

LA ESQUIZOFRENIA DEL JUEZ INSTRUCTOR*

JULIETA MARTÍNEZ BECERRA**

Resumen: El presente análisis intenta demostrar la inconstitucionalidad de la figura del juez en la etapa de instrucción en el ámbito nacional, regida bajo el Código Procesal Penal de la Nación, en adelante CPPN, siendo su presencia y actividad, en este momento del proceso, violatoria de la garantía de imparcialidad judicial en especial, como también del principio de independencia judicial.

* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Régimen del proceso penal”, a cargo del profesor Ignacio Tedesco en la Facultad de Derecho (UBA).

Recepción del original: 02/09/2014. Aceptación: 17/10/2014.

BATESON, G., JACKSON, D. D., HALEY, J. & WEAKLEAN, J., “Toward a theory of schizophrenia”, en *Behavioral Science*, Veterans Administration Hospital (Palo Alto, California) and Stanford University, California, 1956. El adjetivo es respetuoso de la denominación utilizada por la ciencia médica para referirse a una verdadera enfermedad como la psicosis en general y la esquizofrenia como una de sus ramas. En el mundo de la psiquiatría y la psicología no existe un criterio uniforme para describir a la misma, lo mismo ocurre con sus causas, por ello, y sin intentar siquiera hacer comparación con el referido campo de estudio, es que propondré una similitud con lo que se ha dado en llamar “doble vínculo” - “doble mensaje” por los autores Gregory Bateson y Paul Watzlawick, al que describen como una causa originada en una situación comunicativa donde la persona recibe mensajes diferentes o contradictorios; ello fue ejemplificado en uno de sus seminarios de la siguiente manera: “...la madre judía que le regala dos corbatas al hijo, una azul y una roja. El hijo sale corriendo y se pone la azul. La mira a la madre y ella le dice: ‘¿Cómo, hijo, no te gustó la roja?’ Y él sale corriendo y se pone la roja. Entonces, la madre dice: ‘¿Cómo, no te gustó la azul?’”. Si esto se repite, se estereotipa, el chico se termina poniendo las dos corbatas. Alguien que se pone dos corbatas juntas está loco. De esta manera tan simple, Watzlawick explicaba el doble vínculo. Otro ejemplo: un chico repuesto de su locura, cuando lo viene a buscar la madre al hall del hospicio, va caminando, sonríe y abre sus brazos para recibir a su mamá. La madre, cuando lo mira, se encoge de hombros y lo estudia de abajo hacia arriba, con una mirada desconfiada. El chico se repliega, frunce su ceño y agacha la cabeza. En ese momento, la madre lo mira y dice: “¿Cómo, hijo, no te pones contento porque vino tu madre? ¡No me sonríes!”. Ése es el doble vínculo. El chico ahí desencadena un nuevo brote psicótico.

** Empleada administrativa en el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación (03/10/2011 al 30/04/2014); Empleada del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (11/08/2014 a la actualidad); Ayudante de Cátedra del Dr. Javier De Luca actualmente en la comisión 7611.

Agradezco profundamente la colaboración y enseñanza brindada por el Dr. Ignacio Tedesco, que con toda dedicación y apoyo, fue quien motivó y orientó la elaboración del presente.

Palabras clave: poder judicial nacional – garantías del imputado – imparcialidad – independencia judicial – juez de instrucción – sistemas de enjuiciamiento – inquisitivo – acusatorio – ministerio público fiscal – juez de garantías.

Summary: This analysis attempts to demonstrate the unconstitutionality of the figure of the judge at the preliminary stage nationally governed under the Criminal Procedure Code of the Nation, hereinafter CPP, and its presence and activity in this stage of the process, in violation to the guarantee of judicial impartiality in particular, as well as the principle of judicial independence.

Keywords: national judicial power – warranties of accused – fairness – judicial independence – coroner – systems prosecution – inquisitive – accusatory – public prosecution – judge of guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

En este primer apartado se presentan dos principios constitucionales que hacen a la organización de justicia y al modo en que debe ser llevado a cabo el procedimiento penal.¹

II. LA GARANTÍAS DEL IMPUTADO

II.A. La independencia judicial

El concepto de independencia del poder judicial se refiere a la división que *debe* existir entre los poderes del Estado. Este concepto se encuentra receptado en nuestra Constitución Nacional, en adelante CN, en su art. 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal...”, como así también en su art. 109 prohíbe al presidente de la Nación “...el ejercicio de funciones judiciales, arrogarse el cumplimiento de causas pendientes o reestablecer las

1. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I., p. 737. La distinción que divide a ambos parágrafos no es fundamental y en cierta manera, es arbitraria. Ella responde más a la tradición de seccionar al Derecho procesal penal, doctrinaria y legislativamente, en Derecho del procedimiento (o procesal penal propiamente dicho) y Derecho de la organización judicial, que a razones profundas de política jurídica o de comprensión y aplicación de las reglas.

fenecidas”; por otro lado de su art. 75 se desprende que el Congreso de la Nación carece de atribuciones judiciales, como no sean aquéllas propias del juicio político (arts. 53, 59 y 60 CN) y en su art. 108 y siguientes indica que el Poder Judicial es el único autorizado para juzgar los conflictos sociales concretos y para solucionarlos conforme a la ley.²

Para garantizar la autonomía en las decisiones, la CN establece las características que deben contextualizar al ejercicio de las funciones judiciales. Con ello se hace referencia a la estabilidad en sus empleos (CN art. 99 inc. 4 III) y al régimen de contribuciones sin posibilidad de ser disminuido (CN art. 110), lo cual no responde a privilegios sino a la necesidad de hacer operativa la citada garantía.

Otra característica fundamental se relaciona directamente con el procedimiento de nombramiento y remoción de los jueces. El nombramiento, en cuanto a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, mantiene la fórmula previa a la reforma constitucional de 1994 y respecto de los jueces de tribunales inferiores se establece que serán nombrados según la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura (CN arts. 114 y 99 inc 4 III). La remoción, en cuanto a los jueces de la CSJN se realiza mediante el llamado “juicio político” y respecto a los jueces ordinarios por un jurado de enjuiciamiento.³

Hasta aquí se refleja el concepto de la llamada “independencia externa” del poder judicial.⁴

Por otro lado, el concepto de “independencia interna” del poder judicial se refiere a la libertad que *deben* tener los jueces a la hora de juzgar, ello es, con independencia de presiones que provengan incluso del propio poder judicial. En

2. *Ídem*, p. 746.

3. BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Segunda edición, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1984, pp. 102 y ss., citado en MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 749. Las formas de selección y designación de los jueces permanentes, por medio de los otros dos poderes del Estado, exclusivamente, no son reputadas, hoy en día, suficientemente garantizadoras de la independencia externa del poder judicial e interna de los jueces que lo componen (lenguaje de Bergalli, nota n° 10). Se aboga por la creación de un *consejo de la judicatura*, con participación de los mismos jueces, electos por sus pares, y de los poderes del Estado, incluso de los propios abogados, por tratarse de un cuerpo profesional, consejo que tendría a su cargo, no sólo las tareas de selección y designación de los jueces, sino también, la disciplina del servicio y la remoción de los jueces que desempeñan mal sus funciones.

4. Texto del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (1986), art. 2, elevado al poder legislativo para su tratamiento en mayo de 1987. Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia *externa* (del poder judicial) e *interna* (de los jueces). BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Ed. De Palma, pp. 98 y ss., citado en MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Segunda edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 745. Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia externa (del poder judicial) e interna (de los jueces), incluso para extraer consecuencias en la organización judicial (cogobierno del poder judicial).

este punto es menester indicar que nuestra CN no prevé ninguna regla expresa que prohíba a los tribunales de justicia funcionar jerárquicamente; este sistema se refleja claramente en materia recursiva y es allí donde se confunden los fines de este principio con razones de organización judicial.

En palabras del Dr. Julio Maier: "...aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal y se permita, de este modo, que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y este tribunal elimine, revoque o reforme la decisión anterior (por considerarla errónea), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de una organización jerárquica, sino, por el contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable".⁵

Esta práctica tiene su correlato histórico, el cual responde al carácter funcional de las instancias recursivas y al momento de su nacimiento, cuestión que será analizada con mayor detalle en el apartado próximo.

Cabe citar la reflexión en tal sentido del Dr. Alberto M. Binder, en cuanto refiere que la verdadera independencia judicial está ligada a este segundo aspecto: "...Es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder. No está subordinado al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo; pero tampoco –y esto merece ser subrayado– está subordinado a ninguna instancia de poder interna al Poder Judicial".⁶

II.B. La imparcialidad del juzgador

La garantía de imparcialidad se encuentra receptada en nuestra CN, conforme el art. 75 inc. 22, según el cual adquieren jerarquía constitucional diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su art. 10 reza: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"; por su lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su art. 8º, ap. 1 prescribe: "... toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial";⁷ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

5. Cf. Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 8, nº 2, h, bajo el título de *garantías judiciales*. Se confunde, casi siempre, la necesidad política del recurso, garantía de seguridad del fallo, con la organización exclusivamente administrativa de los tribunales y la posición que ellos ocupan en ese esquema. En MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal*... ob. cit., p. 744.

