

# ¿Temor objetivo de falta de objetividad?

POR NATALIA ARGENTI (\*)

**Sumario: 1. Palabras preliminares. — 2. Desarrollo del tema. — 3. Conclusión. — 4. Bibliografía.**

## Resumen

El tema que he seleccionado gira en torno a la caracterización de la actuación objetiva del fiscal en la instancia de debate, sobre el análisis de un caso concreto en el que el Titular de la Fiscalía General N° 1 de La Plata se inhibió para intervenir en un juicio invocando las palabras del título, esto es: "temor objetivo de falta de objetividad". Puedo resumir el objeto de esta empresa diciendo que intentaré defender el contenido del acto mencionado y poner al descubierto los beneficios que reporta la adopción del criterio allí esgrimido. El trabajo se despliega a lo largo de tres bloques que representan los beneficios que a mi modo de ver, reporta el temperamento inhibitorio sustentado en el dictamen que antecede, a saber: 2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador, 2.2) Custodia al "juicio de verdad" y 2.3) Mantiene al imputado en el eje central del proceso. Bloques en los que se conjugará información teórica y práctica especialmente agrupada a los fines de una exposición ordenada; en cuyo trayecto iré mostrando mi opinión personal, hasta cerrar el esquema por medio de una Conclusión.

**Palabras clave:** Objetividad - Acusación - Imputado

## Abstract

The theme I selected focuses on the characterization of the performance objective of the Prosecutor at the instance of debate, on the analysis of a case in which the owner of the Prosecutor General N° 1 La Plata was inhibited to intervene in a lawsuit by invoking the words of the title, this is: "objective fear of lack of objectivity". I can summarise the object of this company saying that I will try to defend the content of the mentioned act and uncover the benefits that reports the adoption of the approach employed. The article unfolds along three blocks that represent the benefits that report, under my point of view, the inhibitory temperament based on the opinion above, namely: 2.1) provides coverage to the objectivity of the accusing body, 2.2) custody of the "trial of truth" and 2.3) keeps the accused on the central axis of the process. Blocks in which move theoretical and practical information especially grouped for the purposes of an orderly exhibition; in whose journey I'll be showing my personal opinion, to close the scheme through a conclusion.

**Keywords:** Objectivity - Indictment - Charged

## 1. Palabras preliminares

El tema que he seleccionado gira en torno a la caracterización de la actuación objetiva del fiscal en la instancia de debate, sobre el análisis de un caso concreto en el que el Titular de la Fiscalía General n° 1 de La Plata se inhibió para intervenir en un juicio invocando las palabras del título, esto es: "temor objetivo de falta de objetividad".

Puedo resumir el objeto de esta empresa diciendo que intentaré defender el contenido del acto mencionado y poner al descubierto los beneficios que reporta la adopción del criterio allí esgrimido.

(\*) Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal Penal, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP

## Dictamen

“Excmo. Tribunal Oral: Carlos A. Dulau Dumm, Fiscal General ante vuestro Tribunal Oral, me presento en la causa caratulada: “C. M. A. y otros s/ Inf. arts. 166, 167 y 164 del C.P.” (expediente n° 2721/08 con causa acumulada n° 2868/08) a fin de poner en vuestro conocimiento la imposibilidad de seguir entendiendo en el trámite de la presente causa por las razones que a continuación expondré y hacen a mi necesaria inhibición:

Para iniciar este dictamen creo conveniente hacer referencia a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en el Fallo “Lamas Fernando Pablo” L.117 XLII del 8/4/2008, en el marco del cual la defensa de los imputados dedujo recurso extraordinario contra la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que convalidó el rechazo de la recusación oportunamente articulada. Se invocó la violación a la garantía de imparcialidad objetiva por cuanto el Tribunal que pretendía juzgar a Lamas había dictado sentencia condenatoria respecto de su coimputado y al momento de fundar la sentencia condenatoria había valorado una declaración testimonial cuyos efectos incriminatorios también alcanzaban al imputado no juzgado (Lamas). La Corte hizo lugar al recurso de la defensa y de la mano del criterio sustentado en “Llerena” (Fallos 328:1491) entendió que existía un temor objetivo de parcialidad que imponía la inhibición del Tribunal.

Sobre el tema, la Corte ha enseñado también que las cuestiones vinculadas a la garantía de imparcialidad no dependen de la invocación del agravio por la defensa, sino que en salvaguarda del debido proceso (con el plexo de garantías que ello implica) han de ser tratadas de oficio, castigando el incumplimiento de la garantía del juez imparcial con la máxima sanción prevista en el código de rito: nulidad absoluta. Fallo Pranzetti Aldo s/ contrabando causa n° 8090 SC 1304 L. XLII del 1° de julio de 2008.

Si bien el temor objetivo de parcialidad como el mismo nombre lo indica protege el debido proceso en aras de la búsqueda del juez natural e imparcial para conocer en el caso concreto, no es menos cierto que el fiscal por imperio del art. 120 de la Constitución Nacional “tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad” y en tal dirección no puede actuar sino de un modo objetivo velando por un proceso justo, digno y respetuoso de las mandas de la Carta Magna.

Esa y no otra es la función que debe proyectar el Fiscal ante los ojos del imputado para que este no vea enervado su sentido de justicia. No podemos interpretar justicia como sinónimo de castigo, sino que justicia implica un proceso acorde a los estándares mínimos que hacen al debido proceso y como tal al más amplio despliegue del derecho de defensa.

El estadio procesal que prosigue a esta etapa intermedia, impone valoraciones objetivas y subjetivas sobre las cuestiones de hecho y prueba, y la intervención que he tenido en el debate oral y público que se realizó en la causa n° 1989/05 caratulada “G. J. P. y otros s/ infracción art. 170 del C.P. en concurso real con el art. 80 incisos 2, 6 y 7 del C.P.”; amerita mi desplazamiento en lo que hace al juicio a sustanciarse por la sustracción del automotor Volkswagen modelo senda Dominio SHF-540 que tendrá lugar contra los procesados M., J., R., L., E., D. y C., sumándose respecto del último de los nombrados el secuestro y muerte de Diego Peralta.

No cabe otra reflexión para interpretar el caso en estudio que de seguir interviniendo esta parte en la etapa del plenario, la necesaria transparencia que debe guiar el desarrollo del debate, corporizada como una real y efectiva intermediación, contradicción y posibilidad de despliegue de las estrategias de la defensa en su máxima expresión, se vería coartada.

Con las particularidades que acompañan el caso en estudio (misma víctima, mismos testigos, mismo escenario de los hechos, hecho conexo con vinculación probatoria al ya juzgado, existencia de una confesión comprensiva de los hechos a debatir que fue valorada al momento de concretar la hipótesis acusatoria y el pedido de pena, prueba atacada por la defensa que habrá de reeditarse indefectiblemente) sería lógico pensar que la permanencia del fiscal sería acompañada, valga la redundancia, de un temor objetivo de falta de objetividad.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha valorado el conjunto de los factores antes apuntados para hacer lugar al pedido de recusación impetrado por la defensa en el incidente 2721/3/09 (fs. 150/153) para que los jueces que actuaron en el juicio oral de la causa 1989/05 resulten impedidos de conocer en el juicio a señalarse en estos actuados.

