividad. Responsabilidad. El Fiscal ...adecua sus actos a un *criterio objetivo*; vela por la correcta aplicación de la ley penal y formula sus requerimientos de acuerdo a este criterio, aún a favor del imputado. Es responsable de arrimar al proceso las pruebas de cargo,...

<sup>60</sup> Código procesal penal de Costa Rica, art. 63. Objetividad: En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un *criterio objetivo* y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aún a favor del imputado.

<sup>61</sup> Duce ,Mauricio y Riego, Cristian, Desafíos..., cit., ps. 64,65.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

a la de un jurista con una opinión neutral acerca del derecho, en el *nuevo*, la figura del fiscal, se vincula mucho más a la de una parte que construye argumentaciones o interpretaciones que, con base en la ley, permiten maximizar su posición en el proceso.

La tarea investigativa, dice Ledesma<sup>62</sup>, habrá de desarrollarse sin menoscabar el derecho de defensa en juicio, por lo tanto se prevé que el fiscal debe desarrollar su tarea actuando con *criterio objetivo*, sin ocultar elementos de prueba favorables a la defensa (art. 54 de la Ley de Ministerio Público de la Pcia. de Bs.As.).

La labor del M.P. afirma Llovet Rodríguez<sup>63</sup>, debe ser cumplida de manera *objetiva*, buscando la averiguación de la verdad y la aplicación correcta de la ley penal.

También para el proceso penal alemán es válida la línea argumental que se viene desarrollando.. Es que en el Derecho alemán, el Ministerio Público no es parte, y debe investigar tanto las circunstancias de cargo como de descargo para el imputado,” pues lo contrario sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia”<sup>64</sup>.

En el derecho de los EE.UU., relata Bovino<sup>65</sup>, *el principio de objetividad* desembosca, en el deber del fiscal de dar noticia al defensor sobre aquéllos elementos de prueba conocidos por él que pueden favorecer al imputado; la actividad defensiva valorará si esos elementos favorecen la tesis que pretende probar y en que medida lo hacen, y, como consecuencia de ese juicio, si resulta conveniente o inconveniente ofrecerlos para ser incorporados al procedimiento; el incumplimiento de este deber de lealtad-ya no de un deber del fiscal de obrar directamente a favor del imputado- genera un defecto grave del procedimiento que, utilizado por el defensor, conduce a la descalificación del fallo condenatorio.

---

<sup>62</sup> Ledesma, Ángela Ester, en Proceso de reforma procesal y judicial, en, El proceso penal y adversarial, cit., T II, p.32.

<sup>63</sup> Llobet Rodríguez, Javier, Proceso penal comentado, 4ª edición, Editorial Jurídica Continental(EJC), Editora Dominza( ED), Costa Rica, 2009, p. 190.

<sup>64</sup> Roxin, Claus, Derecho...,cit., p. 53.

<sup>65</sup> Bovino, Alberto, Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado, en Problemas...cit., ps. 13 y ss.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

Al respecto, explica Baytelman<sup>66</sup> que “las violaciones a la regla de la revelación de la evidencia, suelen devenir en revocación de la sentencia por la Corte de Apelaciones, cuestión que obviamente todo fiscal- y todo juez- desea evitar. De hecho, en los instructivos que la fiscalía provee a sus fiscales en los cursos de entrenamiento, es común ver remarcada y repetitivamente citada la instrucción: “en caso de duda, dé el material a la defensa”.

A manera de reflexiones conclusivas diré, que el tan mentado *principio de objetividad* parece tener diferentes lecturas según nos posicionemos frente al sistema de proceso penal mixto o al sistema de corte acusatorio en sus distintos matices y gradaciones.

Frente al primero, la actividad del fiscal marcada por la impronta de una legalidad extrema, implica necesariamente la vigencia de un *principio de objetividad* que se aproxima a la semántica del vocablo: desinterés, desapasionamiento. Desde este punto de vista puede aceptarse la identificación del *principio de objetividad con el de imparcialidad*, lo que no resulta conveniente, en orden a una correcta reasignación de los respectivos roles a jugar por el juez y el fiscal y lleva a ciertas confusiones conceptuales. Frente al segundo, la situación se nos aparece distinta. El sistema acusatorio, en sus diversos matices, requiere cierta flexibilidad en el manejo del principio de legalidad procesal. Hemos tratado antes lo concerniente a la aplicación del principio de oportunidad o de criterios de oportunidad dentro del principio de legalidad, por parte del Ministerio Fiscal. Hemos advertido también, que en este sistema el fiscal adquiere la calidad de parte real, no formal, en la contienda, y que por lo tanto, resultaría incoherente toda exigencia para que se constituya en *parte objetiva*, si asignamos idéntica significación a los conceptos de *objetividad e imparcialidad*.