6. BINDER, A. M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, 2ª ed., p. 149.

7. CARRÍO, A. D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 5ª

Hombre (DADH) en su art. 26 prescribe: "...Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública..."; y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) en su art. 14. 1 expresa: "...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...".⁸ En honor a nuestra tradición, no debe dejar de mencionarse que el principio de referencia fue plasmado en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la cual expresa, en su primer artículo, el derecho a la igualdad y la organización política bajo la división de poderes, y en su artículo octavo consagra por primera vez en forma expresa, la garantía a un juicio rápido (*speedy trial*) por un jurado imparcial del vecindario. Luego –y si bien la Constitución de 1789 no vuelve a referirse a esta garantía– se incorpora por la VI Enmienda, en 1791, en la forma de derecho a un "jurado imparcial del propio Estado y distrito". Ha sido esta entonces la primera referencia constitucional expresa de una garantía de imparcialidad.⁹

"En otro sentido "La palabra "juez" no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de "imparcial".¹⁰ De otro modo: el adjetivo "imparcial" integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto "juez", cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga (...). El sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (in partial) a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir (...) El concepto refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir".¹¹

El referido criterio debe ser considerado en sentido relativo, por cuanto el juez como una persona de carne y hueso, vive en un contexto histórico-político-cultural

ed., p. 170. Con el elevamiento a rango constitucional de ciertos instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Convención Americana de Derecho Humanos –conf. Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna–, una de las garantías judiciales que cobró inmediata fuerza fue la que prescribe su art. 8º, ap. 1.

8. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 752. La garantía del juez imparcial se encuentra en la base del movimiento liberal del siglo XVIII y de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos: Declaración de derechos de Virginia, Sección 8: "...juicio rápido por un jurado imparcial...".

9. ZYSMAN QUIRÓS, D., "Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico conceptual de modelos normativos de imparcialidad", en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 357 en consulta al *Documents of The Constitution of England and América, from Magna Charta to the Federal Constitution of 1789*, Littleton, Fred B. Rothman & CO., 1993.

10. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 739. La prueba más concreta de ello la proporciona el mismo diccionario de significados de la lengua castellana, pues la afirmación inversa también es absolutamente correcta: el adverbio imparcial, en su significado mas directo, va unido indisolublemente a la acción de juzgar, y su utilización como adjetivo al sustantivo que menciona quien realiza la acción de juzgar; al mismo tiempo, el sustantivo imparcialidad denota la falta de prejuicios en la acción de juzgar. Cf. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., t. II, p. 1144.

11. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 739 y ss.

que impide que tal imparcialidad sea absoluta. De allí la trascendencia de la sentencia *Nollite iudicare* (¡No juzguéis!), atribuida a Cristo, y la demostración de que la palabra justicia, como toda obra humana, es tan sólo una utopía, una bella utopía.¹² En relación y de manera más crítica se refiere a este criterio Luis Rodríguez Ramos¹³ expresando: “Juzgar es una actividad bíblicamente prohibida por el Nuevo Testamento: no juzguéis y no seréis juzgados, no condenéis y no os condenarán (Mt 7; 1 y 2; LC 6, 37 y 38) (...) unos seres humanos con conocimiento limitado es evidente que nunca podrán juzgar con absoluta justicia, por ignorancia o error sobre datos esenciales y/o accidentales del hecho y/o del autor (...) tampoco estaría de más que algunos juzgadores “perdieran su divinidad” (...) pues en realidad son ministros - servidores del pueblo”. Si bien el autor en su relato refuerza su indignación a un sistema plagado de prácticas abusivas, de las líneas anteriores puede extraerse la idea de que la garantía de imparcialidad que se exige nunca puede ser absoluta, sino relativa.

La imparcialidad se refiere a la posición que debe tener el juez frente al caso concreto que debe juzgar y de esta forma impedir que pese sobre él el “temor de parcialidad”. En este punto se trata de la relación específica del juzgador con el caso concreto. Tal garantía, a diferencia de la independencia judicial, se logra de manera negativa, esto es, excluyendo al juez parcial que no garantiza la objetividad de su criterio frente al caso concreto.¹⁴

Los motivos de apartamiento se encuentran regulados en el CPPN Capítulo IV arts. 55 y siguientes, tanto respecto del derecho de recusación como del deber de inhibición y si bien el análisis pretenderá concentrarse en la justicia nacional, es menester mencionar que las distintas leyes procesales contienen, en general, los mismos motivos.¹⁵

De todas formas, más allá de que los motivos se encuentren regulados, es interesante destacar que ninguna regulación al respecto puede abarcar todos los motivos posibles que pueden fundar la sospecha de parcialidad de un juez (justamente el motivo va a estar relacionado de manera específica con el caso concreto). Es decir, allí donde el justiciable demuestre su razonable temor por la posible parcialidad de un

12. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 741.

13. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, Vol.3 (7) 05:343.2/9. C751c, p. 625.

14. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 752.

15. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 753. En general, las leyes argentinas contienen los mismos motivos para fundar el deber de apartarse y el derecho a recusar; sólo algunos códigos excluyen el deber del juez de apartarse cuando existe un pedido expreso de quienes tienen derecho a recusar, para que siga conociendo la causa (CPP Córdoba, 63; CPP Mendoza, 52; CPP Salta, 51; CPP La Rioja, 54; CPP Corrientes, 56; CPP Entre Ríos, 52 y CPP Tucumán, 63).

juez, es indispensable que se habilite el derecho a recusar, interpretando los motivos que se encuentran regulados como una mera guía para su aplicación.¹⁶

La regla debe impedir que un juez que intervino, total o parcialmente, en algún tipo de decisión anterior al juicio no pueda integrar el tribunal juzgador; en la misma línea la prohibición se extiende a la materia recursiva.¹⁷

La jurisprudencia federal ha rechazado, genéricamente, estos criterios y ello se da fundamentalmente por la “confusión” de los jueces entre honestidad personal y temor de parcialidad. Siendo que, en el hipotético caso en que se desencadene un reproche personal al juez, tal situación lo llevaría a un proceso penal según el decisorio de un jurado de enjuiciamiento, no a un simple apartamiento en el caso concreto. Un ejemplo de este equívoco, es la argumentación principal de la sentencia en el caso “Sosa M.I. s/ art. 302 CP”, la cual se basa en la probidad y honestidad personal del funcionario judicial recusado.¹⁸

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del s. XIX fue dividir el poder, para tornarlo soportable. Uno era el órgano que investigaba y otro el que juzgaba,¹⁹ y para garantizar la referida imparcialidad era conveniente incluso que ni siquiera se le suministrara al tribunal de juicio una carpeta y/o expediente con los antecedentes del caso.²⁰

El Código Procesal Criminal Nacional (1889) revela que el principio es conocido desde antaño en el derecho argentino, Puede verse como en la Exposición de

16. BOVINO, A., “Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 49-68.

17. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 759. Básicamente no pueden integrar el tribunal juzgador aquellos jueces que, de alguna manera, incluso por apelación de decisiones del juez de instrucción, contribuyeron durante la instrucción preliminar; dicho sea de paso, tampoco puede integrar el tribunal que juzga un recurso aquel juez que dictó o contribuyó a dictar la decisión impugnada, ni puede integrar el tribunal que juzga el juicio de reenvío el juez que dictó o contribuyó a dictar la sentencia casada.

18. Sentencia del Tribunal Oral Penal Económico integrado por los jueces Cortelezzi, Oyuela y Landaburu en “Sosa M. I. s/art.302 del CP” del 23/11/1992 “...y por tal razón la Fiscalía teme por la parcialidad del doctor Cortelezzi (aunque contradictoriamente se encarga se puntualizar que nadie podría dudar de la imparcialidad general y mucho menos en este expediente en particular, del citado magistrado” en MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 759 y ss.

19. GÖSSEL, K. H., *El defensor en el proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989, pp.16 y ss., citado en MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Segunda edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I. El procedimiento siguió esa misma idea, se intentó distribuir el proceso en diversos estadios, bajo órganos diversos, que se controlan mutuamente.

20. CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1990, p. 60 y ss. Donde la palabra neutralidad significa lo mismo que nosotros expresamos como temor o sospecha de parcialidad.

Motivos del Proyecto liderado por Manuel Obarrio indica que: “está arriba de toda discusión” refiriéndose a la separación de funciones entre la instrucción del proceso y el juicio.²¹

Es impensable, pero real, que aún hoy en día subsistan “dudas”, “equivocos” o “malas interpretaciones” en cuanto a la aplicación de la referida garantía; los infinitos obstáculos que operan en torno al pleno desenvolvimiento de su aplicación, en la faz tal vez más básica de la misma (división de funciones entre instructor y juzgador) no permiten avanzar en matices más profundos de su vigencia, como ser la figura de un juez en la etapa de instrucción.

