

LOS NUEVOS SISTEMAS ACUSATORIOS. DESDE UNA TRADICIÓN INQUISITIVA A UNA ACTUALIDAD NO-ADVERSARIAL

Eduardo Harrington (UBA)*

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2023

Resumen

El presente trabajo presenta una caracterización de los sistemas procesales “acusatorios” desarrollados en buena parte de América Latina a partir del proceso de reforma iniciado en este continente a finales del siglo XX. En contraposición a la clásica distinción “inquisitivo/adversarial”, se sostiene que la categoría “acusatorio” resulta relevante para definir estos nuevos modelos de persecución penal. Para ello, se analiza comparativamente el rol del fiscal en los esquemas típicamente adversariales (cuyo modelo en este trabajo es el del sistema federal de los Estados Unidos de América) y de los procesos reformados, para los que se toma como referencia el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del sistema federal argentino. La comparación del rol del fiscal se realiza con relación a los alcances del deber de objetividad, el rol de la verdad y, finalmente, de la actuación del fiscal en la etapa de investigación preliminar. Las diferencias entre ambos modelos, permiten establecer notas características de estos “procesos acusatorios” que los separan de los esquemas inquisitivos y que, a la vez, los distinguen de los sistemas adversariales. El trabajo concluye que la adecuada caracterización y comprensión de la lógica de estos sistemas procesales permite dotarlos de mayor coherencia, facilitar su análisis comparativo con otros modelos procesales, adecuar las prácticas y los métodos de enseñanza.

Palabras clave: Reforma procesal – Sistema acusatorio – Rol del fiscal – Objetividad – Verdad y proceso penal

Title: The new accusatorial criminal systems. From an inquisitorial tradition to a non-adversarial present.

* Abogado (UBA). LL.M en derecho internacional y comparado (UCLA). El trabajo es una adaptación de una investigación independiente realizada en la Universidad de California en Los Angeles. Las traducciones fueron realizadas por el autor.

Abstract

This paper presents a characterization of the "accusatorial" procedural systems developed in Latin America through the reform process initiated in this continent in the end of the last century. In contrast to the classic "inquisitorial/adversarial" distinction, it is argued that the "accusatorial" category is relevant for defining these new models of criminal prosecution. To do so, the role of the prosecutor in typically adversarial models (based on the federal system of the United States of America) and in the reformed criminal systems, particularly those of the Autonomous City of Buenos Aires and the federal Argentine system, is comparatively analyzed. The comparison of the prosecutor's role is carried out in relation to the scope of the duty of objectivity, the role of truth, and, finally, the prosecutor's role in the preliminary investigation stage. The differences between both models allow for the establishment of characteristic features of these "accusatorial processes" that set them apart from inquisitorial schemes and, at the same time, distinguish them from adversarial systems. The paper concludes that the adequate characterization and understanding of the logic of these procedural systems allow for greater coherence, facilitate comparative analysis with other procedural models, and to adapt the working schemes and teaching methods to this particular design.

Keywords: Procedural Reform – Accusatorial systems – Role of the Prosecutor – Objectivity – Truth and criminal procedure

Sumario: I. Introducción; II. Contextualización; III. El rasgo “acusatorio” como una característica definitoria de los nuevos procesos penales argentinos; IV. El rol del fiscal; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

El derecho estadounidense ha tenido una influencia directa en el derecho argentino en un aspecto central: la Constitución de la Nación Argentina estuvo en parte basada en el texto constitucional de los Estados Unidos. De un modo similar, en ambas constituciones se garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se establece el requerimiento de orden judicial para la detención de una persona y se garantiza en los juicios criminales el derecho del acusado a ser juzgado por un jurado de pares.

Partiendo de esa base podría argumentarse que los procesos penales de ambas Naciones deberían haberse desarrollado por caminos similares. Si los juicios penales se organizan en consonancia con

lo dispuesto por la Constitución, o, en otras palabras, si las leyes procesales son reglamentarias de la Constitución, ambos procesos que parten de normas constitucionales similares deberían tener características semejantes.

Sin embargo, por razones históricas y culturales, el proceso penal federal argentino no fue organizado siguiendo la forma adversarial típica del mundo anglosajón que se definen por basarse en un modelo de disputa que cuenta con un decisor imparcial en donde la investigación está a cargo de las partes de un modo no-colaborativo¹. Por el contrario, se basó en el modelo inquisitorial francés que aún es ley vigente en muchas jurisdicciones del país, centrado en la actuación del juez en su doble rol de investigador y decisor, donde la verdad histórica jugaba un papel saliente. De hecho, el derecho a un juicio criminal por jurados, típico del sistema del *common law*, no ha sido aún implementado en el sistema federal argentino, a pesar del mandato claro de la Constitución Argentina de 1853.

Durante las últimas décadas, Argentina y buena parte de Latinoamérica, ha comenzado un proceso de transformación de sus sistemas inquisitivos y la influencia del modelo estadounidense es evidente en los diferentes intentos de reforma. De esta manera, la ley de los Estados Unidos aparece nuevamente en el centro de la escena a fin de (re)pensar al proceso penal argentino.

En este contexto, el objeto de este trabajo es analizar algunos modelos de procesos reformados argentinos para establecer si y hasta qué punto son adversariales, entendiendo esta noción de un modo similar al que tiene en los Estados Unidos. A partir de allí, se podrá establecer, en primera medida, las características distintivas de estos procesos locales y, consecuentemente, en qué medida los esquemas adversariales estadounidenses pueden ser la base para guiar las políticas públicas, entrenamiento y educación en la implementación de estos procesos penales reformados.

La determinación de adversarialidad se realizará a través del análisis de un aspecto central del proceso penal adversarial: el rol del fiscal. Será planteado a lo largo del trabajo que estos procesos penales no son adversariales en el sentido angloamericano, pero tampoco pueden ser considerados inquisitivos al carecer de elementos esenciales que definen a ese tipo de procesos. Se trabajará

¹ “Por adversarial me refiero al sistema de adjudicación en los que la acción es controlada por las partes y el decisor permanece esencialmente pasivo. En el escenario de determinación de los hechos, esto implica que los litigantes y sus abogados deciden qué hechos van a ser objeto de prueba. Implica además que los litigantes y sus abogados deben encontrar material probatorio, prepararlo para usarlo en el juicio y presentarlo al debate”. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, p. 75.

entonces con la noción de “sistema acusatorio”, dado que se trata del rasgo que mejor define a este tipo de procesos. En ese sentido, se concluirá que el foco de los reformadores fue puesto en general en desarrollar un sistema acusatorio antes que uno adversarial.

Como cuestión metodológica del desarrollo del trabajo, es pertinente aclarar desde el comienzo que tanto Argentina como los Estados Unidos son Estados Federales, por lo que los procesos penales varían en las diferentes provincias/estados. De hecho, la reforma procesal latinoamericana, si bien tiene un punto de partida común, no es uniforme a lo largo de todo el continente y mientras algunos procesos tendrán los rasgos acusatorios que se identifican en el trabajo, otros pueden tener características que los acerquen al sistema adversarial de los Estados Unidos.

De esta manera, si bien el análisis será general, las referencias a alguna regulación específica estarán limitadas a ciertas jurisdicciones de ambos países. Respecto de los Estados Unidos, la jurisdicción elegida es la del sistema federal. La elección está justificada parcialmente en el hecho de que el punto de partida del trabajo se basa en una comparación constitucional que es, a su vez, la base de las reglas del proceso penal federal. Por esa misma razón, el trabajo también se enfocará, en la parte argentina, en el sistema federal. De todas maneras, como la reforma del proceso penal federal se encuentra en vías de implementación, el estudio del derecho argentino se complementará con el análisis del proceso penal reformado que fue implementado en la Ciudad de Buenos Aires. Se incluirán también, en algunas ocasiones, referencias a otras legislaciones de la región.

Más allá de esta selección para el estudio comparativo, la estructura de esos procesos acusatorios que el trabajo identifica resulta válida como categoría de análisis comparativo de diferentes modelos procesales. La identificación de los matices propios que presentan los modelos acusatorios posibilita un mejor entendimiento general de su funcionamiento y, de esa manera, se obtienen bases más sólidas para análisis comparativos futuros.

La siguiente sección del trabajo, de carácter introductorio, se centrará en un análisis histórico de la Constitución Argentina como así también en las diferentes normas que regulan el proceso penal federal. Se presentará una breve síntesis del desarrollo procesal argentino y sus fuentes de influencia continentales, pero también del mundo anglosajón a través del texto constitucional.

En la Sección III, se analizará la noción de “sistema acusatorio” en tanto se constituye en la manera apropiada de definir a los procesos penales reformados que no son ni inquisitivos ni adversariales.

En la Sección IV, se analizará el rol del fiscal a los dos extremos del continente para mostrar ese compromiso de los procesos penales reformados argentinos con un ideal acusatorio antes que con uno adversarial. Para ese propósito, será examinado el requisito de objetividad del fiscal, el rol de la verdad en ambos procesos, y las características de la etapa de investigación en ambos lados del continente.

Por último, en la Sección V se elaborará una breve conclusión sobre los temas desarrollados y posibles vías de futuras exploraciones.

II. Contextualización

1. Marco Histórico

Tal como fue mencionado en la introducción, podría argumentarse que el sistema adversarial angloamericano estaba en el pensamiento de los constituyentes argentinos cuando se ideó la Constitución de 1853. Si los procesos penales son la regulación de las normas constitucionales, y si los constituyentes argentinos tuvieron en miras la constitución estadounidense, sería plausible sostener que en efecto intentaron sentar unas bases constitucionales similares a las que habían permitido en los Estados Unidos el desarrollo del sistema adversarial característico del mundo anglosajón.

Este argumento inicial, sin embargo, no es decisivo para sostener esa afirmación, ya que la Constitución de los Estados Unidos no fue la única fuente de la Constitución Argentina. En efecto, más allá del hecho de que aproximadamente dos tercios del texto constitucional argentino está basado en aquella, algunas normas tienen una mayor similitud con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789. Esto, además, es particularmente cierto en las normas constitucionales vinculadas con las garantías penales².

² “Estimativamente dos tercios del texto utilizó la misma aproximación del proyecto de Alberdi y aproximadamente dos tercios se originaron en la Constitución de los Estados Unidos —usualmente a través de Alberdi—. Con respecto a algunas de las libertades individuales, la Constitución de 1853 se parece a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789”. MILLER, “The Authority of a Foreign Talisman: A study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, en *American University Law Review*, v. 46, 1997, PP. 1483, 1511.

No obstante, el hecho de que los constituyentes argentinos hayan incluido expresamente en el texto constitucional el derecho a ser juzgado por jurados³ es una indicación fuerte de que el modelo de proceso penal adversarial del mundo anglosajón estaba efectivamente en los planes de los constituyentes cuando se ideó el texto constitucional. Argentina, colonia española, había heredado lógicamente la tradición inquisitorial típica del mundo continental europeo⁴, donde el juicio por jurados era ciertamente un concepto extraño. Consecuentemente, si la idea misma del juicio por jurados es una de las características más salientes del sistema adversarial angloamericano, la inclusión de esa garantía en la Constitución de 1853 podría ser considerada convincentemente como una indicación sólida de que el sistema adversarial estaba en consideración de los constituyentes argentinos de 1853⁵.

En este sentido, debe notarse que otros intentos de introducir el sistema adversarial en contextos inquisitivos, generalmente incluyeron al juicio por jurados como una de sus características centrales. La reforma posrevolucionaria que ocurrió en Francia al final del siglo dieciocho puede servir como ejemplo. Francia, pretendía reformar su sistema inquisitivo por los repetidos abusos que ese tipo de procesos penales permitían. Luego de la revolución, y antes de que Napoleón

³Tres secciones de la Constitución Argentina se refieren al juicio por jurados: el art. 24 dispone que “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”; el art. 75, inc. 12 regula como atribuciones del Congreso la de “(dictar las leyes) que requiera el establecimiento del juicio por jurados” y el art. 118 dispone que “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito...”.

⁴Para un análisis del desarrollo de los procesos inquisitivos en España ver: ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure with Special reference to France*, 1914, p. 295.

⁵La existencia de regulaciones específicas en la Constitución ha sido considerada, p.ej., por la Suprema Corte de los Estados Unidos como una indicación de un intento de los padres fundadores de adoptar un tipo de proceso penal específico. Ver, p.ej., el voto del Juez Scalia en Crawford (“El mal principal que la Cláusula de la Confrontación atacaba [art. 6 de la Constitución de los EE. UU. que establece el derecho del acusado a “confrontar a los testigos que haya en su contra] era el sistema procesal del derecho continental europeo y particularmente el uso de declaraciones realizadas por una sola de las partes como evidencia en contra del acusado. Ver Crawford v Washington, 541 U.S. 36, 2004, p. 50. Ver también SARMIENTO, *Comentarios a la Constitución Nacional*, Ed. América Unidad, Buenos Aires, p. 53. “El derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante en los puntos análogos o idénticos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación genuina de nuestra propia Constitución. El Congreso quiso que la joven Federación, inexperta en la práctica de la forma de gobierno que ella había abrazado, no se lanzara a un nuevo camino ciego y sin guía, y por ello le dio toda la ciencia y toda la práctica de la única federación que existe”, citado en PEREZ SAMMARTINO, “La Influencia de los Estados Unidos en el Constitucionalismo Argentino”, en *Res Pública Argentina*, 2006-1, p. 43. Asimismo, ver BINDER, *Derecho Procesal Penal: Hermenéutica del Proceso Penal*, t.1, Ad-Hoc, 2017, p. 256. Este sostiene que la inclusión en el art. 24 de la Constitución Argentina de establecer el juicio por jurados no es otra cosa sino el “reflejo de la necesidad de desembarazarse del pasado, vivido como cepo colonial” al considerar al modelo inquisitivo como un “obstáculo al desarrollo de las nuevas ideas”.

implementara su Code d' Instruction Criminelle (CIC) en 1808, hubo un intento en ese país de emular el sistema adversarial anglosajón. El derecho a un juicio por jurados era central en las ideas de los reformistas⁶.

Finalmente, no puede ser obviado del análisis que al menos algunos de los ideólogos de la Constitución Argentina de 1853 claramente intentaron romper con algunas de las tradiciones heredadas del Viejo Mundo⁷. Los Estados Unidos eran vistos por algunos de los intelectuales argentinos que estaban además involucrados en el proyecto constitucional como un modelo exitoso de un Estado recientemente independizado. Parte de ese éxito era atribuido al tipo de inmigración que había poblado el territorio norteamericano. Al emular algunas de las prácticas de ese país se intentaba atraer entonces al mismo tipo de inmigrantes cuyos derechos también fueran semejantes a los que se garantizaban en los Estados Unidos⁸.

⁶ “Las reformas propuestas, que formarían la base de la legislación en 1791, eran un desvergonzado intento de importar el modelo angloamericano en su totalidad” (...) “El juicio por jurados fue instaurado el 30 de abril de 1790 pero sin ninguna reglamentación acabada para su funcionamiento”. VOGLER, *A World of Criminal Justice*, Routledge, 2005, pp. 49-57.

“Como resultado del trabajo de Beccaria y otros en el siglo dieciocho, el sentimiento público contra los abusos del proceso penal se volvió muy fuerte y la reforma del proceso penal se transformó en uno de los principales objetivos de las revoluciones europeas. Los reformistas de la época apuntaron al proceso penal inglés como un ejemplo de un sistema justo y democrático, y llamaron a reformar sus propios procesos en línea con las reglas del common law. Las demandas más prominentes se centraban en (1) la implementación de los jurados, (2) el reemplazo del proceso penal escrito y secreto por uno oral, (3) el establecimiento del derecho del acusado a un juicio, (4) la restricción de los poderes inquisitivos del juez, (5) la abolición del requerimiento de que el acusado declare bajo juramento, y (6) la abolición de la tortura y (7) de la intervención arbitraria del soberano en un proceso penal ya sea a través de una sanción o de un indulto. En el fervor de la Revolución Francesa se hizo un intento de abolir el viejo régimen en un todo y sustituirlo por un nuevo procedimiento basado en el modelo inglés”. MERRYMAN. *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 2007, p. 129.

⁷ “Las ‘Bases y Puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina’ de Juan Bautista Alberdi, argumentaba que la Constitución Argentina no debía limitarse a un marco legal que incorporara el statu quo porque ese statu quo en la América española había fracasado”. MILLER, *supra* 2, p. 1502.

⁸ “Alberdi ofrecía un programa concreto. Con tan solo un millón de habitantes, Argentina era un sitio vacío y desaprovechado, con poca agricultura, sin ferrocarriles y sin ciudades vibrantes a excepción de Buenos Aires. Facilitar el progreso requería incentivar la inmigración europea para llenar las tierras vacías y mejorar el nivel cultural del país, permitir el libre comercio y atraer las inversiones necesarias para construir ferrocarriles y establecer la industria. Argumentaba, además, que los inmigrantes podrían ser atraídos hacia la Argentina ofreciéndoles libertades individuales amplias. Los derechos conferidos a los inmigrantes incluirían (...) un sistema judicial eficiente para proveer reparaciones adecuadas (...). El modelo de este programa era el del Estado de California, que en los pocos años en los que se había anexo a los Estados Unidos desde México había logrado un crecimiento impresionante a través de las oportunidades que ofrecía a los recién llegados —oportunidades que no estaban disponibles bajo el control mexicano—. En el diseño de la constitución, incluido como un apéndice a Bases, Alberdi garantizaba a los ciudadanos y extranjeros esencialmente los mismos derechos que los de la Carta de Derechos estadounidense...”. MILLER, *supra* 2, p. 1503.

En el mismo sentido, ver también PEREZ SAMMARTINO, *supra* 5, p. 45.

En efecto, el propio Domingo Faustino Sarmiento en su presidencia de los años 1868 y 1874, luego de su estadía en los EE. UU. como embajador, proyectó un Código Procesal Penal en donde la introducción del juicio por jurados fue una nota característica. La evidente influencia de la cultura jurídica de los EE. UU. se evidencia en ese punto y en el informe que acompañaron Florentino González y Victorino de la Plaza, juristas designados por Sarmiento para la redacción del proyecto que finalmente no fue tratado por el Congreso de la Nación⁹.

En definitiva, todos estos factores hacen que sea plausible argumentar que el modelo adversarial angloamericano estaba en discusión y en la mente de los constituyentes en 1853. Sin embargo, esos ideales adversariales no fueron más allá del diseño constitucional. Las raíces inquisitivas habían crecido profundamente en el suelo argentino y pusieron esas aspiraciones a un lado por más de un siglo.