Debemos concluir, en consecuencia, que para el proceso penal acusatorio el requerimiento de *objetividad* en relación a la actividad del fiscal se vincula simplemente con la exigencia de una conducta profesional guiada por la aplicación de *reglas de juego limpias, claras y conocidas*. Esto no significa

---

<sup>66</sup> Baytelman, Andrés, La Fiscalía del Crimen del Bronx (en busca de elementos para la futura Fiscalía del Crimen de Chile), en Pena y Estado, Nº 2, p. 277. Es cita de Mendaña, Ricardo, en El Ministerio... cit., 230.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

que el fiscal deba compartir sus estrategias de investigación y luego de litigación, sino sencillamente, que no debe perder de vista la función superior que le cabe en un Estado de Derecho, en orden a la realización de un juicio justo, de un debido proceso penal, que a su vez, implica garantizar al perseguido el ejercicio de una defensa legítima y con todas las cartas sobre la mesa.

## **2.5. La influencia de factores externos en la imparcialidad del juez: la prensa, la sociedad y la política.**

Una advertencia: al momento de trabajar el tema, pensé que sería más ordenado si lo encaraba dividiendo su tratamiento en los tres enfoques. Inmediatamente advertí que la interacción entre los medios, los políticos y los ciudadanos era tan estrecha que cualquier enfoque parcializado sería insuficiente, por ello, los abordo en conjunto.

*Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a las fuerzas y a las pasiones, para que el pueblo diga: Nosotros no somos esclavos, sino defendidos...*

CÉSAR BECCARIA

### *2.5.1. Algunas consideraciones previas.*

El artículo 1° de la Constitución Nacional al establecer la forma republicana de gobierno está exigiendo la posibilidad de un adecuado y debido control ciudadano sobre los actos de quienes lo ejercen. Los jueces, que deciden en los casos concretos sobre la libertad y los bienes de los demás miembros del cuerpo social, no pueden por tanto estar exentos del referido control, por lo que cabe concluir que la publicidad de sus actos es de la esencia misma del sistema republicano.

Los “actos de gobierno” ejecutados por los magistrados, es decir, los poderes del juez, se efectivizan dentro del proceso que culmina normalmente con la sentencia, documento que es el que con mayor frecuencia llega al conocimiento popular. Si bien se nos inculcó desde



## Comisión de Derecho Procesal Penal

siempre que el juez habla sólo por sus sentencias, parecería que hoy el viejo adagio tiene relativa vigencia, o que por lo menos ello no es suficiente, ni satisface en ciertos casos la exigencia de la publicidad, lo que no significa en manera alguna, avalar la actitud de los magistrados que terminan convirtiéndose en figuras mediáticas como las de la farándula.

Como punto de partida, es menester marcar ciertas diferencias conforme que el proceso sea, civil o penal.

En efecto no se puede dejar de señalar que no es lo mismo hablar de publicidad del proceso cuando su contenido es materia de derecho privado que cuando es de derecho público.

Si bien el artículo 125 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé el carácter público de las audiencias, salvo disposición fundada en contrario, lo cierto es que por distintos factores, en general, estos juicios no trascienden ni adquieren el matiz de la publicidad. Quizás porque la solución de ellos interesa a un grupo reducido de personas o por los intereses en juego –de familia, de menores-, quedan en su gran mayoría circunscriptos al conocimiento de unos pocos.

Constituyen un mínimo porcentaje los casos que interesan a la masa social y exceden los estrados tribunalicios. Parecería que la razón es, que aunque por diferentes motivos, el conflicto a resolver o sus protagonistas, se constituyen en auténticos *símbolos* que la sociedad elige.

El caso Oswwald tradujo la lucha cruel que entablan miles de padres separados, por la tenencia de sus hijos. Repotenciado el tema, se lo vivió y reflota periódicamente en el caso Arias Uriburu. Aunque por una temática diferente y no por ello menos traumática, en su momento, se siguió y esperó con ansiedad el fallo de nuestro máximo tribunal que concluyó autorizando la inducción del parto de una madre cuyo feto tenía el diagnóstico definitivo de anencefalia. Hoy el interés pasa por los fallos que obligan a las obras sociales a cubrir tratamientos médicos no convencionales como los son los de inseminación in vitro, o, los que ordenan expedir un nuevo DNI a Florencia de la V.

Lo cierto es que más allá de algunos casos puntuales, las alternativas de este tipo de procesos no trascienden al gran público o sólo lo hacen a través del fallo definitivo.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

Diferente es la situación cuando se trata de cuestiones penales y esta diferencia no es patrimonio de una sociedad ni de una época determinadas, es simplemente la consecuencia de la identificación que vive el hombre común con la víctima de cada hecho criminoso, o por el contrario, con el drama que transita el imputado, según las circunstancias.