Ello se debe a un “atraso cultural y social”²² y no al contenido de las normas. Ciertos estándares históricos aferrados a la conciencia, no sólo de los jueces, sino a la de todos los operadores judiciales, como así también a la existencia de una sociedad cómplice de los mismos frenan una revolución cultural que tornaría operativa, entre otras, a la garantía de imparcialidad.

Retomando una actitud positiva de su posible aplicación, en el apartado siguiente me detendré a analizar cómo operan las referidas garantías según cada sistema de enjuiciamiento, y ello nos dará un panorama más claro de su ausencia en nuestro sistema.

III. LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

El análisis comienza en relación a lo que se conoce como la primera acepción de Langer,²³ es decir, como categoría histórica²⁴ de los sistemas de enjuiciamiento.

21. Proyecto de ley sobre el establecimiento de juicio por jurados y Código de procedimiento criminal, redactado por la Comisión nombrada el 6/10/1871, p. 60 y ss.

22. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 763.

23. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-268.

24. *Ídem*, p. 244. Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes. Así, por ejemplo, uno de los usos más comunes que se ha dado a esta dicotomía, ha sido denominar acusatorios al grupo de procesos penales de los países de la tradición anglosajona, e inquisitivos a los de la tradición continental-europea.

III.A. El sistema acusatorio

Esta forma dominó el mundo antiguo.²⁵ La característica fundamental reside en la división de poderes ejercidos en el proceso penal: el acusador (quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente), el imputado (ejerce el derecho de defensa) y el tribunal (quien tiene el poder de decidir - juzgar). Su paralelo y correspondencia con el sistema republicano es evidente. El tribunal aparece como un árbitro entre dos partes.²⁶

El procedimiento consiste fundamentalmente en un debate público, oral, continuo y contradictorio.²⁷

25. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 561-567. El proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y la naturaleza arbitral tanto de juez como del juicio. El paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y muy pronto al público. Es precisamente de esta naturaleza privada o polar –y en cualquier caso voluntaria– de la acción penal de donde derivan en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio (discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y disponibilidad de pruebas y el papel de árbitro y espectador reservado al juez). Las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma Imperial con las causas de oficio por los *delicta pública*, comenzando por los *crimina laesae maiestatis*, en los que se consideraba ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identificaba con el Estado. Tras la caída del Imperio Romano, el proceso se vuelve acusatorio, evolucionando en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII, desarrollándose y consolidándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del *adversary sistem*. Pero la Inquisición reapareció en el siglo XII, con las Constituciones de Federico II en los procesos por crímenes de lesa majestad y en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería (donde el ofendido era Dios y por ello la acusación era obligatoria y pública, donde se exigía la colaboración forzosa del acusado). El proceso inquisitivo asumió muy pronto el carácter ordinario, difundiéndose después del s. XVI en todo el continente europeo. La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad de este proceso es uno de los motivos que animaron a la Ilustración reformadora a denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la Inquisición, así como en el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria. Fue por ello natural que la Revolución Francesa adoptase – en la fase inmediatamente posterior al 89 – el sistema acusatorio. La experiencia no duró en el continente europeo, el código termodoriano de 1795 y el napoleónico de 1808 dieron vida a aquél monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizado por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

26. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 443 y ss.

27. *Ídem*, p. 445.

III.B. El sistema inquisitivo

La Inquisición responde a la concepción absoluta del poder central, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una sola persona.

La universalidad de la Iglesia Católica y la formación de los Estados Nacionales como monarquías absolutas condujeron necesariamente a este tipo de procedimientos. La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes soberanos (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo.

Monarca o príncipe eran los depositarios de toda la jurisdicción penal y, como el número de casos hacía fácticamente imposible su ejercicio personal, éstos delegaban tal poder en sus funcionarios, siendo reasumido cuando fuese necesario su control.²⁸

Esta última característica, merece un paréntesis para demostrar que la misma encuentra su correlato actual en el art. 196 CPPN: “El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal...”, situación que será analizada con mayor detalle en el apartado posterior.²⁹

Las restantes características consistían en una investigación secreta, escrita y con un particular modo de averiguación de la verdad, la confesión del acusado; las sentencias eran impugnables, momento en que aparece la *appelatio* y en general los recursos con efecto devolutivo, es decir, con la finalidad de permitir el control del poder delegado.³⁰

28. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 447.

29. BINDER, A. M., *Introducción...* ob. cit., p. 236 y ss. Ese conjunto de actividades procesales preparatorias, que pueden recibir el nombre de sumario, procedimiento preparatorio, instrucción o investigación preliminar o preparatoria, puede ser organizada de distintos modos, que dependen de la cercanía o lejanía que tenga el sistema procesal respecto del modelo acusatorio. Por ejemplo, aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al juez de instrucción. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, le envía el sumario al fiscal, para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación). Aún aquellos sistemas que no siguen plenamente el sistema inquisitivo, sino que siguen el llamado “mixto” o “inquisitivo reformado”, le entregan también la investigación al juez, para que realice una instrucción formal y luego el fiscal requiera la apertura de un juicio oral y público. Otros modelos, que se acercan mucho más al modelo acusatorio, le entregan la investigación preliminar directamente al fiscal, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará.

30. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 745 Los recursos nacieron en organizaciones judiciales autoritarias, precisamente para que el soberano (el monarca, que delegaba su jurisdicción en los casos concretos, pudiera controlar, por ese medio, cómo sus representantes utilizaban el poder

III.C. El sistema mixto

El “punto final” a la Inquisición lo marcó la Revolución Francesa dando nacimiento al sistema mixto.³¹ Ello no produjo la muerte total de la Inquisición ya que sus máximas se mantienen vigentes en la actualidad, es decir, la persecución penal obligatoria y la averiguación de la verdad como metas del procedimiento.

En cuanto al tema que dirige el análisis, la llamada instrucción preparatoria, en el CPPN, mantiene los principales rasgos del sistema inquisitivo, su base es el *Code d'Instrucción Criminale* francés de 1808, expandido por Europa Continental,³² a lo que nuestra tradición hace honor.³³ He aquí la problemática que nos ocupa. Por un lado, nuestras raíces constitucionales fueron importadas de Estados Unidos, quienes adoptaron en su conjunto la tradición inglesa y con ello el sistema acusatorio, y por otro lado, nuestro sistema de enjuiciamiento criminal adoptó la forma instaurada en el continente europeo, con marcada tendencia al modelo inquisitivo.

De esto último puede afirmarse el atraso cultural referenciado en el apartado anterior, siendo que tales características se mantienen incólumes en la actualidad.

La separación entre juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio; comporta no sólo, la diferenciación entre sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, sino también el papel de parte en posición de paridad con la defensa.³⁴

delgado (Inquisición); esto es, aparecieron cuando las organizaciones judiciales horizontales (juzgaban asambleas populares o representaciones populares, depositarias de la soberanía) se convierten en organizaciones verticales (jerárquicas).

31. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 230-231. Con la caída histórica del sistema inquisitivo con las revoluciones... —sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio— se mantuvo el principio material de la persecución penal pública, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació el principio acusatorio que hoy denominamos formal. Si bien se dividen las funciones de perseguir y de decidir, ambas son desempeñadas por órganos estatales. El acusatorio formal consiste en la división entre las tareas requerentes, a cargo del ministerio público y las tareas decisorias a cargo de los tribunales. Actualmente existe un consenso generalizado acerca del hecho de que el principio acusatorio es un requisito ineludible para respetar la garantía de imparcialidad. Sin embargo, consideramos que en los nuevos ordenamientos jurídicos producto de la reforma, los principios acusatorios no han logrado operar como mecanismos que tornen efectiva la garantía de imparcialidad.

32. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal*... ob. cit., p. 451.

33. ALLIAUD, A., “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 228-233.

34. CORREA GARCÍA, S., *El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio*, consultado en [http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_002.htm] el 09/09/2014.

En referencia a la segunda acepción de Langer,³⁵ es importante aclarar que ningún sistema de enjuiciamiento corresponde a tipos ideales, pero “Es posible reconocer en los procesos penales históricos una mayor o menor cantidad de rasgos correspondientes a estos tipos puros y de este modo determinar si se acercan en mayor o menor medida a ellos (...) el acercamiento de un sistema procesal penal concreto a uno de estos tipos ideales, nos puede ayudar a entender parte de la lógica o dinámica de ese sistema”.³⁶

Tal frustración se da, como se mencionaba en el apartado anterior, porque por más que se reformulen las normas, es necesario un profundo cambio cultural que permita adaptarse de una manera más natural y armónica al alejamiento de prácticas inquisitivas. Ello sumado al imprescindible cambio en cuanto a los fines del procedimiento, es decir, descartar de los pilares a la persecución penal obligatoria y a la averiguación de la verdad como metas del procedimiento. Mientras la sociedad en su conjunto, no proponga alternativas y fines distintos a los mencionados, todas las reformas legislativas y/o jurisprudenciales serán sin sentido.