La principal razón de que se haya desarrollado un modelo inquisitivo antes que uno adversarial, más allá de lo que se estableció en la Constitución, es histórica. Argentina estuvo ciertamente influenciada por la tradición continental europea a partir de la colonización española. España había adoptado una ley unificada conocida como el “Septenario” o las “Siete Partidas”, que en sus capítulos III y VII contenían diferentes regulaciones procesales penales como la pesquisa, que era una investigación oficial de los delitos y, en última instancia, una de las fuentes de los juicios inquisitivos

⁹ Una versión de dicho proyecto de ley con el informe presentado por Florentino González y Victorino de la Plaza puede hallarse en: https://play.google.com/books/reader?id=XDs_AQAAMAAJ&hl=en_US&pg=GBS.PA7 [enlace verificado el día 25 de abril de 2023]. Es bastante gráfica la idea en la pluma de tales juristas cuando analizan las palabras de Edward Livingston sobre el Código de Procedimiento Penal del Estado de Louisiana, en donde aquel jurista remarcaba la importancia de poner el acento sobre las formas que adoptan los gobiernos para la prosecución de los delitos. Así, expresaron Florentino González y Victorino de la Plaza expresaron que “(s)i Mr. Livingston creyó necesario decir lo que precede en los Estados Unidos, donde tanto cuidado se ha puesto en reglar convenientemente el modo como han de proceder todos los que están revestidos de autoridad pública, cuando hayan ejercido su acción sobre la sociedad, a fin de que los preceptos de la ley sustantiva se apliquen con imparcial rectitud y conveniente celeridad, no parecerá fuera de lugar el que nosotros nos permitamos llamar muy especialmente la atención de los legisladores argentinos a tan preferente objeto. Porque, séanos permitido decirlo, hasta ahora solo se ha cuidado entre nosotros de reemplazar la legislación que regla los derechos y relaciones civiles de los habitantes del país por otra basada sobre la jurisprudencia Justinianica y Napoleónica, que no es, en verdad, la más conforme con las condiciones orgánicas de una sociedad republicana, y se ha descuidado lo que más importaba: dar al departamento judicial un carácter congruente con la naturaleza de la forma del gobierno que aspiramos a plantear; organizando los tribunales de justicia y estableciendo un modo de proceder para administrar esta, que facilite el control de la opinión pública ilustrada sobre la conducta de los jueces, y asegure a los ciudadanos la decisión imparcial, justa, pronta y barata de las cuestiones que ventilen ante ellos. Este es el vacío que están destinados a llenar el proyecto de ley sobre establecimiento del juicio por jurados y el Código de procedimiento criminal, cuya redacción se nos encargó en 1871, si el Congreso nacional, mejorando la parte que encuentre defectuosa, se sirve prestarles su aprobación”.

desarrollados en las colonias españolas en América, aún luego de que esos nuevos Estados se independizaran de España¹⁰.

En el tiempo presente, la idea de implementar un nuevo sistema procesal penal ha ganado importancia en la Argentina. Durante las últimas décadas, buena parte de los países latinoamericanos se embarcaron en el proceso de reformar sus procesos inquisitivos¹¹ y el modelo de los Estados Unidos aparenta estar en consideración de los políticos y reformadores argentinos.

Se ha sostenido que, en realidad, estos procesos reformadores latinoamericanos no se basan exclusivamente en el modelo de los Estados Unidos, sino que fueron producidos y promovidos localmente por un grupo de emprendedores latinoamericanos que basaron su trabajo en distintas fuentes, en las que las transformaciones de los sistemas procesales europeos tuvieron un rol más central que el modelo estadounidense¹². En línea con esas ideas, este trabajo no asume que las ideas reformadoras latinoamericanas y, consecuentemente, los nuevos procesos penales que se están implementando en la Argentina están únicamente basados en el modelo estadounidense ni que son un intento de implementar o emular ese sistema en el país, tal como ocurrió en Francia en la era revolucionaria. No obstante, sí se asume como innegable que al menos parte de los pensamientos y proyectos desarrollados por los reformadores latinoamericanos se remontan al sistema adversarial típico del mundo anglosajón.

La influencia pudo haber ocurrido directa o bien indirectamente, es decir, a través del estudio de procesos penales europeos reformados que ya habían incorporado características centrales del sistema adversarial estadounidense. Los reclamos contra el expediente escrito y formal (oralidad),

¹⁰Ver ESMEIN, *supra* nota 4, p. 298. También, PEREZ SAMMARTINO, *supra* 5, p. 77 “(L)a influencia de los Estados Unidos en el constitucionalismo argentino ha sido muy fuerte. Lo fue de manera incuestionable en la elaboración de la Constitución, pero quizás aún más en la interpretación constitucional. Esa influencia no llegó a otros campos del derecho. La tradición argentina de derecho continental permaneció como dominante en todas las disciplinas, con excepción de las cuestiones constitucionales. Las principales fuentes del derecho civil han sido francesas; las del derecho comercial y penal, italianas y alemanas”. También, para una evolución histórica de los sistemas inquisitivos, ver MAIER, *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, t. I, 2004, pp. 288-328

¹¹Para una aproximación general de los movimientos de reforma procesal penal en América Latina ver, LANGER, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, pp. 617-627.

¹²“(S)i la identificación con los Estados Unidos hubiera jugado un rol tan importante en estas reformas, el proceso penal estadounidense hubiese sido el principal modelo, lo cual, tal como ha sido detallado a lo largo de este trabajo, no fue el caso (...). Hay más evidencia que la identificación con Europa continental y sus sistemas legales ha influido las reformas. Como este trabajo ha explicado, la StPO fue una influencia importante sobre el Código Modelo, y códigos posteriores han tomado ideas de los códigos alemán, español, italiano, y portugués”. LANGER, *supra* nota 11, p. 667.

las propuestas de separación de funciones entre la tarea de investigar y decidir los casos y el involucramiento de jurados populares son ideas ciertamente atadas a la tradición angloamericana.

2. Argentina: pasado, presente y futuro. Del sistema inquisitivo puro al mixto y ¿hacia un futuro adversarial?

Argentina proviene de una tradición inquisitiva en la que la investigación de los delitos era realizada por un actor oficial (el juez) y se compilaba en un expediente escrito que, en última instancia, era la base para la decisión de los casos y su eventual revisión por las respectivas Cámaras de Apelaciones. Este modelo procesal estuvo vigente durante la mayor parte del siglo veinte, cuando en el ámbito federal regía el Código de Procedimientos en Materia Penal (en adelante CPMP)¹³; un sistema marcadamente inquisitivo basado en aquel que funcionaba en Europa continental y en las colonias españolas en América¹⁴. El fiscal funcionaba como una especie de asistente del juez, orientado a ser un garante de la legalidad del proceso¹⁵. Los fiscales no estaban mayormente involucrados en la investigación de los casos, ya que esta actividad estaba reservada al juez, pero sí tenían la obligación de denunciar cualquier actividad criminal que llegara a su conocimiento¹⁶. El proceso era completamente secreto durante los primeros diez días y el juez podía decidir extender

¹³Sancionado mediante Ley 2372 de octubre de 1888.

¹⁴“(L)os procesos penales que las jóvenes repúblicas independientes adoptaron generalmente siguieron el modelo inquisitivo —creado por la Iglesia Católica y las monarquías absolutas— que había prevalecido en Europa continental e Hispano y Luso América entre los siglos XIII y XIX. LANGER, *supra* nota 11, p. 628.

¹⁵El art. 118 es un claro ejemplo de esto al establecer que el rol del fiscal es el de “asistir al examen de testigos y verificación de otras pruebas en los procesos...”, “vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y las reglas del procedimiento” y “velar por que el orden legal en materia de competencia sea estrictamente observado”. Alberto Binder hace un desarrollo de la institución del Ministerio Público y ubica su nacimiento, con Hélie (HÉLIE, *Traité de l’Instruction criminelle ou Théorie du code d’instruction criminelle*, Charles Hingray, 1853), en la Edad Media, aunque identifica un impulso como institución en la Revolución Francesa. Identifica en dicha obra, además, que tradicionalmente el Ministerio Público fue pensada como una institución judicial bajo la “idea de que el (fiscal) es un auxiliar del juez que está adosado al juzgado”. BINDER, *Derecho Procesal Penal: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, vol. II, Ed. Ad-Hoc, 2014.

¹⁶En este punto, el rol del fiscal era asombrosamente similar al rol del fiscal francés del siglo XIV, casi al comienzo de la existencia de este actor procesal como un funcionario público.

“¿Cómo es que los fiscales comenzaron a formar parte del proceso penal? No aparecieron como acusadores directos, al constituirse ellos mismos en parte; aunque podemos encontrar trazos de esa concepción que parecería muy contraria a los viejos principios, que requerían que uno debía tener un interés directo para acusar. Es en la investigación judicial que se insinuaron, metiéndose a través del espacio que les permitía el mecanismo “*per inquisitionem*” del derecho canónico. Hemos visto que, de acuerdo con el derecho canónico, el juez podía ser requerido de usar sus atribuciones por un “denunciador”, que podía permanecer como una parte en la acción, presentando sus testigos y evidencias; ello se conocía como “promoveré” o “*prosequi inquisitionem*”. Esta es la parte en la que el fiscal entra en el juego; él es el “denunciador” de todos los crímenes e interviene en todos los procesos, ya sea que lo hace solo o en conjunción con un individuo...”. ESMEIN, *supra* nota 4, p. 116/7.

o terminarlo a discreción y las partes no tenían derecho a apelar las decisiones relativas al secreto de sumario. Además, no se admitían excepciones durante esta etapa inicial y solamente se les permitía a las partes proponer medidas de prueba que podían (o no) ser consideradas por el juez. Las partes tampoco podían apelar la negativa de aquel a llevar a cabo alguna medida propuesta.

En el año 1991, se implementó el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), ley aún vigente en el orden federal, en reemplazo del CPMP. Este código también se aplicaba en los procesos penales para delitos no federales cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires¹⁷. Si bien este nuevo código intentó acercarse hacia un sistema adversarial (¿o acusatorio?) a partir de la introducción del juicio oral, la etapa de investigación conservó rasgos típicamente inquisitivos. El rol del fiscal comenzó a tener más relevancia, ya que el juez no podía iniciar investigaciones de oficio, y además comenzó a estar más involucrado en la investigación de los casos, ya sea proponiendo medidas de pruebas vinculadas con su dictamen de ejercicio de la acción penal pública¹⁸, o bien dirigiendo la investigación directamente en aquellos casos que el juez decidía delegarle discrecionalmente esa facultad. Esa delegación, igualmente, era transitoria ya que el juez podía reasumir la investigación en cualquier momento sin dar razones de su decisión¹⁹.

Más allá de este protagonismo creciente del fiscal, el juez permaneció como el actor principal en el proceso penal. Eran los jueces, no los fiscales, quienes estaban a cargo mayormente de la investigación y decidían en última instancia qué casos tenían evidencia suficiente para avanzar a la etapa de juicio²⁰. Aun en los casos en los que el juez había asignado discrecionalmente la

¹⁷Históricamente, la Ciudad de Buenos Aires era considerada como territorio federal y, consecuentemente, las normas federales se aplicaban en esa jurisdicción, incluso en materias que no eran federales. En la reforma constitucional del año 1994, la Ciudad de Buenos Aires fue declarada una jurisdicción autónoma y alcanzó consecuentemente un estatus similar al de las otras veintitrés provincias al garantizársele el poder de sancionar su propia Constitución y leyes procesales.

¹⁸Art. 180, CPPN

¹⁹Art. 196, CPPN. En una reforma de la ley producida en el año 2001, se impuso que la investigación de algunos delitos y de los casos con autores ignorados debía asignarse directamente al fiscal. Sin embargo, en este último supuesto, cuando el fiscal lograba determinar la identidad del acusado, debía informar al juez y entonces este tenía la discreción de decidir si el fiscal debía continuar con la investigación del caso o si iba a ser dirigida por el juez (art. 196 bis, CPPN).

²⁰Un ejemplo de esto es el mecanismo de control del pedido de sobreseimiento p-or el fiscal en la clausura de la etapa de instrucción (art. 348, CPPN) que permite al juez dar intervención a la Cámara de Apelaciones para que evalúe ese requerimiento (y eventualmente designe otro fiscal) si no está de acuerdo con el pedido desincriminatorio. Este mecanismo por resultar una intromisión indebida del juez en la autonomía del Ministerio Público Fiscal (art. 120, CN) fue finalmente de declarado inconstitucional por la CSJN en el fallo Quiroga (rta. 23/12/2004).

investigación al fiscal, su control era claro dado que, como se dijo, podía reasumir la investigación en cualquier momento.

El expediente escrito, otra característica típica del sistema inquisitivo, era requerido por el CPPN, pues cada paso del procedimiento debía ser compilado en un legajo formalizado. La importancia que tanto el código como los operadores judiciales le daban al expediente que contenía la información reunida por el juez de instrucción durante la investigación preparatoria (etapa de instrucción) determinaba que, en última instancia, las audiencias de juicio orales y públicas no fueran tan relevantes como pregonaban las declamaciones de los reformadores al momento de sancionar el CPPN, en reemplazo del sistema puramente inquisitivo del CPMP.

De un modo sensiblemente diferente al de un típico sistema adversarial, en el que la resolución de los casos dependía de la evidencia que las partes hubieran presentado en el juicio, el expediente seguía siendo la principal fuente para la decisión de los casos. Al leer el expediente que tenía en su poder, el juez sabía de antemano qué evidencia iba a ser presentada, y usualmente ya había decidido la suerte del acusado, incluso antes de que la audiencia oral comenzara. Aun cuando los testigos debían declarar frente al tribunal que dictaría la sentencia al término de la audiencia de juicio, estas declaraciones no eran consideradas esenciales porque la información que los testigos brindaban ya era conocida por los jueces que habían leído el expediente. De hecho, en algunas circunstancias, las actas escritas presentes en el legajo formal podían ser admitidas como evidencia en lugar de la declaración oral del testigo en el juicio. En definitiva, falló la promesa de un juicio oral y público, que era nada menos que la novedad que el CPPN intentaba introducir. El juicio no era más que una repetición de lo que había sido fijado de manera inamovible en el expediente preparado por el juez inquisitivo durante la etapa preliminar.

En el año 2015, el Congreso Nacional sancionó una nueva ley de reforma del Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF), en línea con los procesos de reforma acusatorios que se habían implementado tanto en otras jurisdicciones argentinas como en la región²¹. La Ciudad de Buenos

²¹La ley 27150 establecía que el nuevo código procesal entraría en vigor el 1° de marzo de 2016. Sin embargo, por razones más bien políticas el Poder Ejecutivo determinó la suspensión de su implementación en esa fecha. Esta reforma procesal había sido aprobada antes de las elecciones presidenciales llevadas a cabo en octubre de 2015, en las que el partido gobernante, que promovía su implementación, perdió. Siguiendo una recomendación de la comisión bicameral designada al

Aires fue una de las jurisdicciones que algunos años atrás ya había implementado efectivamente una reforma procesal con la sanción del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CPPCABA)²².

Estos dos códigos procesales, que son los que serán contrastados con el proceso penal federal de los Estados Unidos para determinar su adversarialidad, regulan un proceso penal de similares características. En ambos, la investigación se asigna al fiscal, quien debe conducirla de manera objetiva²³. Además, ambos códigos establecen que el fiscal debe involucrarse en la investigación de los delitos desde el comienzo, ya que no contemplan una etapa en la que la investigación se encuentre bajo el control exclusivo de las agencias policiales. Finalmente, la función del juez se limita a funcionar como un árbitro imparcial.

La estructura de estos nuevos procesos penales desarrollados en Argentina claramente demuestra que la legislación se está alejando, sin lugar a dudas, de su tradición inquisitiva. No es tan claro, sin embargo, que esté apuntada a un proceso adversarial, del modo en que este concepto es entendido como estructura en un típico proceso penal de los Estados Unidos. A este análisis se abocará el ensayo en las siguientes secciones.

III. El rasgo “acusatorio” como una característica definitoria de los nuevos procesos penales argentinos

El rol del juez en el proceso penal ha sido considerado tradicionalmente como una de las diferencias centrales entre los sistemas inquisitivos y adversariales. Mientras que en un sistema adversarial típico el juez se asimila a un árbitro imparcial cuya tarea primordial es garantizar la

efecto, el presidente electo suspendió la entrada en vigor del nuevo código hasta que esa comisión considerara que estaban dadas las condiciones para ello. Las razones aducidas por el gobierno para suspender la entrada en vigencia de la ley se centraron en la necesidad de realizar otras reformas relevantes en el sistema de justicia en general (especialmente en el Ministerio Público Fiscal) antes de que este nuevo proceso penal pudiera ser implementado. Ver, p.ej., dos artículos publicados en el diario La Nación de Argentina del 29 de noviembre de 2015 y 26 de febrero de 2016 respecto de esta cuestión: <http://www.lanacion.com.ar/1849790-garavano-ya-prepara-un-paquete-de-nuevas-reformas-judiciales> y <http://www.lanacion.com.ar/1874097-garavano-presento-su-plan-para-la-justicia>). Finalmente, mediante decreto del 7 de febrero de 2019 se aprobó la redacción del CPPF con las diferentes modificaciones realizadas al proyecto inicial, y su implementación se realiza de forma gradual en algunas provincias.

²²La Constitución Argentina establece que mientras es una atribución del Congreso Federal el dictado del Código Penal para toda la Nación, cada provincia conserva la potestad de legislar sus códigos procesales.

²³En la próxima sección se analizará en mayor detalle qué significa este requisito de objetividad y cómo esta noción afecta para determinar la adversarialidad de estos procesos reformados.

legalidad del proceso, el juez inquisitivo clásico concentra tanto la tarea de investigar como la de decidir los casos. Esta característica definitoria del juez en ambos sistemas afecta necesariamente el rol de otro actor relevante del proceso penal: la parte acusadora. En los procesos de tipo adversarial, como el juez no está involucrado bajo ningún aspecto con la investigación de los casos, es necesaria la existencia de otro actor procesal que se encargue de esa tarea. En los sistemas procesales modernos, ese rol se ha puesto a cargo de un oficial público: el fiscal²⁴. En un contexto inquisitivo, sin embargo, al menos parte del rol del acusador se mezcla necesariamente con la faz investigativa del juez de instrucción.

Ese rol del juez de los sistemas inquisitivos presupone además la existencia de una investigación oficial de los hechos que, en contraposición a las investigaciones de las partes —modelo de disputa—, ha sido también considerada como una característica definitoria para distinguir esquemas adversariales de inquisitivos. En particular, se ha sostenido que estas diferencias entre ambos modelos exponen en definitiva una cultura procesal diferente: aquella que entiende al proceso penal como una disputa frente a un decisor pasivo (cultura adversarial) y la que lo concibe como una investigación oficial para establecer la verdad (cultura inquisitiva).²⁵

Con el devenir de los años, tal como ha sido mencionado en la sección anterior, en Argentina se ha reforzado el rol del fiscal, limitando, a su vez, la función del juez. Las reformas procesales producidas en Argentina son claros ejemplos de esta tendencia. En la etapa preliminar, tanto el CPPF como el CPPCABA establecen que el rol del juez se ciñe a resolver cualquier controversia que pueda aparecer mientras el fiscal lleva a cabo la investigación del caso (p.ej., disponer un allanamiento y/o detención; la decisión sobre la prisión preventiva y/u otras restricciones a la

²⁴La idea del fiscal como un funcionario del Estado a cargo de la investigación y de la acusación no ha existido siempre, pero se asume para los propósitos de este trabajo porque la mayoría de los sistemas procesales modernos funcionan de esa manera. Para una aproximación histórica respecto de la evolución del fiscal como un funcionario estatal ver ESMEIN, *supra* nota 4, p. 114-121. Para una mirada sobre la historia del fiscal estadounidense ver DAVIS, *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, 2007, p. 9-12. También, BINDER, *supra* nota 15, pp. 454-456.