Debiendo aclarar que la inhibición postulada no pone en tela de juicio la capacidad jurídica de este Ministerio, ni la entereza moral o la imposibilidad de sobreponerse a decisiones ya tomadas, sino la impronta que imprime lo ya actuado por el titular de la acción sobre el derecho de defensa. En tal dirección y con el objeto de que el sentido de justicia no se vea perjudicado por las especiales condiciones que han de confluir en el presente expediente, soy de la opinión que el temperamento de apartamiento que propicio es el que más se adecua al respeto de las garantías constitucionales.”- La Plata, 10 de julio de 2010.

## 2. Desarrollo del tema

El trabajo se despliega a lo largo de tres bloques que representan los beneficios, que a mi modo de ver, reporta el temperamento inhibitorio sustentado en el dictamen que antecede, a saber. 2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador, 2.2) Custodia al “juicio de verdad” y 2.3) Mantiene al imputado en el eje central del proceso.

Bloques en los que se conjuga información teórica y práctica agrupada a los fines de una exposición ordenada; en cuyo trayecto iré mostrando mi opinión personal, hasta cerrar el esquema por medio de una Conclusión.

### 2.1) Brinda cobertura a la objetividad del órgano acusador (Beneficio 1)

El tema de la objetividad del fiscal, problemático e indefinido en rigor de verdad, no produce a diferencia de otros temas abordados por la doctrina, una actividad de cosmética jurídica que oculte sus dificultades.

La entidad de los conflictos en el camino de la ansiada “objetividad”, acompañada de una falta de respuesta legal y doctrinaria, que se agudiza en lo que a la etapa de debate oral se refiere.

En tal dirección Binder (2009) señala que:

“Como funcionario público el fiscal no puede actuar sino en base a la competencia que le ha dado la ley y a la finalidad de su función. Como se trata de un funcionario del Estado, no puede con su actividad lesionar las condiciones de legitimidad del propio Estado, al contrario, debe procurar fortalecerlas y ya hemos visto que dentro de esas condiciones de legitimidad se encuentra el respeto a principios de protección del imputado que están garantizados por las formas procesales. No queda muy claro en la doctrina en que consiste el principio de objetividad que debe guiar la actividad del fiscal. Pero ello no es más que otra manifestación de las muchas confusiones que existen alrededor de la figura del Ministerio Público (...) De lo que debemos dejar constancia es que el principio de objetividad no es algo asimilable a la imparcialidad judicial, ni nace de una defensa “abstracta” de la ley, ni constituye a los fiscales en “cuasi” defensores públicos de los imputados. Se trata de una construcción compleja que será difícil dilucidar mientras no se clarifiquen todas las funciones del Ministerio Público y se establezca su papel institucional.” (Binder, 2009:131-132)

Problema que también apunta Guzmán (2008) diciendo:

“Fácilmente se advierte que son muchas las cuestiones problemáticas que se plantean en este segundo ámbito de operatividad (vale decir, el requirente) del principio de objetividad fiscal, que no hallará respuesta en este trabajo pero que, sin embargo, obligan a la reflexión. De todas maneras, con lo visto hasta aquí respecto de las importantes repercusiones que dicho principio tiene en el ámbito del que sí me he ocupado con mayor detenimiento (esto es, el ámbito investigativo), parece innegable el valor fundamental del principio estudiado, pues de él depende, en gran medida, una mejor y más adecuada realización de otros pilares del sistema procesal penal: la defensa en juicio del imputado, la paridad de armas entre acusación y defensa, la carga acusatoria de la prueba, la lealtad procesal y,

por último, el mejor conocimiento de la verdad de lo ocurrido como presupuesto de la imposición de sanciones (castigos) contra el imputado (...)" (Guzmán, 2008:247)

Del mismo modo que se infieren rispideces de la letra del artículo de Bertolino (2008):

"Gramaticalmente analizado, el término "objetivo", tomado en sus dos primeras acepciones, nos dice, en un sentido, lo "perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o sentir", y en otro, aquel que es "desinteresado o desapasionado" (...) juzgar o discernir "objetivamente" implica recorrer un camino trazado por el enjuiciamiento penal para acceder a la "verdad procesal" en tanto se tiene por "objetivizado" dicho acceso, en definitiva: un modo de actuar para conocer la verdad". En la pág. 53 dice "Puede advertirse que corrientemente se piensa en el "criterio objetivo" del fiscal como deber a observar más que nada en la fase investigativa del proceso penal; sin embargo, dicho deber se extiende a la totalidad del procedimiento. En la etapa preparatoria, el "criterio objetivo" deberá desplazar una averiguación "acrítica", es decir, una indagación efectuada sin "discernimiento" -tomado aquí este término como sinónimo de "criterio" - respecto a una hipótesis delictual, hacia donde se dirigirá primordialmente -en esta fase- la actividad del Ministerio Público Fiscal. Pero como anticipamos, el deber de objetividad igualmente se impone en las restantes etapas del procedimiento." (Bertolino, 2008:47-48).

Revelada sucintamente la problemática existente, me adentraré de la mano de la doctrina, en la caracterización de los rasgos más notorios de la aludida "objetividad".

Binder (2000) al desarrollar su teoría sobre la triple fundamentación de las formas procesales expone:

"1) El sistema de garantías, que sólo protege al imputado (y sólo él) de la violación de los principios pensados para salvaguardar su persona del uso abusivo de poder penal. Según este sistema, las formas procesales son mecanismos de protección. Las formas son la garantía misma que permite detectar la violación de uno de esos principios (en realidad todos derivados de la idea final de juicio previo por lo que todos pueden ser explicados como una teoría del juicio penal). 2) El principio de institucionalización del conflicto, según el cual las formas procesales regulan el derecho de la víctima a la repartición de su ofensa en base a su derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre institucionalizado (prohibición de autodefensa). Dando una forma a una protección condicionada, que nace de la idea misma de las limitaciones a la autodefensa. 3) El principio de objetividad que rige la actividad del Ministerio Público a la correcta defensa de los intereses a su cargo, que son siempre los de una víctima, particular o colectiva (...)" (Binder, 2000: 49-50)

En las páginas 51-52 enumera las consecuencias que extrae de dicha triple fundamentación:

"...rige un principio de protección del imputado, que obliga a resolver esos conflictos siempre a favor suyo (favor rei), dejando a salvo los casos en los que el imputado no tiene un real perjuicio o pretende que el Estado se comporte por fuera de las condiciones de legitimidad de su accionar. El imputado debe gozar de la máxima protección, pero no es dueño del proceso ni puede obligar a un actuar irrazonable del Estado. Asimismo el Estado no puede tener un actuar razonable y legítimo si con ello lesiona un principio de protección del imputado. Por eso si bien el imputado está protegido por las formas que garantizan los principios, no es el dueño exclusivo de ellas. Cuando esas formas son también manifestación de la protección de otros intereses o de las condiciones de legitimidad del Estado que complementan la prevención general o constituyen una forma de ella (prevención general inversa) se generan conflictos que no son fáciles de resolver. Así como el Estado no puede usar argumentos de protección del imputado para construir soluciones que lo perjudiquen en concreto (falso paternalismo del proceso, tan común en la jurisprudencia de nulidades) tampoco el imputado puede pretender ser juzgado por fuera de las condiciones que le otorgan legitimidad a la actuación de los funcionarios estatales y que constituyen una de las manifestaciones más claras del Estado de derecho. Por ejemplo, no podría pretender que se lo torture para probar su inocencia o que se lo castigue sin un mínimo de formalidades (éste es el problema de la constitucionalidad del procedimiento abreviado). Cuando el Estado no acepta estas soluciones no lo hace por paternalismo, para

proteger al imputado más allá de su voluntad sino para salvar sus propias condiciones de legitimidad. Sin embargo, si existe conflicto entre esas condiciones y los principios de protección del imputado, siempre prevalecerán estos últimos". (Binder, 2000:51-52)