Nuevamente retrocedo en el tiempo, para hacer una ligera revisión de los antecedentes históricos.

El proceso acusatorio que rigió en la antigüedad hasta la Roma del imperio, se desarrollaba en grandes espacios abiertos al pueblo. En la Edad Media, excepción hecha del derecho anglosajón, el sistema inquisitivo se convirtió en la antítesis de aquél, siendo la síntesis más aberrante de violación a derechos básicos de la humanidad que trajo como consecuencia la irrupción de la ideología iluminista reflejada en el un párrafo de Juan Pablo Marat<sup>67</sup>: “¿queréis que el crimen sea castigado, la inocencia defendida, la humanidad respetada y la libertad asegurada? Administrad la justicia en público. Es lejos de los ojos del pueblo donde se emplean multitud de medios odiosos para llegar a la prueba de los delitos”.

La Revolución Francesa tradujo en los hechos los principios del iluminismo que reclamaban la reforma del enjuiciamiento penal inquisitivo, demandando, entre otras cosas, el juicio penal público, en el marco de un conjunto de exigencias clara y directamente orientadas a la limitación del poder estatal. Una de esas exigencias fue, precisamente, la de someter a los órganos de la justicia penal al control ciudadano mediante la publicidad del juicio<sup>68</sup>.

La media publicidad y la media oralidad y las perturbadoras consecuencias que se han seguido de ellas son un producto inevitable de la estructura bifásica del proceso mixto<sup>69</sup>.

Se pone pues en evidencia, que es menester marcar diferencias, en orden al tema en trato, según la etapa del proceso que se transita, ya que las garantías de la publicidad y la oralidad sólo podrán ser admitidas sin

---

<sup>67</sup> Marat, Juan Pablo: periodista y revolucionario francés.

<sup>68</sup> Bovino, Alberto, *Libertad de prensa y derecho penal*. Editores del Puerto s.r.l., Bs. As., 1.997, p. 120.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi *Derecho y...*, cit. ps. 618/619.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

términos medios, una vez que se haya entrado, sin reservas ni compromisos, en la vía del proceso acusatorio puro<sup>70</sup>

Nunca se afirmó, dice Maier, ni por la jurisprudencia ni por la doctrina argentina que las reglas de la publicidad y la oralidad de los debates fueran un mandato constitucional para el legislador común al momento de dictar las leyes de enjuiciamiento penal respectivas<sup>71</sup>. Esas notas características fueron deducidas –como ya se dijo- de la forma republicana de gobierno, a lo que debemos agregar, después de la reforma de 1994, los instrumentos internacionales elevados al rango constitucional que señalan a la publicidad como nota distintiva del debido proceso. Baste a título ejemplificativo la disposición del art. 8.5 de la CADH.

Pero aún hay más, pues de los artículos 24, 75 inc. 12 y 118 –originales- surge la manda de organizar un procedimiento penal con jurados. Parece obvio destacar que ello sólo es posible a través del juicio oral y público, más allá de que sea por jurados populares o técnicos.

En el proceso acusatorio propio de una sociedad democrática, dice García Ramírez<sup>72</sup>, rige el *principio de publicidad*, que implica cierta participación controladora del pueblo en la marcha de la justicia.

Esa publicidad, que se obtiene fundamentalmente en los juicios orales, es una garantía innegable –paradójicamente- de la independencia e imparcialidad del órgano convocado a juzgar. Un juez, afirma Superti, frente a *presiones políticas, económicas u otras*, es más vulnerable en la soledad de su despacho que en una audiencia oral y pública, donde las pruebas y los alegatos de las partes son conocidos por la comunidad, y por lo tanto las decisiones tendrán el respaldo que todos saben de que se trata<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Ferrajoli, Luigi, Derecho y...,cit., p. 621.

<sup>71</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho ...cit.*,p. 648.

<sup>72</sup> García Ramírez, Sergio, en El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, T I, Ed. Puntotex, Santiago de Chile, 2010, p.50.

<sup>73</sup> Superti, Héctor C.,*Derecho Procesal Penal, Temas Conflictivos*, Edit. Juris, Rosario, 1.998, p. 139.





## Comisión de Derecho Procesal Penal

Las restricciones a la publicidad sólo son admisibles constitucionalmente cuando se fundan en razones serias, que están previstas en la ley y no significan una limitación arbitraria al principio de control de la justicia<sup>74</sup>.

La publicidad del juicio penal es altamente beneficiosa para lograr un fallo justo y evitar posibles arbitrariedades judiciales. Decía Mirabeau: “Dadme el juez que querráis, mi mayor enemigo si os place, con tal de que no pueda verificar acto alguno sino en público”<sup>75</sup>.