²⁵“Los sistemas adversariales e inquisitivos pueden comprenderse no solo como dos formas diferentes de distribuir facultades y responsabilidades entre diferentes actores legales —el decisor (juez o jurado), el acusador y la defensa— pero también como dos culturas procesales diferentes y, consecuentemente, dos formas diferentes de entender al proceso penal. La mayor diferencia entre estas culturas procesales a los fines de este trabajo es que, mientras que el sistema adversarial entiende al proceso penal como una disputa entre dos partes (acusación y defensa) ante un decisor pasivo (el juez o el jurado), el sistema inquisitivo concibe al proceso penal como una investigación oficial, realizada por uno o más agentes imparciales del Estado para determinar la verdad”. LANGER, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 45, 2004, p. 4

libertad ambulatoria del acusado; etc.)²⁶. También asegura la legalidad de algunas instancias centrales del procedimiento (p.ej., en el proyecto de reforma del CPPF se exige la participación del juez en la presentación inicial del imputado —cuando este es informado formalmente por primera vez de los cargos de los que se lo acusa—). En la etapa del juicio, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas inquisitivos o mixtos, el rol del juez está restringido a ser el “director del procedimiento”²⁷ y no puede intervenir activamente en la producción de evidencia, es decir, no puede dirigir preguntas a los testigos²⁸ o al acusado²⁹, en caso de que este decida declarar³⁰.

Estas características de los sistemas procesales reformados son compatibles con un típico proceso adversarial estadounidense. En efecto, el sistema federal de dicho país presenta la mayoría de estos rasgos, a excepción de, paradójicamente, la prohibición de interrogar testigos (ver nota al pie nro. 28). Sin embargo, tal como será demostrado a lo largo de esta presentación, esta estructura de los procesos reformados no determina que sean necesariamente adversariales, al menos no del modo en que ese concepto moldea el sistema procesal de los EE. UU. Al mismo tiempo, es claro que un sistema que limita el rol del juez a funcionar como árbitro carece de las características esenciales y definitorias de un típico sistema inquisitivo.

En derecho comparado, el término ‘acusatorio’ ha tenido diferentes significados, pero nunca jugó un papel central para caracterizar un tipo de sistema procesal. Mientras que en el contexto

²⁶La etapa preliminar de los procesos argentinos reformados y el estadounidense es diferente. En los EE.UU. esta etapa comienza recién después de que las agencias policiales (o a veces la propia fiscalía) completan una investigación sobre los hechos que motivaron la decisión de formalizar cargos contra el acusado. En el contexto argentino, la etapa preliminar típicamente incluye la investigación de los hechos del caso que es realizada directamente por el fiscal o por la Policía, pero bajo la supervisión directa del fiscal. Esta diferencia entre ambos sistemas y su impacto con relación al desarrollo del sistema adversarial será analizada más adelante en el trabajo (*Sección 4.c.ii*).

²⁷El juez dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y moderará la discusión, impidiendo preguntas o derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación ni la libertad de la defensa”. (art. 224, CPPCABA).

²⁸“Los testigos serán interrogados por las partes, comenzando por la que los haya propuesto y si lo fueron por más de una, deberá comenzar el fiscal y continuar la querella. El tribunal no podrá interrogar a los testigos”. (art. 236, CPPCABA).

²⁹“El juez no podrá interrogar al imputado”. (art. 233, CPPCABA).

³⁰Paradójicamente, esta prohibición al juez del juicio de dirigir preguntas a los testigos o al acusado no existe en el proceso penal de los Estados Unidos a nivel federal. Sin perjuicio de que es improbable que el juez intervenga en la interrogación de los testigos, esta práctica, usualmente conectada con el mundo inquisitivo, le está permitida al juez adversarial, pero prohibida en las reformas procesales que intentan alejarse de su tradición inquisitiva. La razón, probablemente, provenga justamente de la necesidad de modificar ciertas prácticas arraigadas en los operadores del sistema de justicia y la necesidad de redefinir los roles de jueces y fiscales conforme a la nueva lógica procesal.

latinoamericano generalmente ha sido utilizado como sinónimo de ‘adversarial’³¹, otros autores de ámbitos diversos lo han utilizado como una mera característica de los sistemas inquisitivos o como una noción válida solamente si es considerada desde una perspectiva histórica³².

Sin embargo, el término acusatorio es de hecho relevante para definir justamente buena parte de los procesos penales que se desarrollan en Latinoamérica en general y, en particular, en aquellos sistemas argentinos identificados en este trabajo. Acusatorio se refiere a un tipo de sistema que está comprometido con la idea de la clara separación de los roles del juez y del fiscal para asegurar la garantía de la imparcialidad. Remite, además, a un determinado rol de la verdad como reconstrucción de los hechos y los consecuentes deberes que se le asignan al fiscal a lo largo de todo el proceso, incluso para la aplicación de medidas alternativas al juicio. De la misma manera, define las interacciones de las partes y el modo colaborativo de investigación de los hechos.

Aun cuando pueda ser cierto que los sistemas adversariales son necesariamente acusatorios en el sentido de que una investigación que es conducida por las partes interesadas requiere inevitablemente esa separación de funciones de los sistemas acusatorios, hay diferencias esenciales

³¹ “Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas las jurisdicciones, los reformadores han descripto a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial”. LANGER, *supra* nota 11, p. 618

Ver BINDER, *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*, Ad-Hoc, 2012. En la obra en general, ambas nociones son utilizadas indistintamente.

³² “(L)a importancia del inicio del proceso ha sido tal vez sobreestimado en la literatura y se ha alojado con solidez (si no erróneamente) en la consciencia continental europea, a través de la supuesta oposición entre procesos “acusatorios” (iniciados por la víctima) e “inquisitivos” (iniciados por el juez). Según Langbein, no obstante, ‘*Inquisitionsprozess*’ se define por las características de ‘*Offizialmaxime*’ (control oficial de todas las fases, excepto el inicio) y ‘*Offizialprinzip*’ (investigación judicial), que fueron desarrolladas en la jurisprudencia alemana (1974, p. 131). Toda vez que los modos de inicio público y privado coexistieron por siglos dentro del mismo proceso, la mirada de Langbein es la correcta). VOGLER, *supra* nota 6, p. 27. Además, ver PIZZI, “Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform”, en *Ohio State Law Journal*, Vol 54-5, 1993, pp. 1325-1375, quien afirma: “En términos de la evolución de los sistemas sociales que se alejaron del método de la venganza privada, el sistema acusatorio es visto a veces como un paso preliminar a los sistemas inquisitivos.”

“Una de las comparaciones más comunes que se escuchan respecto del proceso penal en las dos tradiciones es que el de la tradición europeo-continental es “inquisitivo”, mientras que el del common law es “acusatorio”. MERRYMAN, *supra* nota 6, p. 127.

Más allá de que esta generalización no es precisa y puede llevar a confusión si es aplicada a los sistemas procesales contemporáneos, tiene alguna validez cuando se la considera en un contexto histórico. De alguna manera puede sostenerse que la evolución del proceso penal en el mundo continental europeo por dos siglos ha sido moverse de los extremos de los abusos de los sistemas inquisitivos, y que la evolución en el mundo anglosajón ha sido alejarse en ese mismo periodo de los abusos y excesos del sistema acusatorio. Los dos sistemas, en otras palabras, están convergiendo desde diferentes direcciones hacia sistemas mixtos y equivalentes en términos generales.

entre procesos adversariales y acusatorios, suficientemente relevantes como para considerar que se trata de nociones separadas y, por tanto, caracterizan procesos penales diferentes.

Existen diversas razones que justifican el desarrollo de este sistema acusatorio en la Argentina. En primer lugar, las reformas procesales tuvieron influencias diversas y no exclusivamente de los EE. UU. En ese sentido, no sería preciso afirmar que en Argentina se intentó implementar el sistema procesal adversarial estadounidense sin mayores modificaciones³³. En segundo lugar, es razonable afirmar que la preocupación de los reformistas estuvo principalmente orientada a modificar ciertos aspectos centrales del sistema inquisitivo, tales como la intervención de la víctima en el proceso penal, la eficiencia de las investigaciones, sobre todo con relación al expediente escrito y secreto característico de ese sistema y, en términos de los derechos del acusado, la imparcialidad del juez en cuanto a su doble rol de investigador/decisor³⁴. En tercer lugar, la influencia continental europea histórica y cultural, definitivamente jugó un rol sobre las características de los procesos penales en estas latitudes³⁵.

Como resultado, los procesos penales reformados se desarrollaron contemplando aquellas preocupaciones, pero teniendo a la vez una conexión con el pasado legal y cultural argentino. El modelo estadounidense podría haber dado soluciones a las cuestiones de la eficiencia y, especialmente, a la imparcialidad, pero la implementación de un sistema adversarial de esas características en el contexto argentino demandaría un entendimiento completamente diferente del proceso penal, en particular con respecto al rol del fiscal en la investigación preliminar, como una parte que puede llevar a cabo investigaciones por fuera del control constante de los otros actores del proceso y sin un compromiso con la verdad histórica, entendida como una reconstrucción de los hechos.

Es ciertamente más complejo imaginar en Argentina un Ministerio Público Fiscal con el poder y autonomía que tienen sus pares de los EE. UU., sobre todo en la estructura federal. El turbulento pasado político de Argentina parece haber desarrollado una desconfianza natural de la sociedad hacia los funcionarios públicos en general. Consecuentemente, las agencias policiales no pueden iniciar investigaciones sin control y/o autorización judicial o del Ministerio Público en los nuevos modelos,

³³Ver LANGER, *supra* nota 11, p. 667-669.

³⁴Ver LANGER, *supra* nota 11, p. 638-641.

³⁵Ver PEREZ SAMMARTINO, *supra* 5, p. 77.

ni interrogar acusados³⁶. Los fiscales tampoco tienen un margen tan amplio de discrecionalidad ni su actividad en la investigación de los hechos escapa del control casi constante del resto de los actores procesales³⁷.

Puede argumentarse que la historia procesal argentina, influida mayormente por los sistemas europeo-continentales, tuvo un peso importante para el modo en que estos nuevos diseños acusatorios lidiaron con los puntos mencionados anteriormente. Las preocupaciones vinculadas con la imparcialidad del juez fueron “resueltas” al quitarle al juez la capacidad para dirigir las investigaciones (función que se asignó al acusador), pero el modo en que este último debe ejecutar su rol tiene similitudes con la manera en que el juez debía investigar los casos (ver *Sección 4.a*). Las preocupaciones relacionadas con la eficiencia de las investigaciones y también en alguna medida respecto de la imparcialidad fueron “solucionadas” a través la desformalización de la investigación preliminar, que implicó dejar de lado la lógica del expediente escrito, formal y secuencial como forma de registro de la actividad procesal en esta etapa (ver *Sección 4.c.i*), aun cuando esta desformalización no tuvo mayor impacto en la manera en que las partes interactúan entre sí durante esta etapa. De hecho, el mecanismo equivalente al *discovery* estadounidense se realiza de una manera

³⁶Para un análisis de los riesgos de garantizar autonomía a las agencias policiales para conducir investigaciones sin un estricto control judicial, ver BRAUM, Stefan, “Prosecutorial Control of Investigations in Europe: A Call for Judicial Oversight”, en LUNA/ WADE, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, p. 67-81. “Europol no está autorizada únicamente a coleccionar, procesar y almacenar información de acusados o condenados, pero también respecto de personas sobre las que exista una sospecha razonable y justificada para creer que van a cometer un delito en el futuro. Consecuentemente, el procesamiento de la información se permite sobre parámetros de riesgo más que sobre evidencia de la existencia de un crimen, con una suerte de “seguridad esotérica” que reemplaza el razonamiento legal basado en los hechos. El sistema de análisis se extiende sobre recolección de información de posibles testigos o personas sobre las que existen razones para creer que pueden ser víctimas en el futuro. Europol, entonces, provee evidencia sobre el poder predominante de la policía en Europa, donde ninguno ni los controles de la acusación o judiciales permanecen intactos. Los procedimientos carecen de precisos requerimientos legales para recolectar, utilizar, almacenar o transferir información. En buena medida, la recolección de información altamente sensitiva y relevante desde una óptica constitucional está ahora en cabeza de la discreción de los agentes de Europol. Respecto de las decisiones de Europol sobre el derecho a la privacidad, no contienen provisiones claras sobre quien es competente para ejecutar un control judicial eficiente sobre las acciones de Europol. Es más, nuevos métodos de procesamiento de datos facilitan la retención de información personal, permitiendo que Europol construya y almacene datos que pueden utilizarse según la mera discreción de las autoridades que investigan.”. También Pastor señala que la prohibición en la Argentina de que las agencias policiales interroguen a los acusados está conectada con una cuestión histórica y cultural, ya que no hay motivos procesales para impedirlo (PASTOR, *Lineamientos del nuevo CPPN*, Ed. Hammurabi, 2015, p. 106.).

³⁷De un modo similar, en los sistemas inquisitivos clásicos o modernos, las actividades del juez también eran observadas por los otros actores del procedimiento como el fiscal o jerárquicamente por la Cámara de Apelaciones que podía revisar el trabajo tanto del juez de instrucción como de juicio y, durante la vigencia del CPMP, en menor medida por la defensa por la menor cantidad de derechos que en aquel entonces se le garantizaba al acusado. Estas estructuras pudieron haber influido en la manera en que se organizaron los procesos acusatorios con una autonomía o discrecionalidad limitada del fiscal.

similar a como se realizaba en los procesos inquisitivos clásicos o modernos: a través del acceso al legajo de investigación del fiscal que está disponible para la defensa a lo largo de toda la investigación, con la excepción del secreto de sumario que también existía en el anterior esquema.³⁸ Finalmente, el rol de la víctima fue realizado al concedérsele distintos derechos, tales como la potestad de presentarse como un acusador particular en el proceso y garantizando el control de la actuación del fiscal. Por ejemplo, se le otorga la potestad de proponer medios de prueba, solicitar que se revise la decisión del fiscal de archivar un caso, o de continuar con la acusación como querellante cuando el fiscal decide no hacerlo. Estos mecanismos vinculados con la participación de la víctima en el proceso penal ciertamente no fueron influenciados por el proceso criminal adversarial estadounidense en el que el rol de la víctima es casi irrelevante.

En definitiva, los procesos reformados argentinos son una especie de sistema híbrido³⁹, definidos por su característica acusatoria, en el que la oficialidad de la investigación que era típica de los sistemas inquisitivos se encuentra entremezclada con el nuevo rol del fiscal. Este ha dejado su función pasiva y ahora se encuentra activamente a cargo de la investigación de los casos.

En la próxima sección se analizarán algunas características especiales del rol del fiscal para dar sustento a la hipótesis de que los procesos penales reformados están ciertamente comprometidos con un ideal acusatorio, pero no así con una organización adversarial del sistema procesal.

IV. El rol del fiscal

Ha sido establecido que el rasgo acusatorio de un sistema procesal es relevante para su caracterización. En esta sección, entonces, se analizarán y compararán diferentes aspectos del rol del fiscal en ambas latitudes sobre tres grandes ejes que, a su vez, se encuentran interrelacionados:

³⁸ Algunos puntos respecto del *Discovery* y el acceso al legajo de investigación del fiscal serán discutidos en la siguiente sección del trabajo.

³⁹ Para un análisis de los sistemas híbridos en el contexto europeo, formados por la influencia de los Tribunales Internacionales y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ver DELMAS-MARTY, "Reflections on the 'Hybridisation' of Criminal Procedure" en JACKSON/LANGER (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška*, 2008, p. 253. "Había dos tipos de gramática legal: (i) Gramática acusatoria, que asigna la mayoría de las facultades a actores privados, desde reportar un delito y reunir evidencia del caso; y (ii) Gramática inquisitiva, que asigna la mayoría de las potestades a actores públicos, en particular al emblemático magistrado investigador que tiene tareas policiales y judiciales, desde la investigación previa al juicio y la compilación del expediente para que el juez de juicio decida o no detener al acusado. Estas gramáticas diferentes, hicieron que la 'hibridización' pareciera imposible pero el estudio comparado mostró un movimiento hacia la convergencia bajo la influencia de reiteradas reformas domésticas y de la Corte Europea de Derechos humanos, cuya jurisprudencia revela que cada sistema tiene sus debilidades".

la objetividad (¿cuáles son las obligaciones del fiscal en la determinación de los hechos?), la verdad (¿qué rol juega durante las distintas etapas del proceso?) y las investigaciones preparatorias (¿cómo actúa y se interrelaciona el fiscal con el resto de las partes?).

Las diferencias sustanciales de ambos sistemas en estos aspectos fundamentales demuestran que los procesos reformados argentinos carecen de características esenciales que definen la adversarialidad. No obstante, la lejanía de estos sistemas reformados con sus predecesores inquisitivos también indica que estamos frente a un nuevo tipo de proceso penal: el proceso acusatorio.

1. Objetividad

a. Buscando evidencia exculpatoria

El análisis comienza con un aspecto central del rol del fiscal: sus obligaciones en la determinación de los hechos y cómo se refleja ello en su relación con el acusado. La forma en que las partes interactúan es un buen indicador para determinar la presencia de prácticas verdaderamente adversariales.

Una de las características que mejor define a los sistemas anglosajones es precisamente que la investigación es conducida directamente por las partes⁴⁰. Cada una de ellas tiene el deber de presentar su caso ante un tribunal imparcial, sea un juez o un jurado, y debe producir la evidencia necesaria para sostener sus alegaciones. Esto no significa que las partes tengan las mismas obligaciones en cuanto a los estándares probatorios necesarios para vencer en el juicio. El deber de probar la culpabilidad está en cabeza del acusador quien consecuentemente debe reunir suficiente

⁴⁰ Damaška brinda una definición que resalta esta característica: "Por adversarial me refiero al sistema de adjudicación en los que la acción es controlada por las partes y el decisor permanece esencialmente pasivo. En el escenario de determinación de los hechos, esto implica que los litigantes y sus abogados deciden qué hechos van a ser objeto de prueba. Implica además que los litigantes y sus abogados deben encontrar material probatorio, prepararlo para usarlo en el juicio y presentarlo al debate. Definido de esta manera, el sistema adversarial es claramente indiferente a las variaciones de la estructura de los tribunales y la organización temporal de los procedimientos. La lucha entre los litigantes puede ser definida tanto por jueces profesionales o legos, y los litigantes pueden enfrentarse en una única batalla de un día en la Corte o en múltiples sesiones". DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 75.

evidencia a fin de superar el umbral necesario para lograr una condena⁴¹. El acusado, entonces, no debe probar su inocencia que se presume por mandato constitucional. Únicamente cuando el acusado presente una defensa afirmativa⁴² debe presentar, a su vez, pruebas para satisfacer el umbral de preponderancia de la evidencia para que esa defensa tenga éxito⁴³. En este escenario, el rol del juez como un árbitro es evidente. Sus intervenciones están limitadas a definir las diferentes disputas entre los dos adversarios incluyendo, claro está, la disputa definitiva por la inocencia/culpabilidad del acusado.

El rol del fiscal federal en los EE. UU. está gobernado por las Reglas Federales del Procedimiento Criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*, en adelante, FRCP) que regulan el proceso penal del sistema federal, y por las Reglas Modelo de Práctica Profesional (*Model Rules of Professional Conduct*, en lo sucesivo, MRPC) que establecen los estándares de ética y responsabilidad profesional para los abogados.