Difícilmente pueda imaginarse hoy un modelo inquisitivo o mixto que no contenga límite o regla alguna que condicionen la averiguación de la verdad,³⁷ esto es, el proceso judicial sólo podrá tender a aspirar a una verdad relativa, pero con ello no alcanza.³⁸

Volviendo a la dicotomía acusatorio – inquisitivo, puede ilustrarse la problemática en palabras de Ferrajoli: “...el esquema decisionista... acompaña con frecuencia al método inquisitivo: según este es justo que el que juzga sea un órgano activo en la averiguación de la verdad sustancial, informado por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando mas la decisión justa que su controlabilidad, el papel de la defensa resulta

35. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-268.

36. *Ídem*, p. 245. Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son tipos ideales integrados por determinados elementos estructurales que, además, pueden tener cierta clase de relaciones entre sí. Por lo general, ningún sistema procesal penal concreto corresponde exactamente a estos tipos ideales.

37. ZYSMAN QUIRÓS, D., “Imparcialidad judicial...” ob. cit., p. 344. Esta visión resulta de interés, pues nos permite ligar conceptualmente la existencia del principio de imparcialidad con la búsqueda de la verdad, y el nacimiento – a raíz de ella – de un juzgador: un juez en sentido sustancial. De aquí que el principio en comentario sólo pueda ser analizado, como consecuencia de la existencia de ciertos modelos de enjuiciamiento y proceso (formas jurídicas) orientados por una voluntad de verdad, como criterio de atribución de la razón en el litigio. A partir de este “suelo”, las relaciones entre juez y verdad comienzan su derrotero histórico, creando distintos modelos de imparcialidad.

38. GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 7-37.

irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho- delito sino la personalidad del reo”.³⁹

Hasta aquí, dos principios constitucionales que, según el sistema de enjuiciamiento que los dirija, serán aplicados o no. Según pudo apreciarse anteriormente, como no es posible que tales sistemas se reflejen en tipos puros, se debe aclarar nuevamente que la vigencia y el avance de las garantías dependerá en mayor o menor medida de cuán inquisitivos, acusatorios o mixtos sean esos sistemas.

Se entenderá entonces que, bajo un sistema inquisitivo no operará la independencia judicial, como así tampoco la imparcialidad del juzgador. En un sistema acusatorio es muy probable que operen ambas garantías y por último, en un sistema mixto, y según el contexto histórico, político y cultural, es más probable que opere la independencia judicial pero no correrá la misma suerte la garantía de imparcialidad.⁴⁰

IV. EL PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL (CPPN)

Para expresar como hoy en día se mantienen vigentes muchas de las prácticas inquisitivas al interior de nuestro sistema es que a continuación se transcribe un extracto de lo que se dio en llamar el *Manual de los Inquisidores*: “Con la Inquisición pasó lo que con todas las instituciones: ha sobrevivido su codificación. Codificado, adquirió semblante de vida autónoma, desmantelado, sobrevive merced a la vida que lo animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive –en presente indicativo– pues aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica –espiritual, ritual, eclesiológica; es amplia elección de adjetivos aceptables– de lo que era un exponente privilegiado, conserva buena salud”.⁴¹

En el apartado anterior se sentaron las bases de cómo funcionan los principios de independencia judicial y de imparcialidad del juzgador en cada modelo de enjuiciamiento criminal. Así también quedó plasmado que el contexto histórico y las

39. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...* ob. cit., p. 541.

40. ZYSMAN QUIRÓS, D., “Imparcialidad judicial...” ob. cit., p. 343. De aquí que una visión histórica nos lleve a apreciar la existencia de sistemas jurídicos que no sólo resguardaron en forma diversa este principio, sino que plantearon distintos *modelos normativos de imparcialidad* que lo estructuraron. El hecho que existan diversos modelos normativos permite considerar en el plano fáctico distintas intensidades de su cumplimiento (mayor o menor satisfacción del principio según el modelo), pero no así la comparación descontextualizada entre modelos.

41. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 230.

metas propuestas en cada proceso penal constituirán el norte al que quedará sujeto el cumplimiento en más o en menos de las citadas garantías.

Nuestro CPPN está enmarcado en un sistema de enjuiciamiento mixto, importado del sistema napoleónico antes referido, y a su vez, como se mencionó anteriormente, nuestra CN exige la implementación de un sistema acusatorio como lo es el juicio por jurados (art.118).

El sistema mixto no puede cumplir, especialmente, con la garantía de imparcialidad que exigen nuestra CN y los instrumentos internacionales incorporados a ella; si bien el mismo, puede decirse que se divide en dos partes, la primera con características fuertemente marcadas del sistema inquisitivo y la segunda, con características del sistema acusatorio, el peso de la primera fase lo transformará en inquisitivo de manera obligada, que para expresarlo en sentido metafórico, es como describía aquél viejo refrán donde “la manzana podrida pudre a las demás”.

No puede dejar de mencionarse que, al estar tal principio relacionado a determinada forma de búsqueda de la verdad, cuando se hace referencia al sistema inquisitivo reformado que adopta nuestra república, se representa con aquél que se encuentra sujeto a reglas. Y ello es así ya que la evolución histórica hizo que ciertas prácticas debieran ceder para llegar a los objetivos del proceso; entre aquellas reglas, es que, mediante una evolución humana, se llega a la eliminación de la tortura, como forma exclusiva para arrancar la “verdad” del proceso, arribando mediante tormentos a una confesión.⁴² Aunque de todas formas, sin adentrarme de lleno en la temática, es posible afirmar que el hecho de la existencia de normas vigentes que castiguen hechos de tortura indica que la evolución no es total.⁴³ Y aun en el mejor de los casos, y en relación al tema de la confesión, puede decirse que en la actualidad se han encontrado prácticas enmascaradas como son el “juicio abreviado”⁴⁴ o la “suspensión del proceso a prueba”⁴⁵ que si bien no utilizan mecanismos de tortura física, indican una involución en el proceso judicial.

Nuestro proceso penal se divide fundamentalmente en dos partes, aunque lo que se denomina como la etapa de debate queda en una posición secundaria respecto

42. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1984, Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338, publicada en el B.O. el 26/02/1987.

43. RAFECA, E. D., *La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013. A lo largo de su trabajo puede observarse la vigencia de tales prácticas.

44. LANGER, M., *La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-241. Estos mecanismos de negociación fueron adoptados, entre otros, por el CPP Córdoba art. 415; CPPN art. 431 bis, CPP P. de Bs.As. arts. 395/402; CP Formosa arts. 503/506.

45. Código Penal art. 76 bis; CPPN art.515.

de la instrucción preparatoria. Ello se debe a varios factores, entre ellos, al peso que tiene la etapa instructoria, a la incorporación por lectura de las actas de debate y a los procedimientos abreviados antes referidos. Por tal razón, es que me detengo a analizar las consecuencias que acarrea el sistema mixto en este sentido y no por considerar menos importante la etapa de debate, sino al contrario, entendiéndolo que el mayor problema se centra en la instrucción.⁴⁶

Puede afirmarse, sin demasiada reflexión, que la mayor consecuencia del juicio (debate) o juicio abreviado⁴⁷ es la imposición de una pena, de la misma forma que puede afirmarse que la mayor consecuencia de la etapa de instrucción, es la imposición de “medidas cautelares”, siendo la más gravosa la prisión preventiva. En este momento del proceso, y para decidir tal imposición, el juez también está juzgando, y por ende es necesaria su imparcialidad, de manera tal que, siguiendo los criterios antes expuestos, para cumplir con tal garantía, es necesario, entre otras cosas, dividir las funciones de quien instruye y quien juzga, es decir, no está legitimado que, quien imponga la “medida cautelar”, sea la misma persona que instruya la etapa preparatoria.

Lo dicho a la luz de las exigencias constitucionales, exigentes del cumplimiento de la garantía de referencia, demuestra la inconstitucionalidad de que sea un juez quien dirija la etapa instructoria. No menos importante es hacer referencia al abuso en la aplicación de tal medida cautelar⁴⁸ y a que la imposición de la misma hoy se encontraría legitimada en base a las metas del procedimiento. Entonces en consonancia con otro de los argumentos expuestos, se entiende que, por más reformas legislativas que se realicen, y aunque de ellas derive una clara, clarísima, distribución de tareas, el mayor problema radica en conservar los fines del procedimiento inquisitivo. Mientras la sociedad en su conjunto no realice un esfuerzo encaminado hacia un avance cultural que demuestre características humanas en evolución y civilización⁴⁹ perdurarán las tristes prácticas inquisitivas.

46. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2003, citado en ABREGÚ, M., “La instrucción como prejuicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 156. La instrucción preparatoria es un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación.

47. CARRIÓ, A. D., *Garantías...* ob. cit., pp. 126-127. Diversas legislaciones procesales están autorizando a los tribunales de enjuiciamiento a no celebrar el juicio del imputado, imponiéndole a este la pena requerida por el agente fiscal.

48. *Due Process of Law Foundation, Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, consultado en [http://www.dplf.org/es/prision-preventiva] el 20/05/2014.

49. HENDLER, E. S., “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en MAIER J. B. J. y BINDER, A. M. (comps), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del

La instrucción “preparatoria” es el verdadero “juicio”⁵⁰ y lo que allí quede fijado serán las bases para delimitar (o transcribir) el eventual debate, de forma tal que la suerte del acusado dependerá en mayor medida de lo que el Rey-Juez instructor determine; sumado a ello, una vez declarada su prisión preventiva, sus herramientas defensivas se encontrarán muy limitadas en esta etapa del proceso.

Una de las formas de contrarrestar esta abusiva práctica será declarar la inconstitucionalidad de la figura del juez en sus funciones de dirección de la instrucción, es decir, el sistema regulado en los arts. 194 y ss. CPPN (Investigación directa).⁵¹

Por otro lado, sería necesario registrar modificaciones en las prácticas burocráticas, cuestiones como la supresión del auto de procesamiento, donde en líneas generales no comparto la exigencia de aquellos autores como Marcelo Solimine⁵² quien como otros se apoyan en respuestas dogmáticas y de rebuscada interpretación legislativa para continuar con un sistema que legitima un sistema perverso. Seguramente, como tal autor menciona, será más difícil articular la procedencia, entre otras, de la prisión preventiva, donde a ello respondo que una alternativa sería

Puerto, 1995, p. 383. La voz “civilizar” tuvo, hasta 1752, el sentido exclusivo de denotar la conversión de un proceso penal en uno civil.

50. ABREGÚ, Martín., “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 157. En referencia al art. 193 CPPN predica: “Cómo puede observarse, en el texto ya no se trata solamente de hacer referencia al carácter preparatorio de la instrucción, sino que este artículo identifica como objeto de la investigación el mismo objeto que tiene el juicio. De hecho, si uno incluyera este artículo dentro de la sección dirigida a regular la etapa del juicio, probablemente la redacción sería muy similar”.

51. CPPN art. 194 *Investigación directa*: “El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196...”.

52. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento en las causas de instrucción delegada (Art. 196 del CPPN)”, en *Revista de Derecho Procesal Penal - La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, 2006, Vol. 1, pp. 203-210. La reflexión del autor viene dada por la interpretación que exige el art. 215 CPPN en cuanto no requiere de manera expresa el auto de procesamiento, sino que el requisito indispensable para la requisitoria de elevación a juicio es la declaración indagatoria del imputado. Para el autor, y quienes consideran que es indispensable el auto de procesamiento (Navarro, Daray, D’Albora, Torres Bas, Almeyra y Báez) sostienen el argumento remitiéndose a las restantes normas que lo exigen, es decir, arts. 346, 353 CPPN, en la posibilidad de apelar el mismo, en el control sobre los actos fiscales y en lo que ellos consideran el problema de su prescindencia en delitos de extrema gravedad, “para los cuales sería necesario imponer prisión preventiva”. Dentro de la corriente que sostiene no indispensable el procesamiento en causas delegadas los argumentos como el siguiente son esclarecedores: La jueza Garrigós de Rébora, en la causa “Falduti”, de la Sala IV sostuvo que el dictado de la prisión preventiva tampoco requiere el auto de mérito aludido, ya que una vez individualizado el hecho por el director de la investigación, su fundamento residirá en evitar que el imputado no logre eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, de forma que los parámetros a tener en cuenta no requieren un análisis de las pruebas del sumario.

incorporar la igualdad de armas en esta etapa del proceso y demostrarle a un juez, de manera preliminar, la presunta inocencia o no del acusado. Y tal vez ello, en tiempos judiciales, no signifique una real celeridad,⁵³ pero seguramente evitará, en alguna medida, la sistemática práctica referida.

Otra de las costumbres burocráticas, inútiles⁵⁴ y hasta perversas del sistema es aquella regulada en los arts. 348 y 349 CPPN, de las que surge, además de la clara violación a la garantía de imparcialidad, un adelanto de la estrategia de defensa,⁵⁵ salvo que esta instancia sea utilizada para desconcertar al fiscal de juicio. Aquí, más allá que coincido, en líneas generales, con los argumentos expuestos por los citados autores Marcelo Buigo y Sergio Paduczac, debo hacer una aclaración respecto de su observación en relación al Código Procesal de la Provincia de Córdoba, en cuanto consideran brinda, en este punto, la posibilidad de una apelación y la intervención de un tribunal más imparcial. Entiendo que ello no se verá reflejado como una real garantía del imputado y en esta idea me remito a recordar la funcionalidad y el nacimiento de los recursos, sobre todo en esta etapa del proceso.

Por otro lado, vale aclarar a esta altura de la propuesta que, con la misma no es que se intente una inclinación que se refleje en similitud a una instrucción sumaria o algo similar, sino dejar en claro que un avance, para cumplir con la garantía en cuestión, es determinar la separación de funciones entre investigación y actos jurisdiccionales y no una simple delegación ocasional (art.215 CPPN) o discrecional (art.196 CPPN) sino que la figura encargada de llevar a cabo las funciones instructoras sea el fiscal por excelencia, pero que a su vez el imputado junto con su defensor

53. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento...” ob. cit., p. 213. Si se sostuviera que el auto de procesamiento no debe existir en causas delegadas (y no delegadas), sería consecuencia obligada sostener que el rechazo a la oposición a la elevación a juicio debiera ser apelable. El agregado subrayado me pertenece.

54. BUIGO, M. R. y PADUCZAC, S. A., “Algunas cuestiones relacionadas con el principio de imparcialidad como garantía del imputado en el proceso penal”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1999, Vol. 5 (9B), pp. 290-310. El Código Procesal Penal de la Nación prevé en su art. 194 que la instrucción estará a cargo del juez de Instrucción que, a lo largo de toda esta etapa es, sin duda, el responsable de la investigación, el que indaga, el que procesa, corre la vista prevista en el art. 346 y para el caso en que el fiscal pida el sobreseimiento puede manifestar su desacuerdo conforme lo prevé el art. 348, elevar la causa en consulta y lograr en definitiva que se formule requerimiento. Si tenemos en cuenta que es el mismo juez de instrucción quien debe resolver la oposición a juicio y sobreseimiento que en los términos del art. 349 formule la defensa, se desprende claramente lo dificultoso que será para la defensa que su pretensión tenga favorable acogida.

55. BUIGO, M. R. y PADUCZAC, S. A., “Algunas...” ob. cit., pp. 290-310. Los defensores deberán evaluar también, dadas las pocas posibilidades de éxito en esta etapa, si vale la pena anticipar la línea argumental que se sostendrá en el juicio, pues esto significará que el fiscal de juicio pueda conocerla antes de la citación prevista en el art. 354 y en consecuencia ofrezca prueba que no hubiera ofrecido si no se hubiere planteado la oposición.

pueda desplegar todas las herramientas defensistas en igualdad de armas, incluso si es necesario en la etapa preliminar.

En este punto la propuesta incluye, si bien en un segundo plano y aspirando a la celeridad de este primer momento (con la ultraintención de llegar a que el debate sea el protagonista de un enjuiciamiento) que los planteos en relación con las medidas cautelares que hasta el momento se hayan tomado sean debatidas (en lo posible de manera oral y pública) en una especie de cesura de la instrucción a la que luego haré referencia.⁵⁶

La declaración indagatoria, como los demás actos que involucren la investigación preliminar deberán ser llevados a cabo por el fiscal y ello será un paso al frente para garantizar la imparcialidad del juzgador, como así también un proceso penal más democrático con miras al acusatorio.⁵⁷ Será el fiscal también quien deberá efectuar la comunicación circunstanciada de la imputación al acusado⁵⁸ con miras a robustecer el ejercicio de defensa. A lo dicho se suma la exigencia que tales cambios sean abonados a la par de otorgar una mayor participación de la víctima⁵⁹ como también un mayor espacio en la aplicación del principio de oportunidad⁶⁰ con

56. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento...” ob. cit., p. 216. “De allí que los códigos procesales que autorizan a prescindir del auto de procesamiento contengan siempre alternativas compensadoras para el derecho de defensa del imputado y al debido proceso, traducidas en la facultad que le asignan de recurrir en apelación el auto de elevación a juicio que eventualmente dicte el juez (véase, en tal sentido, el art. 352 CPP de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur; art. 337 CPP de la Provincia de Buenos Aires)”.