Tengo para mí, que *la publicidad* no constituye *por sí*, garantía absoluta de un fallo justo, y viceversa, aunque en algunos casos puntuales pueda contribuir a ello. Por otro lado es de advertir que en algo más de un 90% de los juicios orales la presencia efectiva del público que supuestamente actuaría de contralor es inexistente y no creo que por esa ausencia, los magistrados se pronuncien en forma arbitraria, injusta o diferente a como lo harían si fueran observados de manera directa por la sociedad.

De todas formas, hoy nadie se atrevería a pensar siquiera, en la posibilidad de que un debate pueda desarrollarse de otra forma que no fuera a puertas abiertas y con la posibilidad de que cualquier ciudadano tenga libre acceso a él, porque a no dudarlo, esa simple posibilidad contribuye a forjar el perfil de una magistratura de espíritu democrático, sabedora que su accionar tiene adecuado límite en el contrapeso ejercido eventualmente por sus conciudadanos, que también saben que pueden hacerlo. Y ello es bueno porque el sentimiento de impunidad corrompe casi inexorablemente a quienes lo experimentan y subleva los espíritus de quienes lo padecen.

En este contexto, la intervención de *los medios de comunicación en el ámbito judicial*, en cuanto, instrumentos canalizadores de la libertad de información, de expresión y de crítica, ha sido sindicada como contribuyente indispensable en el contralor de la independencia externa del poder judicial, presupuesto indispensable e inseparable de *la imparcialidad* que como carácter esencial debe presentar la jurisdicción<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Binder, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Edit. Alfa Beta Sacif., Bs. As. 1.993, p. 104.

<sup>75</sup> Es cita de Cafferata Nores, José I., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1.994, p. 207.

<sup>76</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *Estructuras judiciales*, Ed. Ediar, Buenos Aires 1994, p. 105.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

## 2.5.2. *Prensa y sociedad.*

El pluralismo y la libertad de expresión y por ende la libertad de prensa, gozan de reconocimiento constitucional. La reforma de 1994 cerró el círculo al proteger también el secreto de las fuentes de información frente a la acción de hábeas data.

Así, la interrelación de los artículos 14, 32, 43 párrafo 3, 68 y 83 permite afirmar que la Argentina es el país donde esa libertad disfruta de un reconocimiento jurídico muy superior al existente en otros Estados de Latinoamérica y en la mayoría de los países del mundo. Precisamente tales cláusulas de la Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial, han sido invocadas frecuentemente como un modelo digno de aspiración y respeto en muchos Estados sudamericanos para paliar las arbitrarias restricciones a la libertad de prensa imperante en sus derechos internos<sup>77</sup>.

Justo es reconocer, sin embargo que tan grande generosidad y amplitud de los textos plasmados por los constituyentes no siempre tuvieron su correlato en la vida cotidiana de nuestra comunidad. En efecto, los vaivenes institucionales del país se tradujeron innumerables veces en el desconocimiento de la libertad de prensa, ya que nadie ignora que constituye el baluarte de las otras libertades del hombre, cuya protección no es precisamente preocupación de los gobiernos autoritarios.

## 2.5.3. *Función de la prensa. Formación de la opinión pública.*

La función que hace a la prensa indispensable en el sistema democrático es la función de información. El periodismo es la espina dorsal de las democracias masivas. El rol de los periodistas es esencialmente político. Son ellos quienes legitiman la información y quienes convierten la información en comunicación. Son los intermediarios indispensables entre el *poder y la opinión pública*<sup>78</sup>.

Si bien es cierto que el deber de la prensa consiste en adquirir el conocimiento de los hechos y transmitirlo lo más objetivamente posible,

---

<sup>77</sup> Badeni, Gregorio, *Suplemento Especial 60º Aniversario*, La Ley 15/XI/95, p. 14.

<sup>78</sup> Entrevista a Dominique Wolton, Diario Clarín, 10/07/05, Zona, p.36.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

también lo es que es muy difícil separar la publicación de ideas de las noticias, ya que es prácticamente imposible ser totalmente objetivo en la difusión de estas últimas. Aunque más no sea la extensión, la ubicación y el tratamiento que se da a cada noticia en un medio, ya está demostrado –de algún modo- una toma de posición ideológica respecto de ella<sup>79</sup>.

Si a esto añadimos la circunstancia de que detrás de todo medio de prensa existen grupos empresarios de mayor o menor envergadura, pero todos –razonablemente- insertos en la lucha por el sostenimiento económico, lucha cada vez más feroz por el grado de competitividad existente, la tan mentada objetividad se torna casi ilusoria en un gran porcentaje.