La regla 16 de las FRCP establece la interacción entre las partes en la etapa previa al juicio con respecto a las obligaciones de “descubrir” la evidencia a la contraparte (proceso que se conoce como *discovery*). Estas obligaciones van a surgir únicamente ante circunstancias específicas establecidas en la regla. Básicamente, el fiscal está obligado a darle acceso a la defensa a su material probatorio solamente cuando esta parte así lo requiera. Adicionalmente, la Corte Suprema de los EE. UU. ha considerado como una obligación constitucional que el fiscal debe entregar o hacer saber cualquier

⁴¹En el precedente *Winship* de la Corte Suprema de los EE. UU. se estableció que el estándar requerido por la Constitución para alcanzar un veredicto de culpable era el de “más allá de una duda razonable”. “El requerimiento de que la culpa de una acusación criminal se establezca por evidencia más allá de una duda razonable data de por lo menos los primeros años de la Nación. La demanda de un más alto grado de persuasión en casos criminales fue recurrentemente expresada desde tiempos antiguos, [por lo que], su cristalización en la fórmula “más allá de una duda razonable” parece haber ocurrido como mucho en 1798. Es ahora aceptada en las jurisdicciones del common law como la medida de persuasión por la que el acusador debe convencer al juzgador de los elementos esenciales de la culpa”. ‘*Winship*’, U.S. 358, 361, 90 S. Ct. 1068, 1071, 25 L. Ed. 2d 368 (1970).

⁴²Se trata de defensas específicamente reguladas como la legítima defensa, inimputabilidad y la prescripción que tienen un régimen especial consistente, en términos generales, en que la parte que las alega debe probarlas (el estándar probatorio, no obstante, no es el de duda razonable exigido para los veredictos de condena sino el de preponderancia de la evidencia).

⁴³Para un debate interesante respecto de los estándares probatorios en casos criminales en los EE. UU. ver MUELLER/KIRKPATRICK, *Evidence under the rules: Text, cases, and problems*, Aspen Publishers, 2015, p. 735 “[L]a proposición de que se requiere prueba más allá de una duda razonable, nos dirige a otra pregunta: ¿hasta dónde se extiende esa obligación? ¿Están los fiscales obligados constitucionalmente a probar más allá de toda duda razonable cada hecho que incide en la culpabilidad? ¿Deben probar que el acusado, si se declara insano, no lo es? ¿O si alega legítima defensa cuando en realidad no se daban los presupuestos legales para justificar sus acciones? Estas (defensas) son ordinariamente consideradas como defensas afirmativas, lo que significa que el acusado debe alegarlas y probarlas”.

tipo de evidencia que tenga en su poder y sea “material y favorable a la defensa”⁴⁴. Al mismo tiempo, el requerimiento de la defensa de conocer el material probatorio de la acusación implica que el fiscal podrá, del mismo modo, exigirle acceso a las evidencias que el acusado pretende utilizar en el juicio.

Este procedimiento es un claro ejemplo de lo que la adversarialidad significa en el contexto estadounidense⁴⁵. En primer lugar, muestra que cada adversario desde el comienzo de su intervención debe definir su teoría del caso y su estrategia de litigación: debe conducir sus investigaciones para encontrar, y eventualmente presentar, las evidencias necesarias que sostengan sus alegaciones. La necesidad de regular estas obligaciones de descubrimiento de evidencias surge precisamente porque las partes no tienen acceso ni conocen las pruebas que su adversario ha reunido antes del juicio. En segundo lugar, expone que, al menos teóricamente, es posible que un caso llegue a juicio sin que ninguna de las partes sepa qué evidencia va a ser utilizada por su contrincante en el debate oral.

De acuerdo con el CPPCABA el fiscal debe actuar de un modo objetivo y buscar tanto evidencia incriminatoria como exculpatória⁴⁶. Una norma similar se encuentra en el CPPF⁴⁷ y también en varios códigos reformados del país y de Latinoamérica.⁴⁸ La objetividad, entonces, no es solo una obligación de mera neutralidad⁴⁹. Ambos códigos imponen en el fiscal la obligación de buscar

⁴⁴ Ver ‘Giglio v United States’, 405 U.S. 150 (1972); ‘Brady v Maryland’, 373 U.S. 83 (1963) y ‘United States v Agurs’, 427 U.S. 97 (1976).

⁴⁵ En soporte de esta conclusión, ver LANGER/ROACH, “Rights in the Criminal Process: A Case Study of Convergence and Disclosure Rights”, en TUSHNET/FLEINER/SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (eds.), 2013, p. 278. “La discusión acerca de si la defensa tiene una obligación de mostrar los resultados de su propia investigación a la fiscalía solo tiene sentido dentro de un proceso penal entendido como una competición entre los casos de la fiscalía y la defensa. Esto ayuda a explicar cómo el derecho a conocer la prueba de la contraparte ha sido concebido como un derecho recíproco en la mayoría de las jurisdicciones del common law —al menos cuando ha sido regulado en un estatuto—”.

⁴⁶ “En el ejercicio de su función el Ministerio Público Fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y la ley. Investigará las circunstancias que permitan comprobar la acusación y las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado y formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio de objetividad”. (art. 5, CPPCABA)

⁴⁷ “El representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad”. (Art. 229, CPPF)

⁴⁸ Por ejemplo, Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 129), Código Procesal Penal Peruano (Título Preliminar, art. 4), Código Procesal Penal de la República de Chile (art. 3), entre otros.

⁴⁹ Para una crítica respecto de la “neutralidad” como una noción normativa válida para hacer a los fiscales responsables por sus decisiones discrecionales en el contexto estadounidense ver GREEN/ZACHARIAS, “Prosecutorial Neutrality”, en Wis L.

activamente evidencia que, de ser encontrada, disminuiría sus chances de asegurar una victoria en el caso.

Tal como fue establecido anteriormente, ni la obligación de hacer conocer evidencia exculpatoria a la defensa ni la objetividad en su actuación son conceptos extraños en el contexto adversarial estadounidense. De hecho, además de las regulaciones del FRCP ya mencionadas y la exigencia constitucional establecida por la Corte Suprema de los EE. UU. en 'Brady' (entre otros) respecto de la obligación de entregar prueba de descargo a la defensa, el MRPC⁵⁰ se refiere específicamente a las responsabilidades éticas y legales de los fiscales en casos penales. Esta norma regula expresamente acerca de esas dos cuestiones al imponer una obligación a los fiscales de no proseguir casos en los que advierta que no superen el estándar probatorio de causa probable⁵¹ y de

Rev. 837, 2004, págs. 902-903. "La escasa responsabilidad profesional de los fiscales podría ser aceptable, o al menos más aceptable, si hubiera algún estándar normativo que gobierne la discrecionalidad de los fiscales en la toma de decisiones. En ese caso, el público podría elegir personas íntegras para servir como fiscales, o a funcionarios que los elijan, y confiar que cumplirán fielmente con esos criterios. Pero nuestro análisis del concepto de 'neutralidad del fiscal' demuestra que no hay conceptos claros, excepto tal vez a un nivel más general y abstracto. Todos podemos acordar que los fiscales deben ser 'neutros' o que deben ser 'justos' y 'buscar justicia'. Pero ninguno de esos términos tiene un significado preciso. Son pantallas para una constelación de otros, a veces igualmente vagas, expectativas normativas sobre como los fiscales deberían tomar las decisiones (...) Consecuentemente, hay una necesidad de un análisis más robusto. No es suficiente requerir 'neutralidad' a los fiscales ni es justo criticarlos por sus supuestas fallas de actuar de ese modo. En efecto, la retórica de la neutralidad es singularmente poco potente como crítica porque aún las decisiones más escandalosas pueden fácilmente ser defendidas como 'neutros' en algún sentido de ese término".

⁵⁰Regla 3.8 de "Responsabilidades especiales de los Fiscales".

⁵¹Regla 3.8 (a). Abstenerse de presentar cargos que el fiscal conozca que no están sostenidos por el estándar de causa probable.

Por su parte, corresponde destacar que existen en el sistema estadounidense distintos estándares probatorios exigidos según la decisión que corresponda tomar, tales como el de más allá de una duda razonable que corresponde por excelencia al veredicto de culpabilidad. El de preponderancia de la evidencia que, como ya se estableció, se debe alcanzar para las defensas afirmativas. El de causa probable, se exige por ejemplo para los registros y secuestros policiales. El estándar de causa probable para acusar fue establecido por la Corte Suprema de los EE. UU. en 'Bordenkicher'. "Mientras que el fiscal tenga causa probable para creer que el acusado cometió un crimen, la decisión de acusar o no hacerlo, y por qué cargos (...) generalmente pesa enteramente en su discreción". Para un análisis respecto del inconveniente de utilizar este estándar para presentar cargos, ver DAVIS, Ángela J, *supra* nota 24, pág. 147. "La regla 3.8 (a) permite a los fiscales presentar cargos que están basados en el estándar muy bajo de causa probable. Si bien este es el que el Gran Jurado debe utilizar al decidir si emite una acusación, ¿no deberían las reglas éticas exigir que los fiscales alcancen un estándar mayor al ejecutar su potestad de presentar cargos? Después de todo, los fiscales deben alcanzar un estándar mucho más severo —prueba más allá de toda duda razonable— para asegurar una condena. Si se les permite presentar cargos basados en el estándar mínimo de la causa probable, hay buenas probabilidades que la potestad de acusar sea utilizada inapropiadamente —tal vez para intimidar o forzar confesiones en casos en donde los fiscales no podrían conseguir la certeza necesaria para lograr una condena—. Por otro lado, los fiscales han argumentado que si se impone el estándar de la duda razonable como un límite ético, estarían sujetos a reclamos por conductas antiéticas en cada caso en donde se dicte una absolución".

entregar a la defensa las evidencias que tiendan a negar la culpabilidad del acusado o que mitiguen la intensidad de la ofensa⁵².

La diferencia central entre el proceso adversarial estadounidense y los sistemas procesales locales es que el fiscal norteamericano está obligado constitucionalmente a informar sobre la existencia de evidencia de descargo solamente si conoce de su existencia⁵³. La obligación impuesta al fiscal acusatorio en su nuevo rol es mucho más fuerte, al estar obligado por ley a buscar activamente evidencias exculpatorias.

Esta definición más amplia de la objetividad regulada en los esquemas acusatorios ha sido objeto de críticas centradas justamente en que la idea de que si la investigación del fiscal se presenta como neutral y objetiva se torna aseptica su actuación y de este modo diluye los intereses y las garantías del imputado.⁵⁴ En línea con ello, existen esfuerzos teóricos importantes en presentar una

⁵²Regla 3.8 (d). Hacer descubrimientos oportunos a la defensa de toda la evidencia o información que sea conocida para el fiscal y que tienda a negar la culpa del imputado o mitigar el delito y, en conexión con la penalidad, hacer saber a la defensa y al tribunal toda la información no privilegiada que conozca y pueda mitigarla, excepto cuando el fiscal haya sido relevado de esta responsabilidad por una orden del tribunal.

⁵³El asunto respecto de si el fiscal está obligado a exponer las evidencias que estaban en poder de las agencias policiales no es claro. Ver DAVIS, *supra* nota 24, p. 150. También, HOCHMAN, “‘Brady v Maryland’ and the Search for Truth in Criminal Trials”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 63.4, 1996, p. 1673-1706 que analiza cómo el fallo ‘Brady’ cambió las obligaciones de los fiscales en términos de la evidencia que deben mostrar a la defensa para cumplir con la garantía constitucional del debido proceso. El autor reconoce que la verdad tiene un rol diferente luego de ‘Brady’ de lo que solía tener. No obstante, se reconoce en el trabajo que al fiscal no se le exige buscar activamente evidencia exculpatoria en el modo en que se le exige al fiscal argentino. “[E]l contexto impone un límite físico estricto en las obligaciones que ‘Brady’ estableció. La evidencia en manos de las partes privadas no puede nunca dar lugar a un reclamo con base en ‘Brady’. Solamente la evidencia en manos de alguna agencia estatal puede disparar un reclamo válido basado en esa doctrina. Además, la doctrina del fallo no impone una obligación general al gobierno (Nota: el fiscal estadounidense es parte del poder ejecutivo y por ello se lo equipara al “gobierno”) de investigar (con cita en ‘Arizona v Youngblood, 488 US 51, 59 (1988)). Una obligación general de investigar implicaría una imposición irreal hacia los fiscales que cuentan con recursos limitados”.

⁵⁴Así, BOVINO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998. En sentido similar ver AHUMADA, “El fin del principio de Objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal”, en *Revista Pensamiento Penal* (online), 2013. Sostiene la autora que la objetividad no debe implicar una posición neutral del fiscal ya que forman parte de los esquemas inquisitivos e “incompatibles con un modelo adversarial en el que cada parte representa un interés concreto frente a un tercer o imparcial”. Entiende que la regulación de este principio de objetividad, en todo caso, sería una demostración de la incapacidad de “abolir el modo inquisitivo de ejercer el poder penal” y que la justificación de que la fiscalía valore elementos de descargo tiene un sentido de eficiencia pues evita la realización de juicios infructuosos.

Respecto de la neutralidad del acusador en el contexto estadounidense, ver GREEN/ZACHARIAS., *supra* nota 49, p. 867 s. “La noción de que el fiscal debe, en parte, representar los intereses del imputado complica aún más el concepto de la objetividad. Si fuera a aplicarse este concepto en más que un sentido mínimo (por ejemplo, el fiscal debe analizar la evidencia en contra del acusado de manera realista), los fiscales deberían intentar reconciliar constantemente intereses irreconciliables,

conceptualización de la objetividad del fiscal más emparentada con una concepción adversarial, si bien dichas nociones no han sido recogidas en los ordenamientos procesales⁵⁵.

Como contrapunto a las críticas de esta definición de la objetividad en los modelos acusatorios, es posible argumentar que esta configuración significa un mejor resguardo del derecho de defensa de los acusados. La objetividad en términos adversariales implica una mayor autonomía del fiscal, ya que sus obligaciones para con el imputado, como quedó establecido en el desarrollo de este capítulo, están limitadas mayormente a un deber de lealtad. Esto, en definitiva, se traduce en un mayor poder de los fiscales para presentar acusaciones pues, cumplido ese deber de lealtad, no deben responder por el éxito o fracaso de estas acusaciones más que como una rendición de cuentas general al interior de la institución e indirectamente a la sociedad a la que representan.

Este poder ha sido considerado desmedido precisamente por esas razones y por la evidente falta de herramientas de los acusados de resistir esas acusaciones antes del juicio. Esto genera incentivos inadecuados en los acusados para cerrar acuerdos de reconocimiento de responsabilidad en casos que eventualmente carecían de la solidez necesaria para arribar a esa misma decisión al término de un juicio oral. Esos acuerdos se motivan en la aparente conveniencia de recibir una pena menor que la que arriesgaría el acusado en caso de ejercer su derecho de ser juzgado por un jurado de pares pero la solvencia de la acusación no es testada en definitiva por ningún otro actor del proceso si el caso no avanza hasta esa etapa.⁵⁶

tales como aquellos de la sociedad o de la víctima en el castigo y los del imputado en ser sobreseído. Aún en escenarios en que los acusados tengan reclamos constitucionales legítimos, las consideraciones del fiscal de todos estos intereses sería inconsistente con la implementación del interés de la víctima en la retribución o del Estado en la disuasión de los delitos. La referencia a la obligación del fiscal de atender a los intereses de los acusados tiene sentido en tanto apela a nuestro deseo innato de contar con un sistema justo. Sin embargo, sin una mejor definición, casi inevitablemente produce una tensión con las restantes obligaciones del fiscal”.

⁵⁵ En este sentido, ver BINDER, *supra* nota 15; MILL, “Principios del proceso penal”, ponencia general efectuada en el *Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe*, disponible en https://www.aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Procesal_Penal_Mill.pdf [enlace verificado el 25 de abril de 2023].

⁵⁶ En este sentido, ver DAVIS, *supra* nota 24, quien plantea que la discrecionalidad del fiscal, necesaria para el funcionamiento del sistema de justicia, requeriría de preceptos normativos que permitan limitar su accionar. También es pertinente el comentario de la nota 52 respecto de que se exige un estándar de causa probable para acusar, cuando el fiscal debe lograr un estándar mucho más exigente de más allá de toda duda razonable para lograr una condena. Este diferencial, permitiría para la autora que los fiscales presenten acusaciones legítimas aun cuando sepan que no podrán alcanzar el nivel de convicción necesario para la condena. En el mismo sentido, GREEN/BRUCE/ZACHARIAS, *supra* nota 49, en p. 846 quienes detallan

En cambio, el hecho de que el fiscal acusatorio tenga la obligación de explorar incluso hipótesis desinriminatorias limita fuertemente su discrecionalidad para formular acusaciones porque le da una herramienta de defensa al acusado. En tanto existan instancias de control judicial en las que deban dar cuenta de las razones por las que otras hipótesis no fueron exploradas o por qué motivos la información o evidencias introducidas por la defensa fueron descartadas, el deber de objetividad definido en estos términos acusatorios puede resultar un contrapeso que racionalice la actividad de los fiscales. En definitiva, si el fiscal debe buscar prueba de descargo, tendrá que responder eventualmente por una deficiencia en este sentido; así se limitaría su discrecionalidad y, consecuentemente, la capacidad de forzar acuerdos u otras salidas alternativas basados mayormente en el interés de los acusados de cerrar el caso penal sin el riesgo de recibir una condena o de que se le aplique una pena mayor a la que garantizaría un acuerdo previo con el acusador.

En definitiva, este contraste entre los esquemas adversariales y acusatorios apoya decididamente la hipótesis del trabajo. Definitivamente, puede sostenerse que los procesos reformados son acusatorios en tanto hay una acusación de un actor procesal que no tiene a su vez la función de juzgar. Pero no es posible sostener una adversarialidad en los mismos términos que los del sistema anglosajón en un contexto en el que todavía existe una investigación oficial de los hechos. Si bien es dirigida por el fiscal, se hace de una manera colaborativa con el resto de las partes que intervienen activamente en su desarrollo (proponiendo diligencias, defensas tempranas, mociones, etc. -ver *Sección 4.c.i*) y en la que el propio acusador tiene el peso de encontrar pruebas que destruyan su propia hipótesis de acusación.

A continuación, veremos algunas razones probables de esta configuración de la objetividad en los esquemas acusatorios.

algunas de las críticas que han recibido los fiscales por presentar acusaciones débiles o pobremente investigadas, excesivamente duras o con otro tipo de excesos. Además, en relación con la necesidad de reevaluar el modo de aplicación de estos procedimientos abreviados para evitar que sean coercitivos y que, de esta manera, la disposición de los casos sea exclusiva del fiscal y no producto de un acuerdo bilateral (el fiscal como el decisor de facto), confrontar LANGER, “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 33-3, 2006, p. 223. Se mencionan allí estudios realizados en los que los fiscales presionan aún más para lograr estos acuerdos abreviados en aquellos casos en los que lograr una sentencia de condena en juicio es improbable (se cita el trabajo de ALSCHULER, “The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining”, en *University of Chicago Law Review*, v. 50, 1968, p. 88).

b. La objetividad del fiscal como una derivación de la imparcialidad del juez inquisitivo

Los normas que regulan el rol del actor procesal a cargo de la investigación en estos procesos acusatorios reformados lo han hecho de un modo similar a como se entendía parte de la función del juez inquisitivo, aunque a través de mecanismos ligeramente diferentes: mientras que el juez inquisitivo tenía la obligación de mantenerse imparcial⁵⁷, al fiscal se lo conmina a actuar de un modo objetivo.