57. ÁLVAREZ, A. E. “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, p. 414. “En efecto, la garantía que pretende proteger el principio acusatorio es la separación entre juez y acusador, de tal forma que el primero pueda sustraerse de los “influjos subjetivos” que la investigación pueda provocar en su decisión...”.

58. ÁLVAREZ, A. E. “El principio acusatorio...” ob. cit., p. 416. La existencia de la imputación conforme el principio acusatorio tiene por objeto delimitar el objeto del juicio; la promoción de la acusación consiste en la vinculación temática del tribunal. De esta forma, el principio acusatorio protege la imparcialidad, la situación de tercero del juez frente al conflicto que se le presenta a través de evitar que éste pueda formular los límites de hecho de su decisión, el objeto del juicio le viene dado por la acusación.

59. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrech*, Munich, 1991, p. 249 y ss. citado en GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, Volumen 1, p. 211. Las reformas introducidas mediante la llamada “Ley de Protección a la Víctima” han procurado compensar, de algún modo, el amplio poder de decisión del que goza el ministerio público en esta etapa —consecuencia casi necesaria del modelo adoptado— mediante una intervención más activa de la víctima durante ella.

60. BORDA, R. D., “El requerimiento de instrucción ¿Es siempre necesaria su existencia?”, en *Lecciones y Ensayos*, Vol. 75, Buenos Aires, 2000, p. 175. Resulta imperioso ajustar la selectividad intrínseca de la persecución penal a criterios predeterminados, uniformes y racionales que permitan una mejor asignación de los recursos judiciales reservándose los medios y las energías para la persecución penal de aquellos

el objetivo de evitar que este cambio de figuras se vea nuevamente frustrado por un ejercicio arbitrario y desprovisto de control sobre el fiscal, es decir, un sistema de frenos y contrapesos tanto en niveles macro (independencia judicial) como micro (imparcialidad judicial – administración de justicia).

Tal vez sea demasiado pretenciosa la propuesta, pero al analizar el art. 196 CPPN puede observarse claramente una de las mayores características de arbitrariedad y discrecionalidad que adopta el sistema, ya que queda a criterio exclusivo del juez instructor quién será el encargado de esta etapa del proceso; la citada norma es a todas luces inconstitucional; es violatoria, no sólo de la garantía de imparcialidad sino también del principio de independencia judicial en su faz “interna”, ya que echa por tierra la separación de poderes según el art. 120 CN y las misiones encargadas a tal organismo (MPF).

Reflexión aparte merece el análisis en cuanto a la alarmante práctica de “prevención” policial, donde bajo la interpretación de los arts. 183, 186 y 188 CPPN y el defectuoso abordaje jurisprudencial en la materia,⁶¹ permite que, ya desde estadios previos a la etapa instructoria, el proceso penal se encuentre viciado desde su inicio, y aunque sus consecuencias no sean menores, su abordaje excede la finalidad del presente.

El planteo que se propone, y a pesar del intento por dotarlo de cierta originalidad, recibe una inclinada similitud con el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en general y en particular (Cap. III) donde la prisión preventiva se acredita mediante la solicitud del Agente Fiscal y es declarada por el Juez de Garantías. No así en el Código Procesal Penal de Córdoba donde es el mismo fiscal quien determina la misma.⁶² Si bien se coincide con varios rasgos del procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, los requisitos que exige

casos en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, procurándose de esta manera una mayor efectividad en determinadas áreas del derecho penal (por ej. La corrupción de funcionarios públicos, los llamados delitos de “cuello blanco”, el llamado derecho penal económico y la protección del medio ambiente...).

61. GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar...” ob. cit., p. 208. No ha sido extraña a este debate, por ejemplo la decisión de rechazar de plano la posibilidad de encomendarle al ministerio público la investigación preliminar en el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación redactado por Ricardo Levene (h.). El proyectista, que se basó por completo en el Código de Córdoba de 1939, redactado por Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, se apartó significativamente de su modelo al eliminar la citación directa en su proyecto, sobre la base de que “...no se le pueden dar al fiscal, casi siempre dependiente del Poder Ejecutivo, las enormes atribuciones de citar, detener, indagar, conceder la excarcelación, hacer declarar, citar testigos, ordenar allanamientos y secuestros, requisas personales e inspecciones”. Este razonamiento revela un elevado grado de contradicción, cuando no hipocresía: los mismos reparos no han sido dirigidos contra la posibilidad de que gran parte de estas tareas fueran realizadas por la policía, ultradependiente del Poder Ejecutivo”.

62. GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar...” ob. cit., p. 211. CPP Córdoba art. 336.

para acceder a la excarcelación distan de la objetividad que debería caracterizar su procedencia (art. 169 inc.11 y art. 171 párr.2º), donde en realidad se están delimitando verdaderas cuestiones de política criminal.⁶³ Ello se ve reflejado en las sucesivas irregularidades en las que incurre la justicia provincial citada en cuanto al abuso y las formas en que se efectúan las restricciones a la libertad. Un ejemplo de ello es el precedente que dejó plasmado el fallo “Verbitsky”.⁶⁴

En este punto se reitera aclarar que, más allá del diseño institucional al que se llegue, es imprescindible profundizar el debate en relación al sistema penal en su conjunto y como sociedad repreguntarnos hacia donde nos dirigimos o queremos dirigirnos.

V. OTROS PROBLEMAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL (CPPN)

No es que en el análisis recorrido se intente eludir lo igualmente inconstitucional de la forma en que están organizados los juicios correccionales,⁶⁵ de menores, penal, administrativos o la recusación/inhibición de figuras en instancias recursivas,⁶⁶ sino que las consecuencias que acarrearán las decisiones de los juzgados

63. VANELLA, C., “Juez correccional y principio de imparcialidad ¿Con la sospecha basta?”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Volumen: 2005/B, p. 648.

64. Fallos: V856 XXXVIII RHE, *Verbitsky*, Horacio s/*habeas corpus*, 03/05/2005 CSJN: En donde la CSJN ordena a los poderes provinciales, entre otras cosas, tomar medidas tendientes a diseñar políticas respecto del instituto de la prisión preventiva para que lo resuelto en el fallo no volviera a ocurrir (6000 detenidos en condiciones infrahumanas).

65. NADDEO, C. C., “La imparcialidad del juzgador frente al caso concreto: El problema de los jueces correccionales en la justicia nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal – Casación*, 2006, Vol. 5, pp. 173-228. En análisis del fallo “Llerena”: la defensora de Horacio Luis Llerena fundó su temor de parcialidad, puesto que en contravención con el principio acusatorio de división de funciones, la jueza interviniente había ejercido actividades instructoras que pudieron haber afectado *objetivamente* su ajenidad con el caso, y de manera subsidiaria solicitaba se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 88 de la Ley N° 24.121 el cual había suprimido el originario inc. 1º, del art.55 del CPPN; la cláusula editada preveía expresamente, según la recurrente, la causal invocada en su recusación. La posibilidad reseñada borra los límites entre la denominada “imparcialidad objetiva” y, su complemento, la “imparcialidad subjetiva” puesto que, de esta manera, el juez deja de ser un tercero ajeno al conflicto y pasa a tener un interés en el resultado del juicio: el de ocultar los posibles defectos de la instrucción que él mismo realizó. (consid. 39 voto del juez Petracchi). Así, Obarrio advertía ya acerca del peligro que genera que sea un mismo juez quien dirija la marcha del sumario y, luego, deba encargarse de su fallo, puesto que ese juez “*esta expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que puedan impedirle discernir con recto criterio de justicia*”. Resulta ilustrativa la conclusión de Zysman Quirós sobre el punto al afirmar “que no es que el acusatorio sea garantía de imparcialidad judicial: es que nuestra imparcialidad judicial es la del sistema acusatorio y los jurados”.

66. DE LUCA, J. A., “El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional”, en *Nueva*

en lo criminal de instrucción (CPPN), en cuanto restricciones a la libertad (mediante el uso indiscriminado de la prisión preventiva), es lo que se considera hoy un problema de mayor entidad –y ello sumado a la práctica del “juicio abreviado” (importada de los Estados Unidos) sugiere una enmascarada vuelta al sistema inquisitivo, que por tal se entiende merece una mayor atención–.

En el apartado anterior se hacía referencia a lo que se consideró el mayor problema en cuanto a la violación de los principios de independencia judicial “interna” y de imparcialidad, es decir, a un procedimiento donde no se encuentran diferenciadas las tareas de investigar y juzgar. La etapa preparatoria, en el ámbito nacional, es encargada al juez de instrucción, que será quien lleve a cabo la investigación y a su vez juzgue, en definitiva, elevar o no la causa a juicio, considerada la etapa fuerte del proceso. Se concentró en ella la atención para evaluar la aplicación o no de las referidas garantías, a la vez que se determinaba que las consecuencias que surgen en esta etapa del proceso, entre ellas la prisión preventiva, como la de mayor gravedad, hacen que una reflexión crítica al respecto sea obligatoria.