El rating, las mediciones de audiencia o venta de ejemplares son el parámetro principal que fija la política de los medios. En el altar de las leyes del mercado se sacrifica el buen gusto, la prudencia informativa y muchas veces la misma verdad principal<sup>80</sup>.

Y precisamente la difusión de los acontecimientos que constituyen ilícitos penales es donde más se advierte las circunstancias que se acaban de señalar. La prensa amarilla es consciente del impacto que tienen algunos hechos en ciertos estratos sociales de gran importancia numérica. Explora situaciones dramáticas concretas, exacerbando al máximo algunas facetas puntuales que provocan –y lo sabe- reacciones y efectos que en cierta forma *van determinando coincidencia de opiniones entre sus destinatarios*.

Se advierte claramente que el sesgo sensacionalista que es habitual imprimir al tratamiento de los hechos delictivos por distintos medios de prensa, impacta fuertemente en un importante y mayoritario sector de la sociedad y aunque otro minoritario –en cantidad- llegue al hartazgo y la saturación y no se interese por tanto abundamiento, su preferencia es irrelevante al momento de decidir la política empresarial. Y ello es comprensible aunque no se compartan ni justifiquen los criterios de opción<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Ekmekdjian, Miguel Angel, *Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa*, La Ley del 01/09/92 p. 3.

<sup>80</sup> Eco, Humberto, citado por Héctor Ruíz Nuñez en *Que se oculta detrás de las cámaras ocultas*, Revista de ADEPA 1997, p. 19.

<sup>81</sup> Mill, Rita, en *Proceso, prensa y opinión pública*, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año XV, Nº 28, Bs.As., 2002, p.111.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

En verdad, cuando la sociedad elige cierta clase de símbolos y se le pide al periodismo que trate de morigerar, de acomodar, de achicar la información, hay dos respuestas posibles. En primer lugar, así como el periodismo no se puede coaligar en un sentido, tampoco lo puede hacer en otro. Es práctica y fácticamente imposible que todos los medios de prensa del país digan: vamos o no vamos a cuidar la salud psicológica de esta criatura (una víctima). Esto es imposible, porque hay miles de empresas que deciden sus políticas y miles de periodistas que tienen sus propios principios sobre las cosas. Lo otro, es que cuando se pide que un símbolo social sea ignorado o achicado por el periodismo, ya no se está hablando de la justicia ni de la libertad de prensa, lo que se está pidiendo es que se cambien las reglas básicas del periodismo. El periodismo no puede ignorar lo que a la gente le interesa, si se cambian estas reglas, hay que prepararse para tener muy pocos diarios en venta, informativos cerrados al igual que las radios, porque nadie consume lo que no le interesa<sup>82</sup>.

Generalmente, el periodista que se ocupa de la sección policial y/o judicial carece de formación técnica suficiente y adecuada a la temática y –obviamente- no se limita a difundir la noticia, sino que además opina, entrevista a protagonistas o vecinos, con el grado de apasionamiento que –a favor o en contra- suscitan este tipo de hechos, y como corolario emite sus propias conclusiones, las que como resulta lógico –aunque sea inconscientemente - son teñidas en buena medida por su propia historia de vida.

Y así, simple y espontáneamente se va generando una coincidencia insensible de sentimientos, en uno u otro sentido acerca de un asunto o acontecimiento determinado, es decir, se va gestando *la opinión pública o mayoritaria de una comunidad*.

Es esa *opinión pública* orientada o predeterminada a través de los medios de prensa la que después se pronunciará cuando *la decisión jurisdiccional* resuelva el conflicto social provocado por el delito. Y se pronunciará dando mayor o menor credibilidad a los fallos de sus jueces según que éstos

---

<sup>82</sup> Morales Solá, Joaquín, en Revista de ADEPA, N° 24, del Seminario “Poder Judicial y Prensa”, Bs. As., 1995, p. 47.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

coincidan o no con la opinión formada. De allí, la importancia sustancial de la seriedad y responsabilidad con que se encare tan relevante misión ya que si bien es cierto, que las decisiones de los jueces no deben mensurarse con el metro de lo que le agrada al público, también lo es, que la jurisdicción se debilita si, más allá de las llamas contingentes de la popularidad, su ejercicio en su conjunto no cuenta con consenso social; en otros términos, si falta la fe en la comunidad de los jueces<sup>83</sup>.

#### 2.5.4. *Publicidad, opinión pública e imparcialidad.*

Acabo de hacer referencia a *la decisión jurisdiccional*, o sea a la sentencia con la que el magistrado dirime el conflicto de intereses; la pregunta es: ¿será que en un contexto de *excesiva publicidad*, previa al juicio oral y durante él, saldrá indemne el sentimiento interior o subjetivo de *imparcialidad* inmanente a la condición de juez? ¿será posible que esa condición pueda presidir su decisión con prescindencia de su naturaleza humana, vulnerable, en mayor o menor grado, a las presiones de distinto orden?.