Los artículos doctrinarios de Alfaro (2008), Bertolino (2008) y Guzmán (2008) se avocan casi con exclusividad a describir las particularidades del principio de objetividad del fiscal en la etapa de investigación: reglas positivas que impelen al fiscal a realizar medidas de prueba que incluso favorezcan al imputado, peticiones desinteresadas en defensa de la legalidad, elaboración de la hipótesis acusatoria en forma plausible y no arbitraria, relativa a un supuesto de hecho encuadrable en una norma, con autocrítica, apertura a la corroboración empírica y a la refutación amplia; y sólo poseen escasas referencias sobre la actividad del fiscal en la etapa del debate. Así Guzmán (2008:247) se ocupa de la actividad requeriente, en el juicio, limitándola al juego de la duda en favor del enjuiciado.

En mi opinión las caracterizaciones que realizaron los autores aludidos, si bien como dije, se refieren al principio de objetividad en la etapa de colección probatoria, deben extenderse a la etapa de juicio -y hasta proyectarse con mayor vigor-. Ya que de lo contrario no tendría sentido poblar de buenas prácticas a la investigación, si las mismas pierden intensidad al cursar la asignatura del debate. Guzmán (2008) explica:

"El principio de objetividad del fiscal, entonces, en su dimensión epistemológica, no puede significar más que esto: una actitud -que debe verse reflejada en la actividad procesal del fiscal- de permanente autocrítica ante sus propias hipótesis, y de apertura respecto de las vías (léase hipótesis) alternativas que eventualmente proponga el imputado y de las pruebas que, en confirmación de aquéllas, aquél sugiera. Por lo tanto, este principio exige del órgano de persecución penal un verdadero esfuerzo, pues conlleva la duda como método y una disposición a admitir eventuales errores, que le serán marcados por su "contraparte" en el proceso (el imputado), cada vez que le sugiera que indague nuevas hipótesis y que produzca determinadas pruebas pues sabido es que difícilmente un investigador decida emprender otros caminos distintos a los trazados en el inicio de su investigación", a lo que debo sumar que más difícil será reconocer un yerro, una interpretación incorrecta, cuando en un juicio anterior a través de dichas actividades obtuvo nada más ni nada menos que una condena privativa de la libertad -y de la máxima magnitud posible- (...) una actuación fiscal que soslaye el sometimiento de las pruebas por él obtenidas en su investigación a toda refutación y contrapueba razonablemente posibles conlleva tanto una censura ética en el proceder del acusador, como una invalidación epistemológica de sus conclusiones (y, por lo tanto, una invalidación también jurídica, pues tales conclusiones serán arbitrarias, por derivarse de una investigación conducida arbitrariamente -en el sentido de unidireccional, dogmática y acrítica-) y en la 234 dice que "...este principio adopta la forma de una garantía del imputado, en la medida en que es una prolongación de su derecho de defensa en juicio (que conlleva el derecho a ser oído y a que se produzcan las pruebas que lo favorecen), pues se trata, antes que de una obligación derivada de una (mal entendida) finalidad de averiguar la "verdad", de una obligación para el fiscal de atender a la crítica, único modo en que el imputado puede ejercer eficazmente aquel derecho fundamental. Además, sólo una investigación sometida rigurosamente a posibles refutaciones podrá proporcionar los elementos sobre cuya base sea factible afirmar, en términos serios y aceptables (vale decir, motivadamente), que se halló la verdad en tomo a cómo ocurrieron los hechos (...) regla de garantía del imputado con un doble alcance: garantía de libertad (en cuanto permite una mejor y más eficaz defensa enjuicio) y garantía de verdad (en cuanto la apertura a la crítica y el espíritu de autocrítica sólo pueden coadyuvar a la obtención de una verdad de "mejor calidad"). (Guzmán, 2008: 224 y 226)

En su obra Cafferata Nores (1998) expone que:

"Los integrantes del Ministerio Público deben ser objetivos en su actuación persecutoria debiendo procurar la verdad sobre la acusación que preparan o sostienen, y ajustarse a las pruebas sobre ella en sus requerimientos o conclusiones (resulten contrarias o a favor del imputado). No pueden ocultar, por cierto, los elementos de convicción favorables a la defensa (...) Este deber de objetividad tiene su reflejo en los códigos que autorizan al Ministerio Público Fiscal a pedir el sobreseimiento o requerir la

absolución del imputado e, incluso, a interponer recursos en su favor. El Ministerio Público Fiscal, entonces, no es un acusador a outrance: sus requerimientos estarán orientados por lo que “en derecho constitucional, penal y procesal, corresponda”, pues sólo así cumplirá bien su función de promover la acción de la justicia ‘en defensa de la legalidad (art. 120, CN). Esta idea se refuerza con aquellas disposiciones procesales que establecen su imposibilidad de actuar en algún caso concreto, si lo comprendiera respecto de cualquiera de los interesados una causa de inhibición o recusación (que son casi las mismas que se prevén respecto de los jueces) (...) El imperativo de objetividad también exige que los funcionarios del Ministerio Público Fiscal se responsabilicen de que todos los instrumentos procesales que tienden a vincular a una persona con el ejercicio del poder penal del Estado por atribuírsele participación en un delito, sean ejercitados no sólo sin arbitrariedad, sino también sin automatismo, con racionalidad. Cuando estudia la legalidad dice que, pág. 74: “...el apego a la “legalidad” exigirá a los fiscales respetar los derechos del ciudadano implicado por ellas, lo que configura (...) un límite a la independencia de criterio de aquellos y un cauce para su actuación”. (Cafferata Nores, 1998: 72).

Una cuestión no menor es aquella que deriva de la relación entre el principio de objetividad y los principios de unidad y indivisibilidad propios de un sistema de organización jerárquica del Ministerio Público Fiscal.