Esto no implica que el concepto de imparcialidad que se deriva de la Constitución y lo que hoy entendemos por objetividad del fiscal en el marco de los esquemas acusatorios sean equiparables⁵⁸. La imparcialidad refiere, en efecto, a la actividad del juez⁵⁹ mientras que la objetividad implica algún grado de extensión de la neutralidad que debe conservar el oficial público encargado de la investigación. Esta diferenciación es, en general, aceptada sin mayores dificultades por la doctrina.⁶⁰

⁵⁷El requisito de imparcialidad no estaba expresamente incluido en la Constitución Argentina hasta el año 1994 cuando a través del art. 75, inc. 22, CN los tratados de derechos humanos que lo incluían fueron incorporados al texto constitucional (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Tampoco estaba reconocido en los códigos procesales. Sin embargo, algunos autores lo derivaban de una interpretación constitucional de los arts. 18 y 33.

⁵⁸ Sobre la cercanía de los conceptos de imparcialidad y objetividad se ha sostenido que: “Las normas que regulan la organización del Ministerio Fiscal suelen consagrar el principio de objetividad, cuyo contenido no resulta fácil de precisar. Una interpretación posible, esgrimen Duce y Riego, “es entender que el contenido de este principio resulta equivalente o muy cercano al de imparcialidad, lo que 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”. DUCE/ RIEGO, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, p. 139, citado en MENDAÑA, “El Ministerio Público y la Dirección de la Investigación Criminal”, en GARCÍA YOYMA / MARTÍNEZ, *El Proceso Penal Adversarial* (coords.), vol. I, 2008, p. 230. Luego, ambos autores dan algunas precisiones a esa noción de objetividad que se limitaría a un deber de lealtad del fiscal con la defensa y la investigación de hipótesis de exclusión o atenuación de la responsabilidad del imputado que posean algún tipo de sustento

⁵⁹ La CADH, de hecho, define en el art. 8.1 que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁶⁰ Ver DUCE/RIEGO, *supra* nota 58, que si bien reconocen que en ocasiones el concepto de objetividad ha sido derivado en ocasiones del principio de imparcialidad, finalmente lo limitan a un deber de lealtad procesal, separando conceptualmente ambos términos. Alberto Binder, en el mismo sentido, sostiene que “debe quedar en claro que el principio de objetividad no es asimilable a la imparcialidad judicial ni constituye una forma de imparcialidad específica” (*Derecho Procesal Penal*, Teoría de las formas procesales. Actos Inválidos. Nulidades, Vol III, Ad Hoc, p 224).

El punto es que, en definitiva, esta noción de objetividad como concepto independiente de la imparcialidad cobró relevancia recién a partir de las reformas procesales, ya que en los sistemas inquisitivos o mixtos estaba englobada en un único concepto a partir de la doble función del juez de investigar y decidir los casos que trataba.

Si asumimos, con Maier, que la imparcialidad está integrada por tres máximas fundamentales como son la independencia judicial, el principio del juez natural y la imparcialidad frente al hecho concreto, este último elemento es el que parece confundirse en cierta manera con la noción de objetividad, cuya extensión en el contexto acusatorio debe definirse pero para otro actor del proceso⁶¹. Precisamente, la idea de que el juez debe ser neutral y objetivo es la que le da contenido a este elemento particular de la imparcialidad frente al hecho concreto. Es este, en definitiva, el aspecto de la imparcialidad que los sistemas inquisitivos no pueden garantizar y, por tanto, se convirtió en uno de los motores de los procesos de reforma⁶².

Mientras que los modelos inquisitivos podían contar con reglas adecuadas para asegurar la independencia judicial frente a otros poderes y el principio del *juez natural*, eran incapaces de garantizar la ecuanimidad del juez frente al caso en concreto justamente por el rol del juez investigador que es inherente a estos modelos⁶³. De allí que la forma de acercar la actividad del juez a este elemento de la imparcialidad era a través del análisis de su neutralidad u objetividad en el modo en que investigaba los casos, esto es, al exigirle que buscara prueba de cargo y de descargo.

⁶¹ MAIER, *supra* nota 10, p. 741 s.

⁶² La neutralidad como atributo del juez también ha sido considerada en el ámbito anglosajón. Ver GREEN/ZACHARIAS, *supra* nota 49, quienes identifican que en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EE. UU. vinculada con las órdenes de allanamiento, se ha exigido que esta debe emanar de un oficial de justicia ‘neutral y no comprometido’, distinto de la policía y los fiscales (precedente ‘Coolidge v New Hampshire’, 403 U.S. 443, 453 (1971)). En el mismo sentido, se cita jurisprudencia en la que se reconoce que los fiscales no son neutrales (In re ‘April 1977 Grand Jury Subpoenas’, 573 F.2d 936, 947-48 (6th Cir. 1978)), en el que se estableció que los litigantes no pueden exigir un acusador neutral, ya que mientras un juez se debe excusar por haber representado como abogado a alguna de las partes, un fiscal no debe hacerlo por el solo hecho de haber investigado al mismo sujeto en otros casos; ‘Jennings v. State’, 79 So. 814, 815 (Miss. 1918) en el que se estableció que no se debe esperar que el fiscal se aproxime al caso con la fría neutralidad del juez; entre otros.

⁶³(E)l juez —a quien las reglas del proceder lo empujan fuertemente a lograr determinados fines, incluso en forma de deberes establecidos para cumplir correctamente su función, como, por ejemplo, la de conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar *ex officio*, “ofrecer” el mismo medios de prueba para averiguar la verdad, interrogar a los órganos de prueba)—, parte de una posición que no favorece la imparcialidad, sino que, antes bien, la imposibilita en origen, pues la ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el procedimiento, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento desde algún punto de vista. MAIER, *supra* nota 10. p.740.

En los sistemas inquisitivos, en definitiva, inicialmente la imparcialidad del juez se presumía. La investigación y decisión de los casos era asignada al juez precisamente porque se consideraba que era posible que este se mantuviera imparcial aún frente al caso en concreto, si bien funcionaba en los hechos como una parte del caso (la parte acusadora). En otras palabras, la imparcialidad era considerada como un atributo personal del juez más allá del rol que ocupaba dentro del proceso. La evidente contradicción entre la asumida imparcialidad y el rol del juez que investigaba y controlaba su propia investigación no era considerada seriamente porque se creía que el juez era imparcial por naturaleza.

Con el transcurso del tiempo, los problemas de esta particularidad del proceso inquisitivo se volvieron obvios. Asignar la función de investigar y juzgar al mismo actor chocaba con cualquier interpretación razonable del concepto de imparcialidad, sobre todo respecto del elemento vinculado con la imparcialidad frente al caso en concreto⁶⁴. El foco para determinarla, que anteriormente era colocado en la persona del juez, comenzó a centrarse en el acusado. El asunto dejó de pasar por analizar la (im)parcialidad del juez para pasar a focalizarse en el temor de parcialidad que un acusado razonablemente podría tener ante ciertas circunstancias, por ejemplo, precisamente, en el hecho de que el juez pudiera investigar y decidir los casos⁶⁵. Por esa razón, se adoptaron diferentes salvaguardias para limitar ese temor de parcialidad, principalmente a través de dos mecanismos. Por un lado, el caso no podría avanzar hacia la etapa del juicio sin una acusación

⁶⁴ "Solo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria"(...). "Solo teniendo en cuenta esta experiencia se puede comprender que en el movimiento de reforma del siglo XIX se hiciera necesaria la implantación del ministerio fiscal, posibilitándose así la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, la limitación de la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al material sospechoso acumulado sin su cooperación". EBERHARD, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 1957, Ed. Bibliográfica Argentina, págs. 195 s.

Otra forma de los sistemas inquisitivos o mixtos para lidiar con esta cuestión fue impidiendo la intervención del mismo magistrado en las dos etapas del procedimiento, lo que refuerza esta idea de la imposibilidad fáctica de mantener la ecuanimidad en la doble función de investigador y decisor (ver fallos citados en nota 58).

⁶⁵ "La jurisprudencia federal ha rechazado, genéricamente, estos criterios [de permitir causales de recusación más amplias de las que están expresadas formalmente en el CPP]. La razón del equívoco reside, básicamente, en que los jueces confunden honestidad personal con temor de parcialidad de parte del justiciable, motivo este último real de la recusación, transformando una recusación en una imputación o reproche personal que, de existir -tal como ellos lo interpretan- justificaría el ejercicio de recursos más vigorosos que el intentar apartarlos de la decisión de un caso". MAIER, *supra* nota 10, p. 759.

formal presentada por el acusador y, por otro lado, el juez a cargo de la investigación no podría a la vez intervenir en la etapa del juicio⁶⁶.

Finalmente, tal como fue descrito en la *Sección 2.b.*, en los nuevos procesos reformados, el fiscal fue colocado en la posición del juez con e la investigación de los casos. Aquella presumida imparcialidad del juez no funcionaría con la figura del fiscal precisamente porque la idea de una parte imparcial es autocontradictoria. Por definición, una parte, sea la defensa o la acusación, es parcial.⁶⁷ El asunto, entonces, pasaba por definir cómo regular las investigaciones del acusador, qué límites debían imponerse a la actuación del fiscal.

El criterio de objetividad que surgió en este contexto se alejó definitivamente del modelo adversarial angloamericano. Una definición más vinculada con los sistemas adversariales implicaría una estructura similar a la del MRPC descrito anteriormente. Los fiscales no deberían avanzar en investigaciones de casos en los que adviertan que la evidencia no alcanza un mínimo estándar probatorio, ya que avanzar en la formalización de un caso sin una base de evidencias no parece una decisión razonable de una persona neutral frente al caso. Esto es coherente con un entendimiento adversarial de los juicios penales y no implica que el fiscal se encuentre forzado a buscar evidencia exculpatoria. El requerimiento de que eventualmente dé a conocer aquellas pruebas que lleguen a su conocimiento y que sean favorables a su contraparte se basa en razones vinculadas con la ética y un estricto sentido de justicia.

Sin embargo, las respuestas que se encuentran en estos sistemas procesales acusatorios están ciertamente más conectadas con su pasado legal, que han transformado parte del concepto de imparcialidad exigido al juez inquisidor en una noción adaptable al nuevo actor a cargo de las investigaciones penales. Este requisito de objetividad que fue impuesto al fiscal es entonces una derivación de aquella imparcialidad frente al hecho exigida al juez en su faceta de investigador que, paralelamente, evita lidiar con el problema de la auto-contradicción que implicaría requerirle

⁶⁶Ver fallos CSJN, in re ‘Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas’ (rta. 17/05/2005); in re ‘Dieser, María Graciela s/ homicidio’, (rta. 08/08/2006).

⁶⁷ Existen ciertas discusiones con respecto a si el fiscal es, en efecto, una parte del caso equiparable a un litigante particular, pero es una cuestión excede el marco de este trabajo (ver en este sentido, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2000; PASTOR, *supra* nota 36, p. 107; MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Parte General. Sujetos Procesales, Vol. 2., Editores del Puerto, 2003, p. 323). Alcanza con mencionar aquí que en la medida en que el fiscal representa un interés específico, su actuación no puede definirse en términos de parcialidad/imparcialidad. De hecho, esta garantía es propia de los jueces, precisamente, porque no representan intereses, sino que deben definir los asuntos que reciben conforme al derecho vigente.

imparcialidad a una de las partes. Una parte no puede ser imparcial, pero ciertamente puede ser objetiva.

A partir de esa definición de objetividad, los fiscales deben buscar cualquier tipo de información o prueba relevante para reconstruir los hechos, aun aquellas evidencias que disminuyan sus chances de triunfar en su rol de acusador del proceso. Esta situación, ciertamente resulta extraña a los esquemas típicamente adversariales del mundo anglosajón.

2. La búsqueda de la verdad

a. La construcción de la verdad en los procesos acusatorios

La relación entre la verdad y el proceso penal es uno de los grandes temas del derecho procesal penal y, como tal, ha sido explorado con intensidad⁶⁸. No puede ser de otra manera ya que, en definitiva, si no fueran ciertos los hechos de la condena esta no puede ser justa. En otras palabras, no puede un acusado ser merecedor de un castigo penal si no es verdad que los hechos fijados en la condena se corresponden con el mundo real⁶⁹.

No es objeto de este trabajo revisar ni profundizar sobre esas discusiones. Basta con asumir *a priori* que la verdad como correspondencia es la noción que mejor garantiza que la condena haya sido justa⁷⁰. Es decir, que para que una condena sea válida, debe ser posible afirmar con un estándar exigente (certeza, más allá de toda duda razonable, etc.) que los hechos allí descriptos son verdaderos porque se corresponden con lo que efectivamente sucedió.

⁶⁸ Por una referencia general sobre la verdad y proceso penal cfr. GUZMAN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, 2006. Desde la perspectiva del sistema procesal estadounidense ver LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica*, Marcial Pons, 2013.

⁶⁹ Ver PEREZ BARBERA, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal: la independencia metafísica de la verdad”, en *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 52, 2020, p. 5-29. “(H)ay un vínculo conceptual entre justicia y verdad, en particular entre justicia retributiva y verdad entendida como correspondencia. Esa clase de justicia, arquetípica en los procesos discursivos que derivan en la aplicación de una sanción pena o de una sanción moral, está inescindiblemente ligada, en efecto, a esa idea de verdad. Eso es así porque retribución es “reacción merecida”, y solo puede merecerla quien, en el mundo, haya hecho lo que justifica esa reacción, es decir: quien realmente lo haya hecho...”.

⁷⁰ Me baso aquí en los trabajos de Guzmán y Pérez Barberá citados en las notas precedentes.

En este contexto, es seguro asumir que tanto los sistemas adversariales como los acusatorios tienen, en esos términos, un idéntico compromiso con ese valor de verdad y con un ideal de justicia al entender que la condena de un inocente es un resultado inválido.⁷¹

Sin embargo, existen diferencias relevantes respecto del modo en que se construye esa verdad en ambos modelos. Los sistemas acusatorios, por un lado, imponen al fiscal el deber de reconstruir los hechos y, sobre esa base fáctica, definir su actuación en el proceso. En los esquemas adversariales, la verdad de los hechos de la acusación se verifica eventualmente en la condena por la actividad de las partes en el juicio a partir de las evidencias que, en defensa de su teoría del caso, ambas introducen para sostener su versión de esos hechos. La hipótesis de la acusación, que es construida por el fiscal exclusivamente, es testada en ese contexto del debate, sea contra la versión alternativa que la defensa plantee o a través de la actividad que esta realice sobre las evidencias que la fiscalía presente en el juicio en ejercicio de su derecho de defensa (principio de contradicción)⁷².

No obstante, no es deber del fiscal reconstruir los hechos durante el proceso ni es una meta de su investigación. Es claro que, en tanto más amplia sea la información con la que cuente, mayores serán las chances de que esta derive en una condena porque en principio es esperable que solamente

⁷¹ Sobre la distribución de errores y la preferencia de los sistemas procesales en absolver culpables que condenar inocentes ver VOLOKH, “n Guilty Men”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1997, pp. 173-21 y REINMAN/VAN DENN HAAG, “On the Common saying that it is better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con”, en *Social Philosophy and Policy*, vol. 7, 1990, pp. 226-248 (ambos trabajos citados en LARSEN, “El uso de las categorías inquisitivo y acusatorio como un obstáculo para ciertas discusiones sobre el derecho probatorio”, en *Revista de derecho Procesal Penal, La verdad en el proceso penal*, vol. II, 2018, Rubinzal Culzoni). En el contexto adversarial, la propia Corte de los EE. UU. reconoció en ‘Tehan v US’ (383, US 406:416-1996) que la determinación de la verdad es un objetivo del juicio penal. De alguna manera el trabajo de Laudan busca lograr una revisión del sistema de pruebas de los procesos adversariales de modo tal de reconstruirlo para dotarlo de mayor valor epistémico que permita reducir el margen de error de los veredictos. El autor reconoce que se produce un error tanto en la condena del inocente como en la absolución del culpable, si bien existen reglas y valores extra-epistémicos que puedan estar justificadas más allá de generar lo segundo. LAUDAN, *supra* nota 68.

⁷² Para una aproximación general respecto del rol de la verdad en los sistemas de tradición continental europea y del *common law* ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 91. “La pasividad (del juzgador) presente un contraste nítido a la tarea actitud cognitiva de cualquier individuo dispuesto a averiguar hechos en la vida cotidiana. En sus vidas privadas y negocios, las personas están habituados a la tarea de obtener conocimiento sobre los hechos que influyen en sus decisiones. Como estudiantes, hacen preguntas para lidiar con las ideas expresadas en los textos que leen (...). La pasividad del juzgador del *common law* se encuentra lejos de ser aceptada generalmente en los sistemas procesales modernos. Los jueces de tradición continental europea -sean profesionales o legos- son libres para involucrarse en la producción de la prueba si así lo quieren. Esta libertad es muy valorada, porque se la percibe como un requisito de su responsabilidad de tomar la decisión correcta – “la verdad”. Además, GRANDE, 2008, “Dances of Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth”, en JACKSON/LANGER/TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška*, 2008, p. 146.

presente acusaciones formales en aquellos casos en los que la evidencia sea más sólida. Pero de allí no se sigue que sea su deber lograr esa reconstrucción de los hechos, ya sea para formular una imputación o para la aplicación de otras salidas alternativas al juicio consensuadas con el imputado. En todo caso, será su tarea asegurarse de que las evidencias que presente al juicio le permitan sostener su hipótesis con el estándar de prueba que se exige para una condena, pero no como un deber normativo sino como utilización racional de sus recursos.

La estructura de los procesos acusatorios son una muestra clara de estos enfoques diferentes en relación con el rol de la verdad⁷³. Así lo muestran los modelos elegidos para el análisis, que presentan regulaciones similares en este aspecto. El CPPF establece que el objetivo de la investigación preliminar es determinar si existe mérito para establecer la responsabilidad del acusado y que el fiscal debe buscar los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad⁷⁴. El CPPCABA, por su parte, dispone que uno de los objetivos de la investigación es establecer, a través de las medidas de prueba necesarias para determinar la verdad, si los hechos del caso constituyen delito⁷⁵. Este compromiso del fiscal con la verdad que el proceso penal debe revelar sobrepasa su interés en construir una hipótesis de acusación para presentar en el juicio. En otras palabras, aun cuando el fiscal tiene el rol de investigar y acusar, su obligación principal es en realidad lograr reconstruir los hechos del caso que enfrenta y, a partir de allí, definir el caso dependiendo de qué hechos se hayan revelado en el devenir de la investigación⁷⁶.

En el contexto adversarial, por otra parte, la verdad juega un papel relevante pero como una verdad interpretativa y construida competitivamente entre las partes más que una verdad ontológica

⁷³Otros códigos reformados de la región establecen obligaciones similares. el Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano que en su art. 129 expresa que “la investigación debe ser objetiva y referirse tanto a elementos de cargo como de descargo...”. En Argentina, p.ej., el Código Procesal Penal de Chubut, si bien no establece una obligación específica del fiscal de buscar prueba de descargo, sí le impone la obligación de atender las solicitudes probatorias de la defensa en ese sentido en donde el desacuerdo entre el Fiscal y la defensa respecto de la utilidad de una medida la resuelve el juez (art. 278). De allí es posible concluir que la reconstrucción de los hechos tiene un rol relevante en la etapa preliminar de ese modelo procesal.

⁷⁴Art. 228 y 229, CPPF.

⁷⁵Art. 91, CPPCABA.