Creo que las respuestas no serán sencillas ni terminantes.

Durante la discusión en la Comisión redactora del Código de Costa Rica, Dall Anese Ruiz decía: en determinados casos la prensa se ha convertido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de los debates, cuando quienes se dedican a ese oficio –como reporteros, camarógrafos u otros– constantemente irrumpen en el recinto del tribunal e instalan cámaras, caminan entre los abogados y el estrado, sin importarles el trabajo de los operadores del derecho. Cualquier llamado al orden es presentado al público, como una forma de coartar la libertad de expresión, sin considerar que el oficio del periodismo, tan necesario para una democracia cuando es ejercido con corrección como una forma de control indirecto de las instituciones–, no debe superponerse a la administración de justicia que es el desarrollo y vida de las garantías ciudadanas. Por eso creo que lo más saludable es la prohibición total de cualquier equipo, de registro de audio o de imagen en la sala de debates. Así el periodista permanecerá respetuoso

---

<sup>83</sup> Bruti Liberati, Edmondo, en *Autogobierno o control de la magistratura*, Feltrinelli, Milán, 1998, p. 142. Es cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *El Poder Judicial hacia el Siglo XXI*, en *Derechos y Garantías en el Siglo XXI*, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999, p.18.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

en el espacio del público, sin obstaculizar el desarrollo del proceso y con obligado respeto de los derechos inherentes a las personas<sup>84</sup>. Su postura no logró imponerse, pero da para pensar.

Recuérdese asimismo que en el derecho federal norteamericano y en el de algunos Estados no se permite la transmisión en directo de los juicios orales y creo que nadie pondría en duda el respeto que el país del Norte tiene por la prensa y la libertad de expresión.

Indudablemente esta resistencia que se advierte en no pocos operadores del derecho a la presencia de los medios de prensa y a la transmisión *directa* de los juicios orales, tiene fundamentos a veces justificados en una labor periodística carente de profesionalismo y rayana en el sensacionalismo.

*La tensión entre la libertad de prensa y la independencia del juez* para tomar sus decisiones libremente, sin menoscabo del principio de inocencia, especialmente cuando los medios de información se convierten en verdaderos precursores de las sentencias condenatorias de los justiciables, deviene inexorable<sup>85</sup>.

En la televisación, y la difusión de los procesos y de los juicios hay que distinguir entre: la *información*, que debe ser aséptica y precisa y la *opinión*, o sea el análisis personal del periodista, que debe correr por otros andariveles.

El periodista puede o no estar de acuerdo con el fallo de la justicia y tiene derecho a decirlo, pero *después* que éste se produjo. Mientras se hace el proceso judicial tiene que limitarse a contar lo que está pasando en el juicio, porque de lo contrario, está induciendo a los jueces y como periodista se está colocando en juez. Y a no dudarlo uno de los errores de la prensa es intentar ocupar lugares de los poderes constituidos<sup>86</sup>.

Estas acertadas afirmaciones de Morales Solá nos ponen de frente a un tema relevante cual es *el prejuzgamiento social previo y paralelo al de la*

---

<sup>84</sup> Dall'Anese Ruíz, Francisco, *El juicio. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Edit. D. González Alvarez, Costa Rica, 1997, p. 660, citado por Llovet Rodríguez, Javier en *Proceso...cit.*, p. 674.

<sup>85</sup> I.L.A.N.U.D., *El proceso penal: entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial*, San José de Costa Rica, 1992, p. 175, citado por Cafferata Nores, en *Introducción...cit.* p. 208.

<sup>86</sup> Morales Solá, Joaquín, *en Revista Adepa N° 24*, cit., p.47.



## Comisión de Derecho Procesal Penal

*justicia*. Al respecto señala Roxin<sup>87</sup>, que no se trata solo de determinar la parcialidad anímica del juez, sino la afectación a las normas jurídicas del procedimiento que ocasiona el prejuzgamiento a través de los medios. Si los órganos de la persecución penal y los tribunales se enfrentan fuera de las vías procesales legislativamente fijadas y toman parte en la pelea por la opinión pública, entonces renuncian a su *neutralidad*, se convierten en partes, favorecen pre-condenas y pre-absoluciones y dañan de este modo el apego a las formas jurídicas del procedimiento.