En la Resolución PGN 130/04 el Procurador explicó la estructura del Ministerio Público Fiscal, sus relaciones internas y el comportamiento funcional esperado:

“Es un principio entendido que la independencia de los órganos jurisdiccionales es una condición esencial para garantizar su imparcialidad, lo que requiere que los jueces tengan independencia funcional no sólo respecto de los otros poderes del Estado, sino también de los demás magistrados que componen el Poder Judicial. No sucede lo mismo en el caso del Ministerio Fiscal, pues su independencia respecto de los demás poderes estatales no se proyecta internamente en las relaciones entre sus integrantes, y ello por las simple razón de que la imparcialidad, a cuyo servicio se halla concebida la independencia funcional absoluta que caracteriza al magistrado judicial, es una cualidad que es ajena, por definición, al rol del Fiscal. Es que si bien en la tradición europeo continental en la que se inscribe la legislación nacional, el fiscal no es un persecutor a ultranza, sino un órgano estatal que debe orientar su actuación en criterios de verdad y justicia (principio de objetividad); lo cierto es tampoco es un tercero imparcial, pues su función consiste precisamente en ser el contradictor del imputado, una posición completamente contraria a la neutralidad que caracteriza al magistrado judicial. Así el Ministerio Público tiene una estructura jerárquica, lo cual por definición supone relaciones de subordinación, estando su funcionamiento regido por los principios de unidad y coherencia de actuación (art. 1 de la ley 24.946). Tales principios de jerarquía, coherencia y unidad constituyen principios generales de organización del Ministerio Fiscal de validez universal en el derecho de cuño europeo-continental (...) y han estado presentes desde siempre en nuestro ordenamiento legal. (...) La necesidad de establecer para el Ministerio Fiscal una actuación con características de unidad y coherencia resulta de la pretensión de asegurar la igualdad ante la ley que proclama nuestra Constitución Nacional, valor que en el caso de los jueces se ve sacrificado, como se ha expuesto, por la necesidad de preservar su imparcialidad, pero que recobra toda su virtualidad en el ejercicio de la función requirente del Ministerio Fiscal. Además, resulta de toda evidencia que en las cuestiones jurídicas controvertidas, una actuación heterogénea por parte de los fiscales, conforme a sus propias concepciones individuales, quizás hasta contradictorias, no sólo conspiraría contra la igualdad jurídica, sino también contra el objetivo de delinear de un modo coherente y racional la política criminal y de persecución penal del Ministerio Fiscal, tarea encomendada por la Ley Orgánica al Procurador General art. 33, inciso “e” de la ley 24.946). Es en esta inteligencia que la ley otorga al Procurador General de la Nación la facultad de dictar instrucciones generales, como manifestación de esa estructura jerárquica, y con el fin de lograr la unidad y coherencia de actuación del Ministerio Fiscal (arts. 31 y 33 inc. d), de la Ley 24.946). (...) De lo expuesto se colige entonces que la autonomía que posee cada funcionario para interpretar el derecho cede cuando el Procuración General de la Nación, como máxima autoridad del Ministerio Fiscal, ejerce la facultad de unificar criterios de actuación en la persecución penal por medio de una instrucción general. Y es precisamente en atención a dicha obligatoriedad que la

ley prevé la posibilidad de que cada fiscal pueda dejar a salvo su opinión personal cuando actúa en cumplimiento de una instrucción emanada del Procurador General (art. 31 de la Ley Orgánica)."

Diseñado entonces el Ministerio Público Fiscal a la luz de las palabras indicadas, indagaremos ahora sobre los modelos teóricos y sus consecuencias.

Maier (2003) enuncia:

"(...) cuando esta organización jerárquica y las reglas que son su consecuencia (facultad de instruir, de sustituir y de devolución) quieren compatibilizarse con los principios que caracterizan la función de la fiscalía en el Derecho europeo-continental y, por recepción, entre nosotros, básicamente, con el principio de legalidad, que incluye el deber de ajustarse a la verdad histórica que revela el caso, los problemas emergen por doquier. Existe cierta resistencia natural en el par conceptual legalidad-organización jerárquica (que implica la facultad de dar instrucciones), de la misma manera que existe cierta afinidad en el par conceptual legalidad-organización horizontal (con independencia funcional para quien es titular del poder en el caso) (...)" (Maier, 2003: 330).

La obra de Ferrajoli (1997) reclama de los órganos requirentes las garantías de independencia y de sujeción a la ley, diciendo

"(...) es necesario romper con un lugar común: la idea de que los órganos de la acusación deban ser estructurados jerárquicamente, e incluso depender de alguna articulación del poder ejecutivo o legislativo, sólo por el hecho de que se encuentran situados fuera del orden judicial. Al contrario, lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano, encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento (...)" (Ferrajoli, 1997: 570).

Como solución intermedia surgen atinadas las palabras de Binder (2000:331), que expresan: "(...) limitar el contenido material de las instrucciones, que no pueden lesionar el mandato legal de aplicar la ley penal sobre la base de la averiguación de la verdad histórica, como parámetro básico de justicia (...)"

## 2.2) Custodia al "juicio de verdad" (Beneficio 2).

"En un Estado de derecho el juzgamiento de una persona, a resultas de la cual puede perder su libertad, a veces por el resto de su vida, está regulada por un conjunto de principios conformados históricamente y que tienen la finalidad de proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades cometidas a lo largo de la historia por ese poder de encarcelar a los conciudadanos que se le reconoce al Estado, por lo menos por ahora. (...) A partir del proceso de constitucionalización que se desarrolla desde el siglo XIX esos principios se consideran como el núcleo central de un Estado de derecho y por ello han sido consagrados en todos los pactos internacionales de derechos humanos. Pero esos principios no sólo están reconocidos sino que están garantizados. (...) Por tal razón, el nivel de adecuación de un sistema procesal a los principios del Estado de derecho no se mide solamente por la incorporación de esos principios al orden normativo, sino por el grado en que ellos estén *garantizados* (pág. 57) (...) Las formas reaparecen modificados de la mano de la "indagación", modo específico de organización de la persecución penal. En los siglos XVIII y XIX, a la par del desarrollo del pensamiento liberal (Beccaria, Montesquieu, Filangieri, Pagano, luego Carrara, etc.) con los materiales a gestarse una nueva ingeniería institucional del proceso penal, orientada a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal, de la cual deriva lo que hoy, desde Ferrajoli, llamamos *sistema de garantías*. Por eso ese sistema de garantías tiene vínculos muy profundos con la idea de indagación (en términos actuales de *proceso cognitivo*) y el papel de la verdad dentro del proceso penal (pág. 58). (...) De allí el vínculo estrecho entre idea de verdad y el sistema de garantías, pero también el modo como se relaciona esa verdad con ese sistema: vínculo que no se explica por la idea de "meta del proceso" o por la simple afirmación de la necesidad de construir la verdad". En la pág. 71 explica que "El sistema de garantías funciona sobre la base del binomio "verificable - verificación". Por eso, por un lado se fijan condiciones rigurosas acerca de los verificable, es decir, de aquello "sobre lo que es insoslayable

decir verdad”, aumentando los requisitos que se deben verificar (por ejemplo, que lo punible sea una acción legalmente prevista, descrita exhaustivamente, atribuible a un apersona responsable de ella, lesiva de terceros, etc.) y por el otro estableciendo requisitos que generen condiciones rigurosas para la verificación. El momento central de la verificación es el juicio, con sus características provenientes no sólo de las exigencias legales o principios políticos, sino de su anclaje en la estructura del conflicto. De allí que nacen las líneas troncales de las garantías procesales” (Binder, 2000: 55-56).