En este aspecto se debe mencionar que los problemas del sistema se extienden a otros que, por sus consecuencias, resultan de menor entidad, como son el diseño de los juicios correccionales,⁶⁷ en los cuales se ve con mayor claridad la violación a la garantía, ello sin descartar el avance a partir de los dichos de la CSJN en el fallo “Llerena”.⁶⁸ Y aquí es donde la inflexión deviene preocupante, ya que, si en un caso de evidente inconstitucionalidad se ha demorado tanto tiempo en su reconocimiento, surge claramente que, el esfuerzo por demostrar la inconstitucionalidad en cuestiones no tan evidentes ha de ser mayor.

Lo que se desprende de la reflexión anterior, es que si bien puede representar un avance en cuanto a establecer la vigencia de una “interpretación amplia” en las causales de recusación por la vía jurisprudencial citada, lo cierto es que es necesaria una interpretación aun más amplia de la garantía en cuestión y se hace evidente el reclamo respecto de la actitud que los propios jueces deberían tomar al respecto

Doctrina Penal; 1998, Vol. B, pp. 753-761. Tema este último, que a su vez, está relacionado, al menos de manera mediata, con la garantía del plazo razonable, y su problemática sobre todo en las provincias, donde es probable que a través de la movilidad en los cargos de los magistrados de un tribunal a otro, ello se de con una frecuencia similar al tiempo en que se emiten las resoluciones a lo largo de las etapas del proceso. Cuestión que reafirma la posición de que se trata de un problema sistémico y no de simples irregularidades aisladas.

67. CARRIÓ, A. D., *Garantías...* ob. cit., p. 175. Lo trascendental del fallo de la Corte es haber afirmado que la garantía del juez imparcial está por encima de los casos concretos que el legislador pueda imaginar, como demostrativos de una posible parcialidad. De allí que, en la medida que el imputado pueda demostrar que él tiene fundado temor, la garantía en examen podrá ser invocada, sin que deba a su vez identificar conductas concretas de los magistrados demostrativas de la parcialidad denunciada.

68. CSJN: *Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones, arts.104 y 89 CP* - Causa N° 3221 -17/05/2005

velando por el cumplimiento de garantías constitucionales, es decir, los propios jueces son quienes deberían inhibirse sin tanto recelo ante casos como los referidos.

Pero como la experiencia demuestra lo contrario, se hace evidente que el reclamo por aproximarnos a una justicia más democrática y protectora de las garantías del imputado deberá iniciarse por parte de la defensa. Y aunque, si bien no es posible que a esta altura los jueces confundan su honor con causas objetivas de parcialidad,⁶⁹ lo cierto es que la problemática del sistema penal en general y procesal en particular no se ve afectada sólo por la violación de la garantía de referencia, sino por un sistema de enjuiciamiento que no condice con las exigencias constitucionales, y por tal razón es que se intuye que no será el propio inquisidor quien solicite ser apartado del trono.

La problemática en cuanto a sus consecuencias es de extrema gravedad y mientras no se proponga una restructuración del sistema se estará legitimando una gran sentencia definitiva “que causa gravamen irreparable”. En respuesta, de por sí anticipada, a quienes aleguen problemas de recursos al respecto y en palabras del Dr. Javier De Luca: “El “costo - beneficio” de esas soluciones está fuera de toda discusión ni bien se mire las responsabilidades internacionales en que podría incurrir el Estado argentino por el incumplimiento y/o violación de disposiciones expresamente contenidas en los instrumentos de derechos humanos citados”.⁷⁰

VI. MÁS CONSERVADORES QUE LA IGLESIA

En el presente apartado, como a lo largo del análisis, se intenta dejar plasmada la necesidad de una profunda reflexión respecto al tema que nos ocupa.

Con diferente enfoque, pero de todas formas esclarecedor, es el discurso por el cual, no hace muchos años, la Iglesia Católica pidió perdón por los crímenes ejecutados bajo el régimen inquisitivo, lo cual reafirmó un avance respecto de ciertas prácticas inhumanas, pero lamentablemente, varios rasgos del mismo se muestran intactos en la actualidad; ello refleja que, una de las instituciones más conservadoras del mundo (aunque de manera tardía), ya ha expresado su posición al respecto demostrando el atraso en nuestro sistema, es decir, aquello que debería estar en prioridad de agenda⁷¹ no parece ser hoy un tema central. Tal vez dentro de unos mil años,

69. NADDEO, C. C., “La imparcialidad del juzgador...” ob. cit., p. 190. Estamos, tal como se desprende claramente del fallo comentado, ante una tesis superadora puesto que aquí “no se debe cometer el error común (...) de creer que la recusación cuestiona la honorabilidad del magistrado, ni tampoco la parcialidad de las decisiones ya tomadas en el caso”.

70. DE LUCA, J. A., “El principio del juez imparcial...” ob. cit., p. 761.

71. BORDA, R. D., “El requerimiento de instrucción...” ob. cit., p. 171. “...Sin embargo, esos problemas

algún representante del Poder Judicial, pida perdón por todas las arbitrariedades que vivimos diariamente.⁷²

VII. ALTERNATIVAS

Dentro del contexto argumental que se viene desarrollando, la alternativa por excelencia, que deberá adoptarse para sustituir las prácticas inquisitivas en nuestro sistema, es la recepción del juicio por jurados.⁷³ La resistencia al cambio es uno de los principales problemas para su implementación.⁷⁴

técnicos se ven agravados, fundamentalmente, por una interpretación judicial dependiente de las rutinas y vicios prácticos adquiridos en la aplicación del CPCN (1889), realidad que expresa la resistencia de los funcionarios judiciales a admitir nuevas instituciones e, incluso, a la interpretación progresiva de instituciones antiguas”.

72. Ciudad del Vaticano, El Vaticano, 16 junio de 2004. Juan Pablo II volvió a pedir perdón al mundo por la dolorosa experiencia de la Inquisición. El Vaticano por su parte, al cabo de una larga investigación histórica, reconoció los abusos cometidos por la Iglesia católica, pero también, aclaró, que hubo muchas exageraciones en esta leyenda negra. Tras seis años de trabajos históricos recogidos en un volumen de cerca de 800 páginas, el Vaticano siguió en el camino emprendido por Juan Pablo II antes del jubileo del año 2000, de la purificación de la memoria. Tras recibir libros. Juan Pablo II reafirmó el arrepentimiento de la Iglesia por el escándalo de la Inquisición, es decir, los pecados de intolerancia cometidos desde el siglo XIII hasta el siglo XIX por los tribunales eclesiásticos. Al presentar el volumen, El Vaticano aclaró que la inquisición nació para defender la verdad de los herejes, pero que muy pronto se alejó de sus buenos propósitos. “Es indudable que hubo abusos”, pero, afirmó el Cardenal George Cottier, “hay que tener en cuenta la mentalidad de la época”. “Es muy difícil”, añadió, “juzgar el pasado, por eso no hemos condenado a los Papas de la Inquisición”. Lo que emergió es que hubo muchas menos brujas quemadas de lo que se piensa y muchas menos condenas a muerte. De los 44 mil 674 casos de la inquisición española, por ejemplo, solo el 1.8 por ciento fue condenado a muerte. El Cardenal Roger Etchegaray afirmó que no sólo se justifica el que Juan Pablo II haya pedido perdón sino que este tiene que ser un ejemplo para que en el presente y el futuro la Iglesia defienda la verdad sin recurrir a métodos violentos e intolerantes.

73. ALMEIDA, V. y BAKROKAR, D., “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados”, en *Derecho Penal*, 2012, Vol. 1(3), pp. 3-48. Gran parte de los juristas, son conscientes de que la modificación de la forma de administración de justicia resulta imperiosa para dejar atrás los sistemas mixtos y, alcanzar finalmente modelos acusatorios, tal cómo lo exige nuestra CN. Uno de los principales ejes de la reforma, es el de estatuir al juicio oral y público como momento central del proceso, como así también la participación ciudadana en la administración de justicia, la separación de funciones entre acusar y juzgar, la eliminación del expediente, la aplicación de criterios de oportunidad, mayor participación de la víctima, el control del tiempo, la utilización de medidas alternativas a la prisión preventiva, el rol activo de las partes y pasivo del juzgador durante el juicio entre otros.