⁷⁶Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 146 s. quien hace una diferenciación entre lo que considera verdades ontológicas de las objetivas. “Partiendo de la idea de que es posible que un tercero determine la verdad, el sistema no-adversarial persigue el descubrimiento de una verdad objetiva (el venerado concepto continental de verdad sustantiva en oposición al de verdad procesal), que llamaré verdad ontológica, basada como en la creencia de que una reconstrucción objetiva de la realidad es alcanzable. Consecuentemente, en el sistema no-adversarial se cree que la justicia se alcanza cuando se logra comprobar una verdad objetiva, sustantiva y ontológica”.

y objetiva⁷⁷. Como ya se mencionó al inicio, la verdad es importante en el contexto adversarial en el sentido de que la condena de un inocente es un resultado inválido. Por ello, las sentencias condenatorias confirmadas pueden ser revisadas si aparecieran evidencias exculpatorias que eran desconocidas al momento en que se dictó el fallo. Para este juicio adversarial, como un modelo de disputa, una suerte de verdad consensual o negociada es suficiente, por ejemplo, para terminar el caso anticipadamente.

El proceso adversarial se estructura mayormente para permitir a las partes presentar evidencia confiable de su lado de la historia que, en última instancia, será evaluada por el juzgador para determinar si los estándares probatorios pertinentes fueron alcanzados para llegar a un veredicto

⁷⁷ “Como contraste, el sistema adversarial adopta la perspectiva de que no hay una verdad objetiva que pueda ser alcanzada por una parte neutral, porque la neutralidad es sencillamente imposible de alcanzar. Aun personas genuinamente desinteresadas inevitablemente forman hipótesis tempranas de la realidad que buscan reconstruir. Porque las personas asimilan la información de un modo selectivo, sus hipótesis iniciales los hacen más receptivos a la información que las confirman. Consecuentemente, van a interpretar de una forma inconscientemente sesgada la información que asumen en orden a determinar la verdad. Como resultado del reconocimiento de estas limitaciones cognitivas, los sistemas adversariales consideran cualquier reconstrucción de los hechos como sesgada y no objetiva y a la búsqueda de la verdad a través de un enfoque que no dependa de las partes interesadas como una meta inalcanzable. La búsqueda de la verdad en un proceso legal necesita entonces alejarse de las prácticas cognitivas ordinarias, y debe ser perseguida a través de una confrontación justa entre dos partes, cada una promoviendo su versión de la historia frente a un decisor pasivo. Lo que deriva de ello es una noción diferente de la verdad, que lejos de ser ‘ontológica’ es verdaderamente el resultado de una disputa entre dos interpretaciones de la realidad. En este capítulo llamaré a esta noción una verdad interpretativa”. Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 147.

sobre los hechos planteados⁷⁸, pero la obligación principal del fiscal es con el cumplimiento de la ley y no con la reconstrucción de los hechos que motivan su acusación⁷⁹.

De hecho, la mayoría de las complejas reglas de evidencia de los Estados Unidos son contraproducentes como método de un conocimiento epistémico de los hechos. Gran cantidad de información relevante no será admisible o será adaptada para cumplir con esas reglas que gobiernan la organización de los procesos penales de los EE. UU, por lo que la reconstrucción de los hechos a través del proceso adversarial es una meta aún más lejana que en los esquemas acusatorios, sin perjuicio de que en ambos modelos, en definitiva, el valor de verdad de los hechos de la acusación en el juicio —y la carga que recae en el acusador de probarlos— tiene el mismo peso en términos de justicia de la condena.⁸⁰

Se ha sostenido que el conocimiento de la verdad en realidad no es un objetivo del proceso penal, sino que este debe enfocarse en garantizar las condiciones adecuadas para evitar la condena

⁷⁸ “Cuando la investigación sobre los hechos es principalmente una tarea del juez, las partes raramente alcanzan los estándares probatorios por su cuenta. Esta responsabilidad compartida para alcanzar los estándares es principalmente obvia en los casos penales, donde el juez se encuentra obligado (dentro de ciertos límites) a conducir su propia investigación de los hechos independientemente de la que hagan la fiscalía y la defensa. Si el fiscal no ofrece un elemento de prueba, por ejemplo, el juez debe hacerlo por su cuenta siempre que considere que es relevante para el caso y que encaja dentro del marco de la acusación de la fiscalía (...) De un modo diferente, el modo de alcanzar los estándares probatorios en el sistema angloamericano revela su carácter distintivo y su mayor importancia en el sistema. Toda vez que la recolección de la prueba se divide entre dos casos contrarios manejados por las partes, la posibilidad de que el juez pueda ‘colaborar’ para alcanzar los estándares de prueba con alguna de las partes es difícil de organizar e incluso de concebir. Porque si el juez intentara tomar un rol sustancial en la recolección de la prueba, ello se entendería instantáneamente como una ayuda ofrecida a una de las partes -esto es, como un sesgo prejudicial y una abdicación de la neutralidad o imparcialidad judicial. (...) Si una de las partes falla en proveer evidencia suficiente para sustentar su caso, por ejemplo, el adversario puede vencer sin siquiera introducir sus evidencias. El juez puede desestimar el caso del fiscal *in limine*. En los procesos de tradición continental europea, por otro lado, donde una sola versión integrada de los hechos está siendo desarrollada, es difícil imaginar una situación exactamente igual”. DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 82.

⁷⁹ En la estructura orgánica del gobierno, el Fiscal Federal estadounidense depende de la rama ejecutiva (Código de Leyes de los EE. UU.: Título 28, Sección 503), mientras que en el caso argentino o bien es un órgano extra-poder (Fiscal Federal — art. 120, CN—) o bien integra el poder judicial, aunque con autonomía funcional y autarquía financiera (Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires — art. 107, Constitución CABA).

⁸⁰ Damaška argumenta que el involucramiento de jurados legos en el mundo angloamericano y la imposibilidad de conocer los argumentos de las decisiones del jurado son parte de las razones por las que la Teoría de la Prueba (Evidence) es más estricta en los Estados Unidos que en las jurisdicciones de tradición continental europea para la admisión de las evidencias en el juicio. También sostiene que el hecho de que las partes sean quienes están a cargo de la tarea de recolección de prueba (de manera no oficial ni colaborativa) también tiene un impacto en la admisibilidad de las evidencias, ya que las partes usualmente van a presentar solamente aquellas que le sirva a su interés en el proceso (ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 46 y 84). En definitiva, mientras que tanto los sistemas del mundo adversarial como de la tradición continental rechazan información relevante por razones procesales, los sistemas adversariales son más estrictos en cuanto a la cantidad de evidencia que estará disponible para el juzgador.

del inocente⁸¹. No se discute, en definitiva, esa afirmación sino que lo que se pretende remarcar es el modo diferente en que los modelos adversariales y acusatorios se aproximan a esa verdad a partir del rol del fiscal en la reconstrucción de los hechos en los esquemas acusatorios.

Este enfoque tiene consecuencias concretas en la forma en que ambos sistemas estructuran en general el proceso. Además de ser coherente con las definiciones de objetividad de uno y otro modelo, también impacta en la diferente regulación de las defensas afirmativas (ver *Sección 4.a.i*), la admisión del *fact-bargaining*⁸² en los esquemas adversariales, pero no en los acusatorios y con la manera en que las partes se relacionan en las etapas preliminares (ver *Sección 4.c.i*).

En definitiva, es una característica diferencial que distingue de una manera relevante ambos modelos y, de esta manera, sostiene la propuesta del trabajo.

b. Los medios alternativos de resolución de conflictos y su compatibilidad con la verdad como reconstrucción de los hechos

Tanto el CPPF como el CPPCABA promueven la utilización de métodos de resolución de conflictos alternativos al juicio para poner fin a los procesos⁸³. De hecho, el CPPCABA expresamente establece que el objetivo principal del proceso penal es el de solucionar el conflicto a través de alguno de estos métodos alternativos (mediaciones, suspensiones del proceso a prueba, juicios abreviados) y que solamente luego de que esos mecanismos hubieren fallado el fiscal debería intentar determinar si existe mérito para llevar su caso a juicio oral⁸⁴. Como consecuencia, es plausible argumentar que estos métodos alternativos, como soluciones consensuadas de los procesos penales, relativizan el valor de la verdad como reconstrucción de los hechos que este sistema

⁸¹ BINDER, *supra* nota 60, pág. 128.

⁸² Sobre algunos problemas del *fact-bargaining* ver PIZZI, “Fact-Bargaining: An American Phenomenon”, en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 8, no. 6, 1996, pp. 336-338.

⁸³ Los métodos de solución alternativa que están regulados en ambas leyes son la mediación o conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el juicio abreviado. La inclusión de este último como un método alternativo de solución de conflictos puede resultar controversial. Si la implementación de estos mecanismos intentaba formalizar alternativas a respuestas punitivas del sistema de justicia penal, un juicio abreviado ciertamente no sirve a ese propósito porque culminan con la imposición de una pena.

⁸⁴ Art. 91, CPPCABA, y art. 22, CPPF. En el caso del CPPF se establece que los jueces y los fiscales deben procurar que se dé “preferencia a soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social”, pero no se establece que esto sea la finalidad principal del proceso penal como sí lo hace el CPPCABA.

promovería ya que el proceso podría terminar incluso antes de que se reuniera cualquier tipo de evidencias que permitiera realizar alguna determinación sobre la verdad de los hechos del caso.

De allí podría concluirse que los sistemas acusatorios y adversariales tienen estructuras similares al menos en este aspecto que relativizarían la clasificación de ‘acusatorio’ propuesta en el trabajo. En definitiva, el fiscal en ambos modelos procesales podría terminar sus casos a través de acuerdos negociados con el acusado, relativizándose así el peso de la verdad como reconstrucción de los hechos de estos esquemas.

Dicho argumento puede sonar atractivo, pero un análisis más detenido muestra que estos mecanismos alternativos no necesariamente hacen que los procesos penales reformados sean adversariales en el sentido en el que fueron definidos al inicio ni ponen en jaque la caracterización de sistemas acusatorios. Hay diferentes razones que muestran que el rol de la verdad como reconstrucción de los hechos juega un papel similar, aun cuando estos mecanismos alternativos son utilizados en los procesos penales reformados.

En primer lugar, es cierto que estos mecanismos son acuerdos consensuados entre las partes. Pero este consenso se extiende solamente respecto del modo en que el caso es definido y no con relación a la posibilidad de determinar los hechos del caso, característica que sí se encuentra presente en el sistema típicamente adversarial de los EE. UU, como el ejemplo citado del *fact-bargaining*. En otras palabras, son consensuales en el sentido de que el acusado (y en los casos de la mediación, la víctima) pueden voluntariamente decidir participar en ellos, pero la base fáctica del caso donde estos son aplicados no es (ni puede ser) parte de la negociación entre el fiscal y el acusado.

El CPPF y el CPPCABA establecen que los fiscales deben, en su primera intervención en el proceso, identificar y describir formalmente los hechos del caso que serán objeto de investigación⁸⁵. Las medidas de prueba que se adopten luego tienen que tener relación con esa determinación inicial de los hechos⁸⁶. El fiscal puede modificar el objeto de la investigación si se determina que esta no era precisa⁸⁷, pero sobre la base de alguna evidencia que le permita modificar el criterio. Y lo cierto

⁸⁵ Art. 92, CPPCABA, y art. 248, CPPF.

⁸⁶ Art. 92, CPPCABA que, al final, dispone: “... la investigación preparatoria se limitará a los hechos referidos en el decreto de determinación y sus ampliaciones”. También, art. 135 inc. d, CPPF que establece que “solo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso...”.

⁸⁷ Por ejemplo, al descubrir que los hechos del caso eran más graves de los descriptos inicialmente o por el cambio de una calificación legal que justifique redefinir los hechos (recalificar un homicidio culposo como uno doloso).

es que cualquier mecanismo alternativo de resolución de conflictos que se aplique en el caso va a tener necesaria correlación con esos hechos identificados inicialmente por el fiscal. En efecto, un acusado que cumple adecuadamente con los términos del acuerdo no podrá ser acusado nuevamente en el futuro por los mismos hechos sin violar el principio constitucional de la prohibición del doble juzgamiento (*ne bis in ídem*).

Además, hay límites legales que impiden la utilización de estos métodos alternativos en ciertos casos⁸⁸ y, de un modo diferente a lo que sucede en los EE. UU., la mayoría de estos mecanismos requieren de una aprobación judicial posterior para tener validez⁸⁹. Consecuentemente, un fiscal debería ser capaz de probar que los hechos del caso efectivamente cumplen con esas limitaciones legales al pretender utilizar alguno de estos mecanismos.

El caso de los mecanismos de reconocimiento de culpabilidad es una muestra concreta de las diferencias de los sistemas y el rol que juega la verdad en uno y otro caso. En los sistemas acusatorios, el acuerdo debe estar basado en evidencia que permita sostener una eventual acusación.⁹⁰ El reconocimiento de los hechos del acusado es, entonces, una condición necesaria pero no suficiente para el dictado de una sentencia de condena. Es más, el juez puede rechazar un acuerdo si considera que el caso debió haber sido decidido en un juicio oral.

⁸⁸Por ejemplo, la suspensión del proceso a prueba solo puede aplicarse a casos cuya calificación legal no exceda de tres años (art. 76 bis del Código Penal). Algunas otras limitaciones más específicas están previstas en las legislaciones procesales (CPPCABA, art. 205 y CPPF, art. 35). Además, los acuerdos de juicio abreviado en el sistema federal pueden aplicarse únicamente a casos en los que el fiscal no solicitará una pena mayor a seis años (CPPF, art. 323). El CPPF también impone límites a los hechos sobre los que se pueden aplicar los criterios de disponibilidad de la acción, pues no pueden utilizarse para casos de violencia doméstica, discriminación, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y cuando resulten incompatibles con instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público (CPPF, art. 30.) Otro ejemplo es que los casos vinculados con violencia sexual o doméstica no pueden ser dirimidos a través de un mecanismo de mediación o conciliación (CPPCABA, art. 204).

⁸⁹CPPCABA, arts. 204, 205 y 266. CPPF, arts. 34, 35 y 324.

⁹⁰El art. 266, CPPCABA establece que en caso de un acuerdo de juicio abreviado el fiscal debe describir e identificar las pruebas que eventualmente pretendería utilizar en un juicio oral. En caso de que el juez decida no aprobar el acuerdo, el fiscal únicamente puede utilizar aquella evidencia descripta en el acuerdo de juicio abreviado (finalmente rechazado). Esta provisión legal es otra muestra de que la verdad como reconstrucción de los hechos juega un papel importante, incluso en los casos de juicios abreviados supuestamente consensuales. Además, el art. 323, CPPF establece que “...será necesario que el imputado acepte de forma expresa los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación preparatoria que la funden...”. El art. 324 insiste con la idea de hechos vinculados con una verdad objetiva al disponer que “(l)as partes explicarán al juez el alcance del acuerdo y los elementos probatorios reunidos o acordados que demuestren las circunstancias del hecho imputado. El juez podrá interrogar a las partes sobre los extremos del acuerdo y la información colectada o acordada”.

El contraste con el sistema adversarial de los EE. UU. en este punto es claro, pues no solo el reconocimiento de culpabilidad del acusado es típicamente suficiente para terminar el caso, sino que, como ya se ha mencionado, la acusación de la fiscalía puede contener una descripción diferente de los hechos comprobados a partir de la admisión del mecanismo del *fact-bargaining*.

En segundo lugar, los acuerdos de juicio abreviado y suspensiones del proceso a prueba eran mecanismos disponibles en los sistemas inquisitivos o mixtos que estas nuevas leyes pretenden reformar. De allí se sigue que su presencia en los procesos reformados no implica necesariamente una mayor adversarialidad. Aun cuando el origen de estos mecanismos de reconocimiento de culpabilidad puedan ser ubicados conceptualmente en el mundo adversarial, el mecanismo incorporado en el proceso penal inquisitivo argentino (y ahora adoptado en estos sistemas acusatorios reformados) no es equivalente al utilizado en el mundo adversarial⁹¹ y consecuentemente no es necesariamente incompatible con un sistema procesal definido como acusatorio. Respecto de la mediación, también es un mecanismo consensual en el sentido descripto anteriormente en cuanto a la voluntariedad de su participación, pero no en relación con la base fáctica del caso.

En definitiva, todas estas medidas alternativas al juicio tienen referencias a situaciones de hecho concretas que limitan su aplicación y/o determinan un control judicial posterior. Esta situación se verifica en los códigos procesales objeto de este trabajo, pero también en otros del país y de la

⁹¹Ver LANGER, *supra* nota 25, p. 53-58.

región.⁹² Allí radica el peso de la verdad que no se advierte de la misma manera en los sistemas típicamente adversariales⁹³.

3. La investigación preparatoria y el fiscal

a. La desformalización y las obligaciones de acceso a la prueba de la contraparte (discovery) y límites a la función del juez

⁹² Por ejemplo, el CPP de Neuquén limita la aplicación de los criterios de oportunidad, entre los que incluye a la mediación, para casos de delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (art. 106, CPPNeuquén). El CPP de Chubut, admite la conciliación y reparación únicamente para delitos culposos, lesiones leves y delitos de penas menores a tres años cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas. Ambos mecanismos prevén además la homologación judicial (arts. 47 y 48, CPPChubut). En el mismo sentido el CPP de Río Negro prevé que la mediación procede en delitos de hasta quince años de prisión que no hayan sido cometidos con grave violencia física o intimidación por las personas y que las víctimas sean mayores de edad. Además, impide la aplicación de este y otros criterios de oportunidad para delitos cometidos por funcionarios públicos (art. 96, CPPRío Negro). El CPP de Tucumán, establece que la conciliación, la mediación y reparación procede únicamente en hechos que prevean una escala penal máxima de seis años y limitado a casos vinculados con cuestiones de familia, convivencia o vecindad (excepto supuestos de víctimas vulnerables, en situación de violencia de género o doméstica), casos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o psíquica y hechos de escasa trascendencia. No aplica a delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio del cargo o en ocasión de él (art. 27, CPPTucumán).

⁹³ Existe un desarrollo teórico importante para sentar las bases de lo que se denomina *procesos composicionales*, en diferencia de los *procesos de conocimiento* de estos nuevos sistemas latinoamericanos nacidos con la reforma. El planteo general es que estos procesos tienen una base diferente centrada en la idea de equidad como reguladora de la actividad de las partes y de la solución del caso. De alguna manera, ocuparía el rol que tiene la verdad en los procesos de conocimiento sobre la que reposa el ideal de justicia de las sentencias de condena. No ha sido parte de este trabajo discutir el rol de estos procesos composicionales en los esquemas acusatorios. Sin embargo, creo pertinente realizar dos aclaraciones al respecto. En primer lugar, esta estructura teórica propuesta como fundamento del proceso composicional no ha sido mayormente normativizada en los códigos procesales reformados. Si bien las legislaciones, como se expresó más arriba, sí recogen este tipo de salidas como la mediación, la reparación del daño o la suspensión del proceso a prueba, típicamente no se han definido en estos instrumentos normativos ni los alcances de la equidad como un principio regulador de estos mecanismos ni un rol diferente de las partes al que normalmente tienen en los llamados procesos de conocimiento. Alberto Binder, máximo exponente de esta teorización, reconoce de alguna manera que estos mecanismos se encuentran aún en construcción: “Vemos, pues, que no necesitamos utilizar el concepto de equidad como un simple momento valorativo, al estilo de apelar a la idea de justicia, conciencia moral, valores divinos, principios generales, etc. Ella es un concepto mucho más preciso que a través de sus distintas dimensiones permite aprovechar la flexibilidad propia del proceso composicional, sin caer en arbitrariedades. Como ocurre con todos los conceptos que luego se aplican en la actividad judicial, es ella misma, a través del mecanismo de construcción colectiva de precedentes y controles escalonados —control de calidad de las decisiones— la que nos permitirá en el futuro dotar de mayor precisión a todas estas categorías”. (BINDER, *Derecho Procesal Penal: Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*, Vol. IV, Ed. Ad-Hoc., 2018, p. 312). En segundo lugar, como también se ha mencionado, existen en las legislaciones limitaciones para aplicar estos mecanismos alternativos que se basan justamente en consideraciones fácticas. De esta manera, la hipótesis de este trabajo aún se sostiene porque en todos los casos la verdad como reconstrucción de los hechos jugará un rol que no tiene un equivalente en los esquemas adversariales.