Un breve vistazo sobre el planteamiento del problema en el derecho comparado y las distintas soluciones intentadas, permite adivinar-dice acertadamente Guariglia<sup>88</sup>, que, en verdad, solo los sistemas de enjuiciamiento angloamericanos han establecido *un vínculo de causalidad entre difusión periodística del hecho previa al juicio y temor de parcialidad*, y han previsto institutos específicos para prevenir o remediar tal situación. Incluso desde la perspectiva del modelo europeo-continental se considera al problema como inherente al sistema de juicio por jurados. Más allá de lo dogmático de una afirmación semejante, -Hassemer la califica de “extendido engaño-, lo cierto es que mientras en la literatura y jurisprudencia estadounidense e inglesa el problema es analizado en forma más o menos exhaustiva, en la producción jurídica europeo-continental el punto es apenas mencionado, y resuelto de forma sumamente discutible, como da cuenta la jurisprudencia de el TEDH en la materia. Entre nosotros, el problema parece ser directamente *desconocido o ignorado*. Es que, los sistemas de enjuiciamiento penal que descansan de modo fundamental en jueces profesionales parten de un concepto diverso de imparcialidad. Lo cierto es, concluye, que los medios pueden hacer peligrar la imparcialidad del tribunal- o, aún peor, la regularidad del procedimiento en su conjunto-, con prescindencia del sistema de enjuiciamiento, ya sea que este descansa en jueces profesionales, en ciudadanos legos o en una combinación de ambos, y aún cuando los alcances del concepto de *imparcialidad* presenten variaciones según el modelo procesal.

---

<sup>87</sup> Roxin, Claus, cit., p.336.

<sup>88</sup> Guariglia, Fabrizio, en Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad, en [www.derechopenal.com.ar/archivos](http://www.derechopenal.com.ar/archivos), 06/06/2005.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

Un dato no menor, lo constituye el hecho de que en la última década, jueces y periodistas vienen trabajando sobre el problema, en seminarios y eventos conjuntos. No obstante, creo que se impone una mayor aproximación entre el poder judicial y la prensa. Sus roles son diferentes, pero necesariamente complementarios para la consolidación del sistema democrático. Una mayor aproximación que permitirá conocer mejor las necesidades, problemas y aspiraciones de los jueces y de los periodistas.

Un mayor conocimiento recíproco que permita advertir la diferencia que media entre los *tiempos judiciales* y los *periodísticos*; el error en que incurren algunos jueces al prestarse al “cholulismo” periodístico y la falta de respeto a la investidura judicial en que caen ciertos periodistas en su afán por obtener información; comprender las diferencias que existen entre el lenguaje técnico judicial y el del periodista destinado al hombre común; la necesidad de que ambos sectores, jueces y hombres de prensa fomenten la excelencia con motivo de la prestación de sus servicios; que los periodistas no pretendan enseñarle a los jueces cómo se debe juzgar ni los jueces a aquéllos como deben desarrollar su profesión; que ambos deben superar los preconceptos o prejuicios y que no se debe incurrir en generalizaciones. Y, esa aproximación, sin perjuicio de que subsista la relación de tensión a la que hicimos referencia, se impone por una razón muy sencilla: la prensa, para preservar su libertad, necesita de *un Poder Judicial independiente*, y los jueces, para poder seguir siendo independientes, necesitan que exista *una prensa libre*. Los jueces, igual que los periodistas, podrán ser buenos, mediocres o malos, pero sin libertad e independencia siempre serán irremediablemente malos<sup>89</sup>.

## 2.5.5. Prensa, política e imparcialidad.

Llegados a este punto, y como bien lo expresa Boni<sup>90</sup>, se puede sostener, que la prensa y la justicia de los países democráticos actuales, comparten el rol de mecanismos de control social. La justicia lo hace desde el lugar que le asignan las constituciones de cualquier sistema republicano:

---

<sup>89</sup> Badeni Gregorio, *Revista de Adep* de diciembre/99 p. 23.

<sup>90</sup> Boni, María Pía, en Aspectos éticos del periodismo judicial, en recopilación del Curso Anual de Periodismo Judicial 2003/2004, ps. 248 y ss.





## Comisión de Derecho Procesal Penal

aplicando la ley a los casos concretos. La prensa posibilita que la ciudadanía conozca- y por ende controle- la actividad de cualquiera de los organismos del Estado. Hoy, continúa, tanto la prensa como la justicia se han desviado del ejercicio estricto de su respectiva actividad: la justicia argentina ha sido afectada por casos de corrupción, denuncias de favoritismos y por la sospecha de que, al menos una parte de los magistrados obedece *las sugerencias del poder político*; la prensa, por su parte, muchas veces manipula, modifica o dramatiza las noticias, distorsionando así el derecho de la comunidad de acceder a una información veraz y objetiva.

La referencia de Boni a "*las sugerencias del poder político*" nos contacta con otro de los grupos con posibilidades reales de ejercer presión sobre la magistratura: el poder político.