Sentado lo expuesto, llegó el momento de reseñar los caracteres que puede asumir el órgano acusador del procedimiento.

En su libro Maier (2003) efectúa una descripción teórica de dicho sujeto procesal, denotando los avances del sistema acusatorio sobre el inquisitivo:

“Abandonada la idea de la Inquisición histórica, en el sentido de un proceso penal gobernado sólo por la representación de una encuesta de un órgano estatal, y por tanto sin las garantías que proporciona en él un Estado de derecho, resta todavía una elección: o bien nos pronunciamos por un procedimiento acusatorio en sentido propio, esto es, en sentido material, por un *proceso acusatorio privado*, dominado por la actividad de los particulares, el ofendido (*acusación privada*) o los ciudadanos en general (*acusación popular*), con eliminación del acusador o actor estatal de la base de nuestras preocupaciones, según sucede, en principio, en Inglaterra, dónde, básicamente, se conserva el sistema de acusación popular y privada, o bien nos pronunciamos, básicamente, por un *procedimiento oficial*, conservador de la máxima inquisitiva fundamental, la persecución penal en manos del Estado, y, por ende, dominado por la idea de *acusador público o estatal*, representado por la organización del ministerio público penal, la fiscalía, que asume, frente a los jueces -también funcionarios estatales, el papel formal de *actor penal*. Esta idea que consiste en separar funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del imputado -tornar posible la defensa del imputado de frente a una acusación formal de un acusador visible, también representante del Estado, como los jueces, pero distinto de quienes lo juzgarán-, tiene por fin, por lo demás, preservar la nota de *imparcialidad* de los jueces del caso en ese tipo de procedimiento oficial, quienes de este modo no necesitan juzgar como cierta o incierta.” En la pág. 322 expone que el *principio de legalidad* implica que “la tarea de los órganos estatales que intervienen en el procedimiento esté presidida por las mismas reglas y que, cuando se separa formalmente a aquellos funcionarios públicos cuya tarea fundamental es perseguir penalmente (*los fiscales*), de aquellos cuya tarea básica es decidir (*los jueces*), la persecución penal (*acción penal*) (...) se exprese gobernada por la necesidad (obligatoriedad) de su ejercicio frente a hipótesis de comisión de un delito de acción pública, que no puede hacerse cesar por la voluntad del funcionario persecutor (*irretractabilidad*) hasta conseguir la decisión judicial” del mismo modo que conduce “a la necesidad de fundar sus dictámenes y la actividad de la fiscalía en criterios objetivos respecto de la construcción de la verdad acerca del objeto procesal proceso” e ilustra al principio de objetividad como aquel “que rige no sólo la actividad de los jueces, sino, también, la tarea del ministerio público, entre nosotros. Tal afirmación implica, necesariamente, el rechazo a todo a idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política -no contenido en la ley- como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión; y tal implicación desemboca, precisamente, en la advertencia de que la construcción de la verdad por los jueces, para fundar sus decisiones, es gobernada por las mismas reglas que rigen para la fiscalía. De allí a sostener, por esta misma razón, que la fiscalía no cumple la función material de una parte del procedimiento, sino que antes bien, sólo formalmente está puesto en esa condición, para facilitar la defensa del imputado, que, por ello, el proceso penal no es un proceso de partes, a semejanza de otros procedimientos judiciales, y, por fin, que la fiscalía no cumple el papel material de un acusador, no hay ni siquiera un trecho: tales afirmaciones representan sólo un desarrollo del principio (Maier, 2003: 317-318 y 322-323).

Al ocuparse de los modelos teóricos de proceso Ferrajoli (1997: 604-605 y 610-611), bajo el título “*El juicio. Cuándo y Cómo Juzgar*” critica, desde la forma de construcción de la verdad, los elementos que componen un sistema inquisitivo y enaltece las bondades del acusatorio. El primero secreto, escrito, con ausencia de contradicción y de defensa, con un carácter monista y monologante de la actividad



procesal, gesta una verdad única, absoluta o sustancial sin admisión de puntos de vista contrastantes (*dictum* de un solo sujeto/relación vertical inquisidor-inquirido). El segundo, trazado por una investigación empírica a través del método de ensayo y error que admite el libre desarrollo del conflicto entre las partes del proceso, con amplio desarrollo de las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y refutación, con la carga probatoria a cargo del acusador para desvirtuar la presunción de inocencia (contienda entre varios sujetos/ relación triangular entre dos partes y un tercero *super partes*). En la pág. 604 expone en punto al segundo sistema que: “concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadores del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”. Con absoluta claridad explica en la pág. 613, bajo el rótulo “*El derecho de defensa y el contradictorio*”:

“(…) el desplazamiento de la carga de la prueba sobre la acusación comporta, lógicamente, el *derecho de defensa* para el imputado (…):. Sostiene que la condición epistemológica de la prueba descansa sobre tal garantía:

“(…) la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas. La *defensa*, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes. La epistemología falsacionista que está en la base de todo método no permite juicios potestativos sino que requiere, como tutela de la presunción de inocencia, un procedimiento de investigación basado en el conflicto, aunque sea regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas. Esta concepción del proceso como contienda o controversia se remonta (...) al paradigma de la *disputatio*, elaborado, por la tradición retórica clásica y recibido, a través de la experiencia inglesa, en el proceso acusatorio moderno. Y expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica -además de la fecundidad lógica- de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado. Continúa diciendo en la pág. 614 que “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa está dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos. La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público (...) ‘en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades’, es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición del imputado” (Ferrajoli, 1997:613)

Asimismo y para proteger las garantías que llama primarias entiende necesarias un segundo grupo de garantías -instrumentales o secundarias “garantías de garantías”: la publicidad y la oralidad del juicio, la legalidad o ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones.

También Guzmán (2008) reclama un fiscal con autocrítica:

“El principio de objetividad del fiscal, entonces, en su dimensión epistemológica, no puede significar más que esto: una actitud -que debe verse reflejada en la actividad procesal del fiscal- de permanente autocrítica ante sus propias hipótesis, y de apertura respecto de las vías (léase hipótesis) alternativas que eventualmente proponga el imputado y de las pruebas que, en confirmación de aquéllas, aquél sugiera. Por lo tanto, este principio exige del órgano de persecución penal un verdadero esfuerzo, pues conlleva la duda como método y una disposición a admitir eventuales errores, que le serán marcados por su “contraparte” en el proceso (el imputado), cada vez que le sugiera que

indague nuevas hipótesis y que produzca determinadas pruebas pues sabido es que difícilmente un investigador decida emprender otros caminos distintos a los trazados en el inicio de su investigación”, a lo que debo sumar que más difícil será reconocer un yerro, una interpretación incorrecta, cuando en un juicio anterior a través de dichas actividades obtuvo nada más ni nada menos que una condena privativa de la libertad -y de la máxima magnitud posible-. (Guzmán, 2008:224).