El foco acusatorio de los procesos reformados argentinos es también evidente cuando se analiza el modo en que el fiscal compila la evidencia y las medidas de prueba que desarrolla durante la investigación preparatoria, junto con los consecuentes derechos del acusado de acceder a esa información. En el mundo inquisitivo moderno, el juez debía registrar cada paso del proceso en un expediente escrito. El acceso a ese expediente era la forma por excelencia en que se materializaban los derechos del acusado de conocer la prueba en su contra⁹⁴.

En este sistema inquisitivo, de un modo diferente al típico proceso adversarial estadounidense, las obligaciones de hacer saber al acusado de la prueba en su contra eran continuas a lo largo de toda la investigación preparatoria y no exigían de ningún requerimiento especial⁹⁵. Los acusados tenían el derecho de acceder al expediente en cualquier momento. El juez podía restringir temporalmente ese derecho ante circunstancias específicas mediante el mecanismo que se conoce como secreto de sumario, generalmente para impedir que el imputado tuviera conocimiento de algunas medidas probatorias pendientes que podrían frustrarse de hacerse públicas antes de tiempo⁹⁶.

El expediente no se limitaba únicamente a incorporar las pruebas relevantes reunidas durante la investigación, sino que reflejaba cada acto del proceso de un modo altamente formalizado y organizado en una secuencia cronológica. Consecuentemente, la mayoría de los documentos que

⁹⁴ “Mientras que las jurisdicciones de la tradición continental como las del common law consideraron al derecho del acusado a conocer las pruebas en su contra (‘disclosure rights’) ha habido una convergencia entre estos dos tipos de jurisdicción en un nivel importante. Pero la forma en que este concepto abstracto ha sido adoptado ha reproducido diferencias preexistentes entre ambas y creado otras nuevas. Se utilizaron diferentes expresiones para referir a este derecho que reflejan sus distintas concepciones. Mientras que en las jurisdicciones de tradición continental ha sido definido como el derecho de acceso al expediente (como lo reflejan las expresiones ‘droit de consulter le dossier’ en francés, ‘Akteneinsichtsrecht’ en alemán, ‘derecho a examinar el expediente’ en español), en las jurisdicciones del common law este derecho ha sido definido como el derecho al descubrimiento (‘disclosure’ o ‘discovery’) de un listado indefinido de elementos, típicamente en posesión del fiscal pero en ocasiones también por la policía u otras agencias gubernamentales. LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 275.

⁹⁵ “En tanto que los investigadores imparciales de las jurisdicciones continentales deben documentar toda su actividad en el proceso, el acceso del acusado al expediente, implica en teoría el acceso a toda la investigación. El acceso a la totalidad del legajo puede ser restringido parcialmente o postergado por un tiempo pero no hay dudas de que en algún momento el imputado accederá a la totalidad del legajo en algún momento antes del juicio”. LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 277.

⁹⁶ Tal como se ha mencionado en la Sección 2, el secreto del expediente era la regla en los procedimientos inquisitivos clásicos regulados por el Código de Procedimientos en Materia Penal. Con el transcurso del tiempo, el cambio de legislación (CPPN) reconoció el derecho del imputado a conocer las pruebas en su contra que fue materializado a través del acceso al expediente (Ver LANGER, *supra* nota 11).

contenía el expediente eran actos administrativos irrelevantes o información que de ningún modo servía para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado⁹⁷.

El expediente fue objeto de diferentes críticas por varios de los reformistas latinoamericanos y fue señalado como una de las causas de dos de las mayores preocupaciones que había respecto de los sistemas inquisitivos modernos y demandaban una urgente reforma. Se argumentó que esta etapa de investigación, formalista hasta el exceso, era una de las razones que hacían que los procesos penales no fueran eficientes. Del mismo modo, se sostenía que afectaba la imparcialidad del juez a cargo del juicio quien, con solo leer el expediente que estaba en su poder antes de que la audiencia de debate comenzara, se encontraba indebidamente influido por información que no procedía directamente del juicio⁹⁸.

Los procesos acusatorios atacaron estas preocupaciones de una manera similar, tal como se verifica tanto el CPPF como en el CPPCABA. Ambos códigos regularon expresamente la desformalización de la investigación preparatoria y, consecuentemente, del expediente característico de esa etapa del proceso en los sistemas inquisitivos⁹⁹. Esta desformalización permitiría lidiar con los problemas de imparcialidad y eficiencia de dos maneras.

En primer lugar, aun cuando el fiscal debiera formar un legajo de investigación, no se exigía que se documentara en él cada paso del proceso. El fiscal solamente necesitaría incorporar en el legajo

⁹⁷Por ejemplo, para obtener información de un registro público se detallan distintos pasos en el expediente. En primer lugar, la orden firmada por el juez a través de la cual requiere que se obtenga esa información. Luego, una nota u oficio dirigida al titular de ese registro público (una copia que se anexaba al expediente) firmada por el juez o el secretario. Finalmente, se agrega la información expedida por el registro público en respuesta al requerimiento, tan pronto como esta sea recibida. Si la información allí contenida es, por cualquier razón, irrelevante para la investigación (por ejemplo, porque se había expedido por error una información equivocada), la documentación debe compilarse igualmente en el legajo, y debe comenzarse nuevamente con el mismo proceso para requerir al registro público nuevamente el envío de la información correcta.

⁹⁸“Porque el juez continental ha estudiado el expediente antes del juicio, existe el peligro de que haya prejuzgado el caso y que no esté abierto a repensar el caso luego del juicio”. PIZZI, *supra* nota 32, p. 1334.

“La referencia al expediente en las jurisdicciones de tradición continental [como regulación del derecho a conocer la prueba] no es casual dada la centralidad que el expediente ha tenido en la administración de justicia concebida como una burocracia Weberiana dirigida por funcionarios legales imparciales. En esa concepción, los investigadores oficiales deben documentar toda su actividad procesal, incluyendo la recolección de pruebas. Y si bien muchos países de esta tradición han establecido juicios orales y públicos, el expediente aún conserva un peso importante en la decisión de los casos. En primer lugar, ciertos elementos de prueba reunidos durante la investigación (incluyendo las declaraciones) pueden ser utilizadas como evidencia en el juicio. Además, el expediente es leído al menos una vez por los miembros del tribunal de juicio (lo que puede crear preconceptos sobre el caso) y es utilizado por la corte para decidir qué evidencia debe ser presentada en el juicio y en qué orden, y para interrogar a los testigos y peritos. LANGER, *supra* nota 45, p. 276.

⁹⁹CPPF, arts. 2, 197 y 230. CPPCABA, arts. 94 y 101.

la información relevante y/o las evidencias reunidas durante la investigación preliminar. Se creía que este esquema permitiría que el fiscal se concentrara en la investigación del caso y no en la tarea administrativa y burocrática de formar un expediente prolijo y ordenado.

En segundo lugar, ambos códigos prohíben que el juez tenga acceso a ese legajo del fiscal. Consecuentemente, la información que se encuentra en el legajo de investigación no puede ser utilizada de ninguna manera por el juez para justificar sus decisiones sino que estas deben basarse en las evidencias presentadas en audiencia (ya sea audiencia de juicio o en las preliminares)¹⁰⁰.

De nuevo, los procesos acusatorios se alejaron un paso de su pasado inquisitivo al limitar algunas de sus características principales: el expediente escrito y la etapa de investigación altamente formalizada. Una de las características salientes de los sistemas adversariales es, precisamente, el carácter desformalizado de la investigación preliminar¹⁰¹. Consecuentemente, podría argumentarse que los procesos reformados argentinos se acercaron al mundo adversarial en este sentido.

Es cierto que la desformalización le da al fiscal una mayor flexibilidad para administrar su legajo de investigación. Mientras que la obligación de hacer conocer la prueba de cargo hallada sigue siendo continua durante toda la etapa preliminar, tal como lo era en la etapa inquisitiva, los fiscales no están obligados a registrar cada paso del procedimiento o a organizar necesariamente su legajo de un modo

¹⁰⁰Un sistema similar fue desarrollado en Italia con la reforma del proceso penal que tuvo lugar en 1988. Ver. CAIANIELLO, "The Italian Public Prosecutor: An inquisitorial Figure in Adversarial Proceeding", en LUNA/WADE, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, p. 253. "Como consecuencia de la reforma, el nuevo código distingue entre la investigación y el juicio oral, basado en la asunción de que el valor probatorio de la evidencia es afectado por la manera en que esta es colectada. Inspirado por el sistema procesal angloamericano, los ideólogos del código creyeron que el mejor escenario para probar los hechos y descubrir la verdad es uno en el que existan puntos de vista opuestos. Como consecuencia, la sentencia debe estar basada exclusivamente en las evidencias que se produjeron oralmente en el juicio y sujetas a un contra-examen. El símbolo de la separación entre las etapas de investigación y de juicio es el "sistema del doble expediente". Durante la etapa preliminar, toda la información y documentación se reúne en un expediente tradicional. Al final de la investigación —o luego de las audiencias preliminares respectivas para establecer los méritos de que el caso proceda a la siguiente etapa— este expediente se separa y queda únicamente a disposición de las partes, quienes pueden utilizarlo para preparar el juicio o para cuestionar la credibilidad de los testigos durante su declaración en el juicio. El juez del juicio no puede acceder al expediente de la investigación y, a cambio, se le entrega un legajo completamente nuevo que contiene únicamente las evidencias que se reúnen durante el juicio y aquellas que no pueden reproducirse oralmente (por ejemplo, transcripciones de intervenciones telefónica, actas de allanamientos o antecedentes del acusado)".

¹⁰¹ "En las jurisdicciones del common law, el derecho a acceder a la prueba ('disclosure rights') no tiene un lugar especial. La centralidad histórica del juicio por jurados como la forma por excelencia de decidir los casos en el sistema penal, sacaron énfasis a la importancia de la etapa preliminar, lo que contribuyó a que esta permaneciera relativamente informal y flexible. Como consecuencia, ni la policía o la fiscalía necesitan documentar toda su actividad en esta etapa". LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 276.

cronológico¹⁰². En efecto, podría un fiscal, sin romper reglas legales, éticas o de buenas prácticas, decidir discrecionalmente cuál va a ser el momento en el que compilará en el legajo de investigación las pruebas que fue reuniendo. Además, como no hay una obligación de registrar administrativamente cada paso del procedimiento, el acusado podría tener acceso al legajo, pero aun no conocer con precisión cuáles son las evidencias que el fiscal está buscando hasta que esta información haya sido formalizada en el legajo y, a partir de allí, esté disponible para las otras partes.

No obstante, una mirada detenida de esta característica de los procesos reformados muestra que el foco estuvo colocado en una mirada acusatoria del proceso más que en una adversarial. Estos esquemas se basan en una investigación oficial llevada a cabo por un funcionario público y, aunque de manera desformalizada, el fiscal debe en algún punto de su actuación durante la investigación preparatoria compilar en su legajo de investigación no solo las evidencias incriminatorias sino también aquellas exculporias que haya descubierto por su deber de objetividad (definido en los términos mencionados en la *Sección 4.a*) o que las partes hayan aportado durante la etapa preliminar.

Los fiscales pueden demorar hasta cierto punto la inclusión de las evidencias en el legajo y jugar a las escondidas con la defensa al no revelar su estrategia desde el comienzo de la investigación. Pero toda la información reunida va a estar disponible a la defensa en algún momento de la etapa preliminar, ya que el legajo sigue siendo el mecanismo por el cual se registra la actividad de la fiscalía. Además, esta investigación oficial no se compone únicamente de los resultados de la actuación del fiscal sino también de la información o requerimientos que las otras partes le presenten¹⁰³, ya que, de un modo diferente al juicio estadounidense, los acusados tienen el derecho de incorporar evidencia y hacer presentaciones en el legajo de investigación del fiscal¹⁰⁴. Y justamente porque estos procesos reformados aún se basan en una investigación oficial compilada en un legajo de investigación, los derechos de acceso a la prueba de la fiscalía se regulan de la misma

¹⁰²La experiencia de la Ciudad de Buenos Aires, no obstante, indica que este es el método preferido a la hora de organizar el legajo, probablemente porque es la forma en la que los operadores judiciales históricamente organizaron su trabajo.

¹⁰³ Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 155-161 para un análisis con respecto al modo en que se realiza la búsqueda de la verdad en sistemas adversariales y no adversariales. La autora utiliza la metáfora del 'tango' y la 'rumba' a ese fin. Mientras que el tango requiere dos bailarines, puede asimilarse al modo en que los sistemas adversariales buscan la verdad, donde dos partes están a cargo de reconstruir una verdad 'relacional'. La rumba, al ser una danza colectiva, se asimila a la búsqueda colectiva de la verdad ontológica, típica de los sistemas no-adversariales.

¹⁰⁴ Arts. 135 inc. b, 233 y 260, CPPF. Art. 97, CPPCABA.

manera en que se hacía en la etapa inquisitiva: a través del acceso a ese legajo de investigación que se considera que es público para las partes¹⁰⁵.

Consecuentemente, aun cuando la influencia del sistema adversarial estadounidense es evidente en el modo en que la etapa preliminar de los procesos reformados fue pensada, no es preciso sostener que estas reformas permiten una investigación autónoma de las partes del modo en que se realiza en el proceso penal adversarial de los EE. UU.

De todas maneras, es preciso concluir que la desformalización del expediente en particular y de la etapa preliminar en general, ciertamente disminuye la trascendencia que esta etapa del proceso penal ha tenido históricamente. Si la información contenida en el legajo del fiscal no es evidencia en un sentido técnico, ya que el juez no puede utilizarla para sustentar sus decisiones del modo en que se hacía en el mundo inquisitivo pues no tiene acceso a ese legajo, entonces necesariamente el juicio o las audiencias orales preliminares cobran una mayor centralidad en el proceso. Los casos ya no pueden ser resueltos a partir de lo que dice el expediente, sino de lo que surja de las evidencias que se incorporen en audiencia.

La *desformalización* es un intento, entonces, de resaltar que la información del fiscal no es evidencia en un sentido técnico sino solo un sistema para compilar la información reunida durante la etapa preliminar. Al declarar que el legajo *pertenece al fiscal*¹⁰⁶, los sistemas procesales acusatorios refuerzan esta idea de que la información que surja del legajo es solo el resultado de la investigación realizada por las partes, aunque dirigida por la fiscalía, y que no puede ser utilizada por el juez para decidir el caso. Las normas que prohíben que el juez acceda al legajo del fiscal solidifican esa idea¹⁰⁷.

Pero la informalidad de la investigación preparatoria en los EE. UU. tiene otros presupuestos. Históricamente la centralidad del proceso estuvo puesta en el juicio oral y, en gran medida, en el instituto del juicio por jurados. Buena parte de la estructura del proceso de los EE.UU. y de las reglas de evidencia tienen que ver con ello¹⁰⁸, si bien el gran porcentaje de los casos se resuelve por

¹⁰⁵ Arts. 230 y 233, CPPF. Arts. 101 y 210, CPPCABA.

¹⁰⁶ Art. 230, CPPF y art. 210, CPPCABA.

¹⁰⁷ Art. 197, CPPF.

¹⁰⁸ Ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, pp. 46 y 84.

métodos abreviados¹⁰⁹. Ello tiene conexión lógicamente con el diferente rol de la verdad en ambos modelos (ver *Sección 4.b*). Toda vez que el deber de las partes es presentar hipótesis y pruebas que las avalen para ser falsadas en el juicio con la teoría del caso contraria, no es necesaria una investigación colaborativa con las otras partes. Cada una de ellas tiene un deber independiente del de la otra y la interacción formal por excelencia entre ellas antes del juicio es la etapa del *discovery*, diseñada justamente como un momento procesal a fin de que el acusado pueda conocer, si así lo quiere, la prueba de la acusación y preparar la estrategia de defensa que utilizará en el juicio para contrarrestarla.

Los sistemas acusatorios, por otro lado, por la estructura ya mencionada respecto de la objetividad y el rol de la verdad como reconstrucción de los hechos, necesitan de una investigación colaborativa, pues para conseguir ese objetivo precisan de la mayor cantidad de información de la que puedan disponer y las limitaciones epistemológicas tienen que ver mayormente con determinadas garantías constitucionales (p.ej., las prohibiciones vinculadas con la declaración del acusado).

La etapa de investigación en los sistemas acusatorios tiene un significado especial justamente porque a la hora de establecer si se ha logrado alcanzar esa reconstrucción de un hecho pasado es importante examinar también el método de la investigación. No solo es relevante conocer las pruebas que demuestran la verdad de la acusación sino qué otros elementos se descartaron y por qué motivos para evaluar si alguno de ellos pudo haber sido relevante para descubrir otra verdad. Es por ello, por ejemplo, que las *defensas afirmativas* del sistema adversarial juegan de un modo diferente en estos sistemas acusatorios. Mientras que en aquel sistema debe ser el acusado quien demuestre que no era imputable o que actuó en legítima defensa (es su teoría del caso y, por ende, su deber probarla), es responsabilidad del fiscal del sistema *acusatorio* determinar incluso esos extremos, ya que son cuestiones que forman parte de los hechos que la investigación debe reconstruir.

Consecuentemente, puede concluirse que el objetivo de las reformas procesales en cuanto a la desformalización de la etapa preliminar no ha sido la de avanzar hacia un sistema adversarial en los términos típicos de aquel modelo, sino tan solo establecer mecanismos que ayuden a garantizar la

¹⁰⁹Ver DAVIS, *supra* nota 24, pp. 43 y 206, quien, basada en los datos informados por el Bureau de Estadísticas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sostiene que estimativamente el 95 por ciento de los casos son resueltos por este mecanismo de juicio abreviado (*plea bargaining*).

imparcialidad del juez y lograr una mayor eficiencia de las investigaciones preliminares. Es decir, la actuación desformalizada del fiscal en la etapa preliminar intentó reforzar un ideal acusatorio antes que uno adversarial.

b. El fiscal y su relación con las investigaciones de las agencias policiales

Otra característica que distingue a los sistemas acusatorios de los adversariales está relacionada con la etapa en la que el fiscal se involucra en la investigación y el comienzo del proceso penal. En el sistema adversarial estadounidense el fiscal no se encuentra necesariamente involucrado en la investigación de un hecho delictivo desde el comienzo. El inicio la investigación generalmente se encuentra a cargo de las agencias policiales y aun cuando pueda existir interacción entre los investigadores policiales y los fiscales, esta interacción suele ser más bien a modo colaborativo. Usualmente los investigadores necesitan contactar a los fiscales para clarificar cuestiones técnicas con respecto a estándares probatorios o posibles inconvenientes en relación con la admisibilidad en juicio de las pruebas que hayan reunido. De esta manera pueden tomar las medidas necesarias para evitar conductas o situaciones que puedan afectar el resultado del juicio (p.ej., para evitar que una evidencia central sea declarada inadmisibile por actividad ilegítima de los investigadores). También existen investigaciones iniciadas directamente por los fiscales, pero no implican el comienzo de un proceso judicial formal.