Fuertes resultan las afirmaciones de Miguel Ángel Caminos<sup>91</sup> a este respecto. "Dentro de la diversidad de países de Latinoamérica se notan sistemas democráticos que podrían llamarse formales ya que no existe real respeto institucional. El caso paradigmático es Venezuela, un país donde los jueces están prácticamente subyugados y tienen que *responder al régimen gobernante*. Cuando se reformó la Constitución se les prohibió a los jueces asociarse, con lo que han perdido la posibilidad de tener representatividad y de tener una voz política dentro de su ámbito. El último hecho que tomó trascendencia pública y que demuestra lo afirmado, es la detención de la jueza María Lourdes Afiuni<sup>92</sup>. Algo análogo sucede en Bolivia y otros países de perfil autoritario.

En nuestro país, continúa Caminos, se utiliza un patrón común de permanente crítica a los jueces, atribuyéndoles, entre otras, responsabilidad

---

<sup>91</sup> Caminos, Miguel Ángel (presidente de la Federación Latinoamericana de la Magistratura), en "Los jueces sufren presión en casi todos los países de Latinoamérica", entrevista publicada en Y Considerando N° 93, octubre/2010, ps. 16 y ss.

<sup>92</sup> En diciembre de 2009, la jueza Afiuni dispuso la excarcelación de Eligio Cedeño, un banquero ex aliado del presidente Chávez, por aplicación del código procesal en razón de haber permanecido casi tres años sin juicio. Pocos minutos después de esa decisión, la jueza fue detenida bajo los cargos de corrupción, abuso de autoridad, facilitación de evasión y asociación ilícita y desde entonces permanece encarcelada. Numerosos gobiernos y organismos, entre otros el Parlamento Europeo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Flam, han reclamado al gobierno venezolano de la libertad de la jueza.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

por la inseguridad. No obstante, los jueces argentinos son menos vulnerables porque el diseño constitucional les otorga mayor independencia que en otros países”.

Tal como ya lo expresara al hablar de la independencia judicial (2.4.1.), personal y de conjunto, son varios los factores que al confluir permiten consolidarla, siquiera en el plano normativo. A ellos alude Caminos, al decir que los jueces argentinos son menos vulnerables que sus pares latinoamericanos.

Frecuentemente en los ámbitos políticos se alude de manera peyorativa a “la corporación judicial”. Creo sinceramente, que no existe la tan mentada corporación. Se trata simplemente de la defensa de los intereses comunes de los integrantes de un poder del Estado, que no debe aparecer en los medios para hacer su defensa pública o la de sus decisiones, cada vez que uno de sus miembros es denostado por la prensa o los políticos, o ambos en conjunto. Si existieran imputaciones graves contra un juez, otros son los canales a utilizar, y ellos están, precisamente en las manos de los otros dos poderes del Estado.

En relación con *la garantía contra presiones externas*, García Ramírez<sup>93</sup> recuerda, que la Corte IDH- que sigue de nueva cuenta los Principio Básicos de las Naciones Unidas<sup>94</sup> relativos a la independencia de la judicatura- se ha referido a la obligación judicial de resolver las causas “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo<sup>95</sup>.”

Por eso es que considero válido concluir con una expresión de deseos: *Ni gobierno de los jueces, ni jueces del gobierno.*

### 3.EPÍLOGO.

Como se habrá advertido, a lo largo de este trabajo me he permitido poner en crisis algunas nociones conceptuales instaladas hace tiempo; he

---

<sup>93</sup> García Ramírez, Sergio, en *El debido...*, cit., p. 23.

<sup>94</sup> Cfr. Principios 2,3 y 4.

<sup>95</sup> Caso Reverón Trujillo, Sentencia del 30/06/09, Serie C, Nº 197.



# Comisión de Derecho Procesal Penal

planteado interrogantes, algunos con respuestas, otros sin ellas; he expresado la necesidad de flexibilizar ciertos principios tradicionales en aras de la búsqueda de otros sistemas que nos permitan avizorar mejores respuestas para una sociedad que clama por ellas, sistemas que quizás carezcan de pureza o coherencia ideológica perfecta, pero que llevados al plano de la realidad sean factibles de ser puestos en práctica. He intentado, en definitiva, que en un marco de respeto y tolerancia por las ideas diferentes a las nuestras, se dispare una discusión productiva, que nos permita arribar a conclusiones que también lo sean, en beneficio de todos los operadores del sistema jurídico penal, que hoy clama a gritos por nuestra atención y la de aquéllos a quienes incumbe remozarlo a fin de ponerlo en consonancia con las exigencias de una comunidad jurídica internacional, a la que también debemos responder de manera acorde a los tiempos que corren.