En la pág. 226 efectúa una cita muy ilustrativa invocando la frase de Francesco Carnelutti (1) que dice: “Cuando más fuertemente se agita la duda, mayor es la probabilidad de poder conseguir la verdad. A este fin ayuda, y hasta es necesario, que la duda se concrete en un duelo.” (Guzmán, 2008:226)

A su vez Bertolino (2008) postula un fiscal permeable a la igualdad de armas, para ello recurre a la obra de Kai Ambos (2):

“Sobre este particular ha señalado Kai Ambos que, según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte. Pues bien, ante la existencia, en la fase preparatoria, de una cierta desigualdad motivada por la “discrecionalidad” del Ministerio Público Fiscal, concomitante a la llamada “investigación integral”, nos parece que el criterio “objetividad” vendrá a contribuir -si no derechamente a configurar- una suerte de necesaria compensación respecto a aquella innegable desigualdad en las situaciones y posiciones jurídicas del acusador y del acusado. En cuanto a la fase de juicio se refiere, habrá también que vincular “objetividad” con “hechos”, y en esta relación ver, aunque sólo lo decimos a título de ejemplo, cómo funciona en la realidad de esta etapa el derecho del imputado al control de la prueba” y una actuación leal (págs. 49/50) “También se puede verificar la existencia de un “deber” para el fiscal de obrar con “lealtad” (...) confrontados “lealtad” y “objetividad”, se impone, sin más, una clara *complementariedad* entre ellos. En efecto, existe entre ambos un terreno común, el de los hechos: el fiscal deberá tratar los hechos “de la causa” de manera objetiva, es decir, deberá atenerse al objeto y dejar a un lado su manera subjetiva de pensar; en definitiva se le está exigiendo una actuación leal, siempre en dirección al “objeto de la controversia”. Justamente en el terreno genérico de la “lealtad” corresponde, a nuestro juicio, situar la cuestión específica referida al ocultamiento de prueba a la defensa por parte del fiscal, tal como lo contemplan expresamente algunos ordenamientos procesales penales argentinos.” (Bertolino, 2008: 50-51).

De incalculable valor son las palabras vertidas por Ferrajoli (1997) sobre el juicio de verdad:

“A diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la jurisdiccional, en el estado de derecho, es una actividad no sólo práctica o prescriptiva, sino además teórica; o mejor aún, es una actividad prescriptiva que tienen por necesaria justificación una motivación total o parcialmente cognoscitiva” (...) Verificabilidad y verificación de las motivaciones (...) son por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. Y valen como tales para garantizar ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias (...). Una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones, convenciones y momentos de decisión, no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la verdad. (...) El principio de autoridad, aunque la autoridad sea “democrática” y expresión de la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca criterio de verdad (...) el ejercicio del poder judicial, tanto en sus funciones de enjuiciamiento como en las de acusación, incide sobre las libertades del ciudadano como individuo. Y para el individuo el hecho de que tal poder sea ejercido por la mayoría no representa en sí mismo ninguna garantía: “cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente”, escribe Tocqueville, “me importa poco saber quien me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten” (...) la verdad del juicio y la libertad

(1) Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Buenos Aires, 1999, p. 100.

(2) Véase Kai Ambos. *Principios del proceso penal europeo*, Bogotá, 2005, p. 55.

del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder; la *verdad*, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero (...)” (Ferrajoli, 1997: 542-546).

A renglón seguido de recalcar la necesidad de un juicio regular, expone:

“(...) el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación (tesis T63)- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. (...) Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. (...) Es ésta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre *libertad* y *seguridad* de los ciudadanos: “la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad” y “dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas”, de modo que “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad”. En consecuencia -si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias -la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de *defensa social*; es esa “seguridad” específica que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.” (Ferrajoli, 1997: 549).

Sentado el marco teórico aludido, y todas sus derivaciones ideales, es necesario traer a colación el costado práctico del tema exhibido por Maier (2003: 373-376) cuando reconstruye las facciones reales de la etapa de debate en el proceso argentino, al que denomina “procedimiento inquisitivo reformado” con la asistencia perfecta de tintes inquisitivos: jueces que incorporan prueba de oficio, que ejercen el poder de dirección y disciplina en la audiencia, que interrogan al imputado y a los órganos de prueba.

Observaciones que también formula Ferrajoli (1997) cuando critica a los procesos inquisitivos y a los mixtos, diciendo de éste último que dada la yuxtaposición de una instrucción inquisitiva y un juicio acusatorio se trata de un “monstruo”, señalando a su vez que no es menos monstruo el proceso anglosajón fruto de:

“(...) una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Porque en efecto es completamente absurda la figura de un acusador público -poco importa que sea electivo- no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente que infracciones penales sean merecedoras de persecución (...) siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito (...)” Ferrajoli (1997: 569-570).

Por la misma senda Cafferata Nores (1998) escribe:

“El paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” de enjuiciamiento penal, preponderantemente en argentina, no es respetuoso de la Constitución Nacional, sobre todos después de la incorporación a ella, y a su mismo nivel, de los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, CN) que han dejado fuera del campo de la interpretación jurídica muchos aspectos del proceso penal (v.gr., la oralidad y publicidad del juicio) para transformarlos en texto expreso e *indiscutible*. Este nuevo (y viejo) modelo diseña al proceso como un instrumento imprescindible e insustituible para la aplicación, exenta de arbitrariedad, de una sanción penal (...) Y también establece que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la de juzgar y punir y pone a cada una a cargo de órganos públicos diferenciados y autónomos entre sí; entiende que la función de juzgar no puede, sin grave riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de partes, asumir atribu-

ciones de persecución; e impone que la verdad procesal debe procurarse a través de la contradicción entre los intereses opuestos que se enfrentan en el proceso (...)” (Cafferata Nores, 1998: 13).

Teniendo en cuenta aquellas observaciones prácticas, el cometido de mi trabajo parece tambalear, ya que la pregunta que no tarda en llegar es la siguiente: Si el fiscal en el debate es un espectador igual que el imputado y el protagonismo lo tiene el tribunal ¿que sentido tiene tratar de dotar de transparencia la actuación del fiscal si ésta no resulta decisiva para el resultado del juicio?

En defensa de mi empresa tengo dos argumentos, el primero, de impacto liminar, relativo a que una deformación práctica no puede resultar hábil para justificar una trasgresión al debido proceso, y el otro, que se entronca en la forma de trabajo de los Tribunales Orales 1 y 2 del departamento judicial de La Plata, orientado en la idea de erradicar las prácticas de estilo inquisitivo (por ejemplo: imposibilidad de incorporación por lectura de testimonios no judicializados, imposibilidad de incorporación por lectura de testimonios judicializados sin notificación a la defensa, abstención del tribunal de suplir o mejorar la prueba ofrecida por la defensa y la fiscalía, imposibilidad de producción en el curso del debate de prueba ya conocida en la instrucción pero no ofrecida como prueba -388-, imposibilidad de ampliación de la pretensión fiscal por hechos conocidos en la etapa instructoria que integren el delito continuado o representen circunstancias agravantes -art. 381-, limitación de la capacidad de pregunta del órgano judicial restringida a la formulación de preguntas aclaratorias -art. 384 y 389-, pedido fiscal como límite a la actividad sancionatoria del juez -calificación, hechos y pena-.