Los procesos reformados argentinos se organizan de un modo diferente. Las agencias policiales son consideradas como auxiliares del fiscal, que está en control de la investigación del caso desde el comienzo. No existen etapas pre-procesales en donde los investigadores policiales puedan desarrollar legítimamente investigaciones autónomas sin la dirección del fiscal. Cuando se presenta una denuncia ante las autoridades policiales, estas deben poner en conocimiento inmediato al fiscal, quien debe tomar el control de la investigación¹¹⁰. El fiscal puede requerir a la policía u otras agencias gubernamentales que lo asistan en la investigación del caso, pero las agencias policiales trabajan bajo las órdenes y supervisión del fiscal. Consecuentemente, y de un modo claramente diferente al proceso adversarial de los EE. UU., el inicio del proceso penal formal acusatorio coincide necesariamente con el inicio de la investigación preparatoria.

¹¹⁰ Arts. 235, 240 y 243, CPPF. Arts. 84, 86, 87 y 88, CPPCABA

El hecho de que el fiscal se encuentre involucrado con la investigación de los casos desde el comienzo y que el inicio del proceso penal coincida necesariamente con el de la investigación tiene claras implicancias en la forma en que se espera que el fiscal ejecute su rol, lo que lo diferencia de su par adversarial.

El fiscal federal de los EE. UU., tal como ya fue mencionado anteriormente, debe superar un estándar probatorio de *causa probable* para iniciar un proceso formal contra el acusado¹¹¹. El proceso comienza cuando el fiscal decide presentar formalmente los cargos mediante los diferentes mecanismos previstos para ello (*indictment, information, arraignment o preliminary hearing*)¹¹². Consecuentemente, será únicamente en esa etapa del proceso donde el fiscal decidirá si la evidencia reunida previamente por la policía, otra agencia gubernamental o incluso por la propia fiscalía, es suficiente para alcanzar el estándar probatorio exigido. En otras palabras, la decisión de formalizar un caso se adoptará en aquellas investigaciones que el fiscal considere lo suficientemente sólidas para presentar una acusación y eventualmente lograr una condena, ya sea a través de un juicio o por un mecanismo abreviado. En este contexto, cuando el caso está formalmente iniciado, el fiscal no tendrá incentivos para encontrar evidencia exculpatoria o incluso, en determinadas ocasiones, para revelarla ya que ello podría afectar sus posibilidades de vencer en el juicio¹¹³.

¹¹¹ Regla 3.8(a) MRPC.

¹¹² Ver fallo de la Corte Suprema de los EE. UU. ‘Kirby v Illinois’ U.S. 682 (1972) en el que se establece claramente cuándo se considera que se ha iniciado un proceso penal formal (“Ello no implica que el acusado en un caso penal tenga el derecho constitucional a ser asistido por un abogado solamente en el juicio. Pero el punto es que todos los casos vinculados con este derecho tienen que ver con momentos ocurridos al iniciarse o después de comenzadas los procesos judiciales adversariales penales (ya sea a través de una acusación formal [‘formal charge’], audiencia preliminar [‘preliminary hearing’], acusación [‘indictment’] una “información” [‘information’] o comparecencia inicial [‘arraignment’]). El inicio del proceso judicial penal, no es un mero formalismo. Es el punto de partida de todo el sistema de justicia penal adversarial. Porque es en ese momento en el que el Gobierno se ha comprometido a proseguir el caso, y recién allí se solidifica la posición del Gobierno y el acusado como adversarios. Es en ese entonces que el acusado se encuentra enfrentado con las fuerzas de acusación de la sociedad organizada e inmerso en las complejidades del derecho penal y procesal penal. Es este punto entonces que marca el comienzo de los ‘casos penales’ a los que las garantías de la Sexta Enmienda le son aplicables exclusivamente”).

¹¹³ Los fiscales no tienen la obligación de hacer conocer cualquier tipo de evidencia exculpatoria a la defensa durante la negociación de un juicio abreviado. Ver WHITEBREAD/SOBOGIN, *Criminal Procedure*, 5ª ed., Foundation Press, 2008, p. 725. “La Suprema Corte ha resuelto en ‘United States v Ruiz’ [U.S. 622 (2102)] que los acusados no tienen el derecho de conocer evidencia para desacreditar a los posibles testigos, o aquellas relevante para establecer ‘defensas afirmativas’ [ver nota 43 sobre la definición de este concepto] antes de negociar un acuerdo de juicio abreviado. Si bien la falta de proveer esa información puede ser importante para determinar si el acusado ha tenido un juicio justo, el Juez Breyer opinó en un voto unánime de la Corte que ello no transforma una confesión en involuntaria (...). Sin embargo, la Corte sí sugirió que cualquier información que establezca la inocencia en los hechos del acusado debe ser exhibida antes de las negociaciones del juicio abreviado”.

El fiscal, a esa altura, ya evaluó la fortaleza de su caso y sus esfuerzos se van a centrar en alcanzar la meta fijada de demostrar la verdad de su acusación. En este sentido, debe hacerse notar que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (*Speedy Trial Act*) garantizado en la Constitución de los EE. UU.¹¹⁴ está reglamentado a través de una regulación federal que dispone que el juicio debe comenzar dentro de los setenta días del acto de acusación inicial¹¹⁵. El exiguo plazo que da la norma entre el inicio del proceso formal y la fecha máxima en que debería realizar el juicio refuerza la idea de que la decisión del fiscal de formalizar una acusación debe estar basada en una investigación sólida previa.

Los procesos acusatorios colocan al fiscal en una posición diametralmente diferente. Cuando el fiscal argentino se involucra en la investigación del caso generalmente no es posible que pueda determinar la solidez del caso ni las chances de obtener una sentencia de condena. En este contexto, el fiscal acusatorio tiene más incentivos que su colega adversarial para estar más abierto a encontrar diferentes tipos de información y evidencias en esta etapa formal del proceso, más allá de la obligación legal que le impone el deber de objetividad, tal como fue definido en las leyes (ver *Sección 4.a*). Si el fiscal acusatorio se concentrara exclusivamente en encontrar evidencia incriminatoria, esto es, si pudiera hacerlo legítimamente bajo otra noción de objetividad, el riesgo de hacer una evaluación incorrecta del caso aumenta. Como consecuencia, la ineficiencia de la actuación del fiscal probablemente sea mayor si muchos de los casos en los que decida acusar pudieron o debieron haber sido desestimados en una etapa anterior del proceso.

En el juicio adversarial, esta evaluación se hace antes de que el proceso formal comience, típicamente por las agencias policiales o de investigación o por la propia fiscalía cuando estas le presentan sus casos para que los procesen. Tanto las agencias policiales como la fiscalía probablemente decidirán no presentar cargos en los casos en los que no tengan evidencia suficiente para no destinar recursos a un caso que no los vale.

Evidentemente, estas diferencias a uno y otro lado del continente tienen que ver con el rol del fiscal y de la verdad en el proceso. Mientras que en los sistemas acusatorios parte de su deber es

¹¹⁴ “En todas las investigaciones criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y justo...”. Enmienda Sexta de la Constitución de los EE. UU.

¹¹⁵ “En cualquier caso en que no se registre una declaración de culpabilidad, el juicio debe comenzar dentro de los setenta días desde la fecha de registro de la acusación o desde que el acusado haya comparecido ante la corte que tenga cargos pendientes, cualquiera de las dos que ocurra más tarde”. Código de Leyes de los EE. UU.: Título 18, Capítulo 208, Apartado §3161, inciso (c) (1).

alcanzar la reconstrucción de los hechos de manera colaborativa, en los sistemas adversariales solo necesita formular una acusación basada en prueba convincente que eventualmente el acusado podrá rebatir con un estándar probatorio que lo favorece (duda).

En definitiva, la figura del fiscal argentino no está construida exclusivamente sobre su función acusadora tal como se lo concibe en el sistema estadounidense, es decir, como uno de los adversarios de una lucha de dos. Si bien una de sus funciones es la de presentar acusaciones, ello se mezcla con otras tareas y deberes, tales como el de objetividad y de determinar la verdad histórica u objetiva a través de la reconstrucción de los hechos del caso. Esa multiplicidad de funciones, que en parte explica el momento en el que el fiscal se involucra formalmente con el caso, es otro elemento que refuerza la idea del compromiso de las reformas con un ideal acusatorio y no adversarial.

V. Conclusión

El trabajo comenzó con un análisis del pasado constitucional común entre Argentina y los Estados Unidos y el posterior alejamiento de Argentina de la visión adversarial del proceso penal de los EE. UU. En las décadas pasadas, Argentina y muchos otros países latinoamericanos se embarcaron en un proceso de reformas de sus sistemas inquisitivos. El sistema adversarial estadounidense ciertamente fue al menos una guía de las recientes reformas argentinas y a lo largo del trabajo se realizó una comparación entre aquel sistema y algunos ejemplos de procesos reformados.

El estudio realizado a través de distintos aspectos del rol del fiscal a los dos lados del continente demostró que los procesos reformados argentinos están comprometidos con un ideal *acusatorio* más que con uno adversarial. No obstante, la idea de un sistema *acusatorio* no ha sido una categoría relevante de análisis hasta el momento. En derecho comparado, el énfasis se ha colocado usualmente en la dicotomía inquisitivo/adversarial (o adversarial/no adversarial) al analizar los diferentes sistemas procesales.

Las ideas exploradas en el trabajo mostraron que estos procesos no encajan en ninguna de esas dos categorías. No pueden ser considerados inquisitivos ni adversariales, incluso cuando muchas de sus características han sido *traducidas*¹¹⁶ de ese sistema. Mientras que la oposición entre sistemas adversariales e inquisitivos no toma en cuenta las características esenciales de los sistemas acusatorios

¹¹⁶Ver LANGER, *supra* nota 25 para una conceptualización de *trasplantes legales*.

que los distingue claramente de estos últimos, la dicotomía entre sistemas adversariales y no adversariales asimilaría indebidamente a estos sistemas acusatorios a los inquisitivos en una generalización poco precisa.

Esta caracterización de los procesos *acusatorios* es relevante por varias razones. En primer lugar, su correcta caracterización permite darle coherencia interna a este tipo de sistemas y, a partir de allí, explicar la lógica de su funcionamiento y dotarlo consecuentemente de una coherencia que sea tanto autónoma del modelo inquisitivo que se intenta dejar atrás, como de los esquemas adversariales que, en varios aspectos, no son equiparables.

En segundo lugar, al diferenciarlos de los sistemas adversariales, será más fácil establecer hasta qué punto las normas y las prácticas de aquellos sistemas son relevantes para el contexto argentino. La adopción de reformas procesales novedosas usualmente trae inconvenientes de implementación¹¹⁷ y el sistema adversarial puede no ser relevante para analizar ciertos aspectos problemáticos del cambio al sistema acusatorio. Además, las reformas que se extienden por todo Latinoamérica no son uniformes¹¹⁸ y, de igual manera, la comparación con aquellas puede no resultar adecuada dependiendo de si se trata de sistemas más cercanos a un proceso adversarial típico de los EE. UU.¹¹⁹

En tercer lugar, ha sido observado por algunos autores que la brecha entre los sistemas de la tradición del *common law* y de Europa continental se ha achicado considerablemente en los últimos tiempos¹²⁰. Si es cierto que los sistemas tradicionalmente inquisitivos se están acercando hacia un sistema de tipo acusatorio (hay muchos ejemplos de esta tendencia especialmente en América Latina pero también en Europa —p.ej., Italia—), ello podría ser un indicador claro de que la brecha efectivamente se está desvaneciendo. La separación de las tareas de investigar y juzgar y la desformalización de la etapa preparatoria del proceso penal son características que ciertamente pueden encontrarse en los sistemas adversariales. Y mientras que los sistemas inquisitivos, hijos de

¹¹⁷Sobre inconvenientes de implementaciones de las reformas procesales, ver BINDER, *supra* nota 31, pp. 51-59 y 143-151.

¹¹⁸Ver LANGER, *supra* nota 11.

¹¹⁹Por ejemplo, muchos fiscales y jueces están siendo entrenados por organizaciones con una aproximación adversarial dentro de América Latina. Un claro ejemplo de ellos es el Centro de Justicia Para las Américas, organización que depende de la OEA con sede en Chile. Como resultado, en estos cursos de entrenamiento se pone énfasis en nociones típicamente adversariales como la de *testigo hostil*, preguntas *cerradas* y *abiertas* que no parecieran ser determinantes en un ambiente acusatorio. Ver DAMAŠKA, *supra* nota 1.

¹²⁰Ver LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 273, citando el trabajo de BRADLEY, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, California University Press, 2007.

la tradición continental europea parecían incompatibles con un entendimiento adversarial típico del *common law*, estos nuevos sistemas acusatorios están efectivamente más cerca de esa noción adversarial del mundo anglosajón.

Entonces, estos sistemas acusatorios pueden también ser una mejor fuente de referencia para potenciales reformas de los sistemas adversariales, ya que la estructura general de ambos procesos tiene un grado mucho mayor de compatibilidad entre sí que con los sistemas inquisitivos. Muchas de las fuertes críticas hacia el sistema de los EE. UU. pueden ser pensadas desde una perspectiva acusatoria, especialmente respecto del poder que el fiscal estadounidense tiene en ese sistema y los modos de limitar su discrecionalidad. Se ha analizado cómo, de hecho, los sistemas acusatorios dan mejores respuestas en el control el poder de los fiscales a través de la definición de la objetividad y el deber de reconstrucción de los hechos del caso. Tal vez, estos nuevos sistemas acusatorios puedan llegar a conformar el punto medio o de convergencia entre las jurisdicciones de tradición continental y del *common law* que algunos autores han empezado a detectar.

VI. Bibliografía

- AHUMADA, Carolina (2013): "El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal", en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37102-fin-del-principio-objetividad-y-nuevos-desafios-del-ministerio-publico-fiscal/> [enlace verificado el día 19 de abril de 2023]
- ALSCHULER, Albert W., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", en *University of Chicago Law Review*, n°. 36, 1968, pp. 50-116,
- BINDER, Alberto M., *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, 2012.
- BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Hermenéutica del Proceso Penal*, t. I, Ad-Hoc, 2013.
- BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, t. II, Ed. Ad-Hoc, 2014.
- BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*, t. III., Ad-Hoc, 2017.

BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*, t. IV, Ad-Hoc, 2018.

BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998.

BRADLEY, Craig, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, California University Press, 2007.

BRAUM, Stefan, "Prosecutorial Control of Investigations in Europe: A Call for Judicial Oversight" en LUNA, Eric / WADE, Marianne L., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 67-82.

CAIANIELLO, Michele, "The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?", en LUNA, Eric / WADE, Marianne L., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 250-267

DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997

DAVIS, Angela J., *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, 2007

DELMAS-MARTY, Mireille, "The 'Hybridisation' of Criminal Procedure", en JACKSON, J. / LANGER M. / TILLERS, P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška*, Bloomsbury Publishing, 2008, pp. 251-260

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, t. 1, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2002.

EBERHARD, Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957

ESMEIN, Adhémar, *A History of Continental Criminal Procedure (with special reference to France)*, The Lawbook Exchange, 1914.

GRANDE, Elisabetta, "Dances of Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth", en JACKSON, J. / LANGER M. / TILLERS, P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a*

HARRINGTON (2023), “Los nuevos sistemas acusatorios”, pp. 106-161.

Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška, Bloomsbury Publishing, 2008, pp. 145-164.

GREEN, Bruce A./ZACHARIAS, Fred C., “Prosecutorial Neutrality”, en *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 837-904.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, 2006.

HELIE, Faustin, *Traité de l’Instruction criminelle ou Théorie du code d’instruction criminelle*, Charles Hingray, 1853.

HOCHMAN, Robert, “Brady v Maryland and the Search for Truth in Criminal Trials”, en *University of Chicago Law Review*, n.º 63, 1996, pp. 1673-1705.

KAMISAR, Yale/LA FAVE, Wayne R./ISRAEL, Jerold H./KING, Nancy J./KERR, Orin S./PRIMUS, Eve Brensike, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*, West Academic Publishing, 2015.

LANGER, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en *Harvard International Law Journal*, n.º 45, 2004, pp. 4-64.

LANGER, Máximo, “Rethinking Plea Bargaining: The practice and reform of prosecutorial adjudication in American Criminal Procedure”, en *American Journal of Criminal Law*, n.º 33, 2006, pp. 223-299.

LANGER, Máximo, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, American Journal of Comparative. Law, n.º 55, 2007, pp. 617-676.

LANGER, Máximo/ROACH, Kent (2013): “Rights in the Criminal Process: 6a case study of convergence and disclosure rights”, en TUSHNET, M./FLEINER, T./SAUNDERS, C. (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013.

LARSEN, Pablo, “El uso de las categorías inquisitivo y acusatorio como un obstáculo para ciertas discusiones sobre el derecho probatorio”, en *Revista de derecho Procesal Penal: La verdad en el proceso penal*, n.º II, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 67-102.

LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica*, 2006, Marcial Pons

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, t. I, 2004, Editores del Puerto.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Parte General. Sujetos Procesales*, t. II., 2003, Editores del Puerto.

MENDAÑA, Ricardo J., “El Ministerio Público y la Dirección de la Investigación Criminal”, en YOHMA, Diego García/ MARTÍNEZ, Santiago (coords.), *El Proceso Penal Adversarial*, t. I, , Rubinzal-Culzoni, 2008.

MERRYMAN, John Henry/PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 2007.

MILLER, Jonathan M., “The authority of a foreign talisman: A study of U.S. Constitutional practice as authority in Nineteenth century Argentina and the Argentine elite’s leap of faith”, en *American University Law Review*, n.º 46, 1997, pp. 1483-1572.

MUELLER, Christopher B. y KIRKPATRICK, Laird C., *Evidence Under the Rules: Text, Cases, and Problems*. Aspen Publishers, 2015.

PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Hammurabi, 2015.

PÉREZ BARBERA, Gabriel, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal: la independencia metafísica de la verdad”, en *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 52, 2020, pp. 5-29.

PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo, “La Influencia de los Estados Unidos en el Constitucionalismo Argentino”, en *Res Pública Argentina*, 2006, pp. 43-76.

PIZZI, William T., “Fact-Bargaining: An American Phenomenon”, en *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 8, No. 6, 1996, pp. 336-338

HARRINGTON (2023), “Los nuevos sistemas acusatorios”, pp. 106-161.

PIZZI, William T., “Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform”, en *Ohio State Law Journal*, n.º 54, 1993, pp. 1325-1373

REINMAN, Jeffrey/VAN DENN HAAG, Ernest, “On the Common saying that it is better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con”, en *Social Philosophy and Policy*, n.º 7, 1990, pp. 226-248.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 2000, Editores del Puerto.

VOLOKH, Alexander, “n Guilty Men”, en *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 146, 1997, pp. 173-216

VOGLER, Richard, *A world view of Criminal Justice*, Routledge, 2015.

WHITEBREAD, Charles/SLOBOGIN, Christopher, *Criminal Procedure*, Foundation Press, 2008.