74. Ídem, pp. 13-19 Tal como lo sostiene Binder: “la reforma no es un hecho, sino un proceso, que tiene inicio pero no final...”. Una reforma integral implica un cambio cultural muy grande y es por ello que se vislumbran complicaciones en las prácticas. El principal problema que se observa en las provincias que han implementado sistemas acusatorios, es la resistencia al cambio que se vislumbra en las prácticas de

Por tal, lo que parecía pretencioso en líneas anteriores, ahora deviene un “requisito de mínima” para cumplir con la referida garantía, es decir, la separación entre acusador y juez, y por lo tanto adoptar la propuesta en subsidio a la implementación del sistema acusatorio es la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 194 y 196 CPPN, donde la investigación deberá ser asumida, de manera directa, por el fiscal.⁷⁵ Ya en un tercer plano podrá exigirse la reestructuración respecto de prácticas burocráticas, es decir, simplificar las instancias del proceso sin que por ello dejen de ser operativas y funcionales; en este punto, se reitera la posibilidad de suprimir el auto de procesamiento,⁷⁶ y crear una instancia recursiva respecto del requerimiento de elevación a juicio, actualmente inapelable.⁷⁷ Las medidas cautelares, que sea necesario imponer, serán resueltas por el juez, en base a los parámetros exigidos para su aplicación, es decir, el peligro de fuga y el entorpecimiento en la investigación, donde las partes deberán contar con igualdad de armas para demostrar su procedencia o no, lo cual es independiente de los hechos que se investigan. Estas últimas, si se quiere, a su vez, podrán contar con la posibilidad, a nivel organizativo-estructural, de ser impugnadas, al igual que el requerimiento de elevación a juicio, que como se propuso anteriormente, una manera posible es que sean tratadas, y para mayor imparcialidad, en una cesura de la instrucción.⁷⁸ Con el esquema

los actores judiciales. Se advierte una carencia de capacitación de los defensores y fiscales para litigar en un juicio oral. Ello sumado al estricto apego a las constancias escritas, debido al temor que les produce desligarse de las actuaciones realizadas en la etapa de investigación, y quedar librados a los avatares que pueden originarse en el curso del debate. Otro tanto sucede con los jueces, quienes en su afán por no resignar su poder, no se conforman con ostentar un rol pasivo y realizan actividades que no atañen a su función.

75. ARMENTA DEU, T., “La investigación penal, ¿Jueces o Fiscales?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2012, Vol. 1, pp. 15-18. En contra de lo que se ha reiterado, que la instrucción esté dirigida por el MF no es algo esencial o definitorio, ni para diseñar un sistema acusatorio, ni para proteger en mayor medida los derechos humanos. Siendo así, no se alcanza a comprender porqué parece siempre el empeño más urgente. Resulta un “lugar común” devaluar la figura del juez instructor, por sus reminiscencias inquisitorias, y simultáneamente enaltecer la del juez de garantías.

76. CAFFERATA NORES, J. I., “La garantía de doble instancia durante la instrucción – La ‘investigación delegada’ del art. 196 CPP Nacional y la ‘pena del banquillo’”, en CAFFERATA NORES, J. I. (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, Volumen: u., p. 72 y ss. Esta posibilidad que surgiría de una interpretación literal de la actual redacción del art. 215 CPPN y que acercaría con mayor claridad el sistema de la investigación delegada al modelo acusatorio que se insinúa en otros códigos argentinos ha sido cuestionada en base a la imposibilidad de recurrir en estos casos. La posibilidad de que el fiscal pudiera requerir la elevación a juicio de la causa, sin requerir previamente el dictado del auto de procesamiento, importaría sin duda una buena contribución a la celeridad procesal.

77. *Ídem*. p. 75.

78. BERTONI, E. A., “La cesura del juicio penal”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 113-123. En similar línea argumental de lo que el autor propone en cuanto a la determinación de la pena, refiero en este punto a su implementación

propuesto es que se aspira, entre otras cosas, a lograr la imparcialidad del juzgador como así también la adecuada defensa del imputado⁷⁹, hasta tanto se implemente el juicio por jurados exigido por nuestra CN.

VIII. CONCLUSIÓN

Pocas palabras quedan para una reflexión final y que a su vez contenga cierto enfoque positivo al respecto, pero se intentará inducir al lector, para que dentro de sus posibilidades, intervenga de manera activa en un proceso de quiebre entre paradigmas.

La respuesta por excelencia que deviene como la mejor alternativa a la sustitución del sistema inquisitivo que sufre nuestro sistema de enjuiciamiento es la implementación del sistema acusatorio; y tal como expresara Zysman Quirós: "... no es que el acusatorio sea garantía de imparcialidad: es que nuestra imparcialidad judicial es la del sistema acusatorio y los jurados".

Tal implementación, si bien deberá encontrarse receptada por la normativa para que devenga operativa, es imprescindible que provenga de una profunda reflexión social y cultural, que naturalmente acepte el espíritu del sistema.⁸⁰

Al momento se registran numerosos reclamos doctrinarios en igual sentido, como también algunos, más aislados por cierto, provenientes de la justicia.⁸¹ Con ello, se infiere que, de mantenerse en el tiempo y sin registro de soluciones prácticas al respecto, aquello que se está naturalizando es el reclamo en sí y no verdaderas actitudes de cambio en pos de modificar de manera concreta la realidad existente. Lo referido, en cierta forma, colabora a legitimar un sistema que, no sólo viola la garantía de imparcialidad,⁸² sino que es la base para el despliegue satisfactorio de

respecto de la instrucción. "Establecido que la cesura del juicio consiste en la separación de todo aquello referido a la determinación de la pena de lo estrictamente relacionado con la culpabilidad del autor por el hecho reprochado, la disyuntiva se presenta en la opción por el momento del proceso más apropiado para que la división alcance los fines perseguidos".

79. HUARTE PETITE, A., "Instrucción a cargo del fiscal o instrucción jurisdiccional. A propósito de los fallos que declararon la inconstitucionalidad del art. 353 bis del CPPN", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000, Vol. 6 (10B), p. 113.

80. ALLIAUD, A., "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos aires, Editores del Puerto, 2001, p. 234. La ley, según vimos en la primera parte, es casi impotente cuando no está sostenida por el sentimiento público.

81. Fallos: 328:3399 CSJN, *Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa – causa n° 1681*, rta el 20/09/2005 – *Obiter dicta*

82. ALLIAUD, A., "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en

las restantes garantías. El tema expuesto tienta, por momentos, a ser descripto con cierto sarcasmo, pero ello alimentaría aun más los oídos sordos de muchos responsables de tal situación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Martín, “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- ALMEIDA, Vanina y BAKROKAR, Denise, “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados”, en *Derecho Penal*, 2012, Vol. 1(3).
- ALLIAUD, Alejandra, “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- ÁLVAREZ, Alejandro E., “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B.
- ARMENTA DEU, Teresa, “La investigación penal, ¿Jueces o Fiscales?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2012: Vol. 1.
- BATESON, Gregory, JACKSON, Don D., HALEY, Jay & WEAKLEAN, John, “Toward a theory of schizophrenia”, en *Behavioral Science*, Veterans Administration Hospital (Palo Alto, California) and Stanford University, California, 1956.
- BERTONI, Eduardo A., “La cesura del juicio penal”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, del Puerto, 1993.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2º ed., 2005.
- BORDA, Rodrigo D., “El requerimiento de instrucción ¿Es siempre necesaria su existencia?”, en *Lecciones y Ensayos*, número 75, Buenos Aires, 2000.
- BOVINO, Alberto, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- BOVINO, Alberto, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 235. Considerada en tal sentido como “meta garantía” que opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales.

- CAFFERATA NORES, José I., “La garantía de doble instancia durante la instrucción – La ‘investigación delegada’ del art.196 CPP Nacional y la ‘pena del banquillo’”, en CAFFERATA NORES, José I. (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, Volumen: u.
- CARRÍO, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 5º ed., 2006.
- CARRÍO, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1990.
- CORREA GARCÍA, S., “El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio”, consultado en [http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_002.htm] el 09/09/2014.
- DE LUCA, Javier A., “El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional”, en *Nueva Doctrina Penal*; 1998, Vol. B.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, consultado en [<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>] el 20/05/2014.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GUARIGLIA, Fabricio O., “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- HENDLER, Edmundo S., *Enjuiciamiento penal y conflictividad social*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.
- HUARTE PETITE, Alberto, “Instrucción a cargo del fiscal o instrucción jurisdiccional. A propósito de los fallos que declararon la inconstitucionalidad del art. 353 bis del CPPN”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000, Vol.6 (10B).
- GOSSEL, Karl H., *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.
- LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996.

- NADDEO, Cecilia C., “La imparcialidad del juzgador frente al caso concreto: El problema de los jueces correccionales en la justicia nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal-Casación*, 2006, Vol. 5.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, Vol.3 (7) 05:343.2/9, C751c.
- SOLIMINE, Marcelo, “Exigibilidad del procesamiento en las causas de instrucción delegada (Art. 196 del CPPN)”, en *Revista de Derecho Procesal Penal – La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, 2006, Vol. 1.
- RAFECAS, Eduardo Daniel, *La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico conceptual de modelos normativos de imparcialidad”, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.