Dicho lo anterior, pienso que la posición que intento desarrollar debería ser transitada con naturalidad y sin mayor grado de complejidad que el que implica el “apartarse” del camino del proceso en aras a un juicio justo. El fiscal voraz de la literatura jurídica norteamericana, cuyo perfil luce nítidamente retratado en la nota 55 del trabajo de Guzmán (2008) no puede tener lugar en nuestro proceso:

“Se sostiene que, generalmente, “la ‘tasa de condenas’ constituirá la unidad de medida de la eficacia de una oficina fiscal, y aquellos que contribuyan al incremento de esa tasa serán quienes progresarán” (cfr. BANDES, ob. cit., p. 484; también MEDWED, Daniel, *The Zeal Deal: Prosecutorial Resistance to Post-Conviction Claims of Innocence*, en *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, p. 138). El hecho de que el “prestigio” o la “eficacia” del fiscal suela ser medido en estos términos no es para nada un problema menor en este asunto. Es que, pensado en términos psicológicos, dicha circunstancia seguramente estará siempre, y en todos los casos, en la mente del fiscal cuando desarrolla su investigación y expone sus conclusiones. Cómo no recordar, en este punto, las palabras con que William de Baskerville le explica a su discípulo Adso la incidencia de ese factor en el modo de proceder del inquisidor Bernardo Gui: “...a Bernardo no le interesa descubrir a los culpables, sino quemar a los acusados” (ECO, Umberto, *El Nombre de la Rosa*, Buenos Aires, 2006, p. 459) (...)” (Guzmán 2008: 222).

Explica Maier (2003:348-349) que el fiscal estadounidense sólo esta obligado a observar reglas de lealtad y buena fe para con el adversario en el litigio (fair play).

Así deviene ideal la cita que realiza Alfaro (2008:372) de Carnelutti diciendo “el proceso no se hace para penar, sino para saber si se debe penar”.

### 2.3) *Mantiene al imputado en el eje central del proceso (Beneficio 3)*

En las líneas siguientes, invito a la imaginación a adentrarse en una parodia dividida en dos tramos o partes.

*Primera parte:* Representada por un procesado, detenido, que tiene fecha próxima de debate, y conoce las herramientas que dentro del maletín jurídico llevará a la cita junto a su abogado defensor.

#### *Posee precedentes de importancia:*

a-Conoce las conquistas del Fallo Llerena L.486 XXXVI 2005.

(conquista 1): reconocimiento como una grave restricción al debido proceso a la falta de neutralidad del juzgador -C.5° y 6°-, (conquista 2): protección ante un vicio objetivo de del procedimiento

ajeno a las cualidades subjetivas o personales del juez - C.10º y 12º-, (conquista 3): justificación del apartamiento por actos con tendencia de avance del proceso contra el imputado -C. 12º y C. 23-, (conquista 4): preservación de la confianza de los ciudadanos y sobre todo del imputado en la administración de justicia como pilar del sistema democrático, alejando la figura de un juez enemigo -C. 13º y 24º - C. 18º Dr. Petracchi- y (conquista 6): reconocimiento objetivo de la dificultad de dejar al descubierto el error propio, sin perjuicio de la efectiva capacidad moral del juez de reponerse a sus propios yerros -C. 39º del voto indicado-.

b- También conoce la doctrina del caso de la CSJN, 8/4/2008, Lamas Pablo Fernando s/ Homicidio agravado -recusación- causa 2370”, L. 117.XLIIII 2008: “La sentencia condenatoria dictada en un juicio respecto de los computados de un procesado rebelde (o habido con posterioridad) implica tener por válidas y probadas una serie de afirmaciones fácticas, y puede invocarse como violación al debido proceso y como una condición adversa para el correcto ejercicio del derecho de defensa”.- Considerandos 3º y 6º-.

c- Del mismo modo, sabe los lineamientos fijados por la sentencia de la CIDH, 2/7/2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, Serie C n° 107 “En relación al proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” -Consideración n° 147-.

d- Posee el Fallo de la CNCP, Sala I, 20-12-2005, Cho Joon Hee s/rec. de casación (c.6449), reg. 8408

“(…) la ley fundamental al igual que lo hacen la ley orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal de la Nación ha encomendado a los representantes del Ministerio Público Fiscal como función esencial, no sólo la de excitar la actuación del órgano jurisdiccional del Estado sino también la de velar ya que ello necesariamente incumbe a los ‘intereses generales de la sociedad’ para que el proceso penal por él instado se desarrolle en un marco de respeto a las normas que lo regulan. De ello se sigue que más allá de su posición de parte en sentido formal, por cierto en el expediente judicial, en escalón más elevado aún, se encuentra la de garante de la legalidad del proceso (...) En realidad, si bien es cierto que el fiscal resulta la contraparte formal del imputado, esa posición que adquiere en el marco del proceso no lo releva sobre todo cuando el acto cuya validez constitucional se discute en autos se emparenta más con la defensa que con la misión acusatoria de una actuación conforme a la ley, circunstancia que, a nuestro modo de ver, implica, en cuanto a esa actuación se refiere, la de conducirse con imparcialidad. (...) los elementos característicos de la previsión de imparcialidad (“falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas... o (el) proceder con rectitud” conf. Manuel Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Ed. Heliasta, Brasil, 2001, p. 491 )”, se encuentran indemnes al tiempo de haberse tomado la declaración indagatoria de los imputados (...) ello no puede ser de otra manera, toda vez que como se apuntó si bien al tribunal no se le escapa que el fiscal en virtud del desdoblamiento de las funciones estatales de acusar y juzgar enfrenta los intereses del acusado, lo cierto es que la puja existente entre ambos sujetos procesales siempre deberá llevarse a cabo, pues así lo ordena la Constitución Nacional, en el ámbito de la legalidad y teniendo como norte el hallazgo de la verdad material. Muestra de esto último son los derechos que le asisten y la obligación en que se halla el fiscal de solicitar, cuando corresponda, la desestimación de la denuncia, el sobreseimiento o la absolución del imputado, y hasta de recurrir en su favor.”

e- Sabe que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la garantía constitucional de la igualdad importa: 1) que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y, 2) que las distinciones establecidas por el legislador entre supuestos que

estime distintos no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de diferenciación aunque el fundamento sea opinable (CSJN Fallos 270: 374; 274:334; 277:358; 3012:1094 y 1186).

*Lleva respaldo normativo:*

a-. Artículos 18 y 120 de la Constitución Nacional; 8.1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 inc. g) y h) de la Ley n° 24.946, Ley Orgánica del Ministerio Público. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23 de marzo de 1998.

b- Directrices sobre la Función de los Fiscales Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba 27/8 a 7/9/1990), dictadas sobre las siguientes consideraciones: “Considerando que los pueblos del mundo afirman en la Carta de las Naciones Unidas, entre otras cosas, su resolución de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia, y proclaman como uno de sus propósitos la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. Considerando que en muchos casos la realidad todavía no corresponde a los ideales en que se fundan esos principios, Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad”. El 11 reza: “Los fiscales desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público”, el 12 “Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal” y el 13 “En cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales: (...) inc) b) Protegerán el interés público, actuarán con objetividad, tendrán debidamente en cuenta la situación del sospechoso y de la víctima, y prestarán atención a todas las circunstancias pertinentes, prescindiendo de que sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso”.

*Cuenta con apoyo doctrinario de importancia:*

Que le ha enseñado que en el modelo de enjuiciamiento de corte continental la presencia de la figura del fiscal en el proceso, se justifica ante la necesidad de imponer un legítimo contradictor al imputado para que este pueda ejercer su derecho de defensa en juicio; colocando al órgano judicial en un lugar neutral. Entonces sabe que conforme a la génesis del acusador público, el derecho de defensa en juicio sería la vertiente del principio de objetividad y que el fiscal será un digno oponente: no le ocultará prueba, le permitirá un contradictorio serio, no será una máquina programada para acusar.

Se ha interiorizado sobre el sistema argentino y cree que la intervención del fiscal, a diferencia del acusador norteamericano, no va a medirse en términos de eficacia (tasa de condenas) o a través de la vara del prestigio profesional del que ocupa el rol, sino en torno a la producción de un juicio justo.

Por todo ello está convencido, que va a poder refutar en el juicio. A dicha capacidad de refutación, de lucha por colocarse en una situación que le resulte más favorable, no la equipara a la necesidad de que su contradictor sea neutral, ya que ello resultaría una falacia, ello porque sabe que arribó al debate como consecuencia de una hipótesis de trabajo fiscal claramente descripta (conforme lo manda el art. 347 del C.P.N.) y también conoce que el fiscal de juicio intentará mantenerla. Pero sin perjuicio de ello, conserva incólume, en su haber, todas las herramientas de defensa, y de la más alta tecnología acorde con las exigencias internacionales. Hablando en sentido corriente, pretende tener

la posibilidad de ofrecer pelea, y sabe que podrá recibir uno o mil golpes, pero todos ellos tienen el límite inherente a la buena práctica -sin golpes sucios, ni trampas-.

*Segunda parte:* Este tramo final transcurre el mismo día del juicio oral. En el estrado están sentados 3 jueces imparciales (en un todo de acuerdo a lo que posee en su haber identificado como punto 1); pero frente a él está ubicado como su “legítimo contradictor” el mismo fiscal de juicio que actuó en el debate de sus coimputados en el que contestó en forma negativa el bagaje de nulidades planteadas antes de la apertura del debate (sobre temas delicados que poseen controversias judiciales y doctrinarias: testigos de identidad reservada, declaraciones excluidas por el vínculo, indagatoria sin defensa técnica del coimputado que confesó el hecho y aportó en forma minuciosa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho e individualizó a quienes participaron en su ejecución ilustrando los roles efectivos desarrollados por cada uno de los 6 coimputados), en el que miró la prueba con los ojos de la inmediación (espontaneidad), en el que movió dicha prueba al ritmo del contradictorio (preguntó y repreguntó), en el que valoró el plexo probatorio de acuerdo a la sana crítica y con el grado de certeza propio del debate -certeza absoluta- y consignó su “verdad” llevando adelante una hipótesis acusatoria que resistió todos los embates de las defensas (sometió su hipótesis de trabajo a la máxima refutación posible, que no puede ser otra que la que auspicia el marco del juicio oral) y en el que pidió para todos los coimputados la máxima sanción

Entonces con esa hipótesis acusatoria testeada, defendida, refutada sin éxito y que derivó en la máxima condena posible (reclusión perpetua) todas las bondades que pensaba que lo acompañaban al debate comienzan a evaporarse y siente que ha recibido un golpe mortal:

a) Piensa que está indefenso, no porque no tenga defensor de confianza (imaginemos que cuenta con el mejor defensor oficial o con el abogado de la matrícula más costoso en orden a su sapiencia) sino porque no duda en que habrán de fracasar todos sus intentos defensivos. Entiende que su juicio se hace para penar no para saber si se debe penar.

b) Vaticina una imposibilidad de cambio de tesitura o ejercicio de autocrítica, ya que de variar su opinión, estaría dejando al descubierto un error en el juicio de los coimputados ya “presos con prisión perpetua”.

c) Ve como se cierran en forma hermética las fisuras del edificio acusatorio que podrían dar paso a la duda. No hay duelo posible en términos de Francesco Carnelutti. Siente que el principio de inocencia fue fusilado por la espalda, sin siquiera haber podido empuñar el arma de la duda; y que la igualdad de armas era tan sólo una utopía.

d) Toma como letra muerta al inc. b) del art. 13 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, en el entendimiento de que la intervención del fiscal le reportará una desventaja.

e) Da por perdida toda posibilidad de construcción, como resultado del juicio, de una hipótesis de verdad distinta a la del juicio anterior, relegando a un nivel simbólico toda posibilidad de refutación.

f) Desde el prisma de la igualdad le cuesta encontrar razones concretas -no argumentaciones dogmáticas abstractas- para afirmar que puede afrontar su juicio en un pie de igualdad con los otros 6 coimputados.

No cree bajo ningún concepto que el cambio de composición del órgano encargado de juzgarlo -para garantizarle un Tribunal Imparcial- le asegure un juicio digno en lo que hace a sus posibilidades de defensa -reniega de los arts. 18 y 120 de la C.N.-.

Y yo me pregunto ¿Con tamaña actuación sobre sus espaldas, acaso puede sostenerse, sensatamente, que dicho fiscal de juicio se encuentra en posición de ser “objetivo” (olvidándonos incluso, por un momento, de las limitaciones naturales que existen para ello)?

### 3. Conclusión

En consonancia con la problemática que fue abordada entiendo que el alcance de la “objetividad” debe modelarse a la luz de un desempeño fiscal que preserve los logros del sistema acusatorio.

Y es en tal camino que sostengo que las formas procesales, regladas en normas o elaboradas sobre la base de las mejores prácticas, no sólo dotan de organización al proceso sino que hacen visible aquel caso que, por no encastrar perfectamente en el formato premoldeado, amerita una solución diferencial acorde a principios de orden superior.

Cada trámite del juicio, además de respetar la forma estipulada en el código de rito debería hallarse encaminado a proveer justicia: planteos de parte intermedia, planteos de juicio, producción de la prueba, refutación, apertura a la revisión, ataque de la hipótesis acusatoria anunciada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, posibilidad de la defensa de amplio despliegue de estrategias (sobre la materialidad ilícita, la responsabilidad de su defendido y la determinación del monto de pena dentro de la escala penal).

En tal dirección el fiscal debe asegurar la mejor y más eficaz actuación de la defensa en juicio en pos de la verificabilidad de lo verificable en un juicio oral que permita un cuestionamiento serio y real de la hipótesis acusatoria.

Asimismo agrego que la participación en el juicio de sus intervinientes, además de permitir una lectura teórica del sistema al que adscribe, debe dejarnos ver algo más y no es otra cosa que el “caso concreto”.

Así resultan sabias las palabras de Jiménez de Asúa (1972), cuando afirma:

“(…) es obvio que el penalista tiene que reconocer la realidad social de la que el derecho nace, y que los penalistas tienen forzosamente que construir una sólida pasarela entre el mundo abstracto del *delito como concepto* y el mundo natural y dinámico del *delito como fenómeno*. Esto es lo que hoy es valedero en el pensamiento de Von Liszt y lo que en nuestros días se reconoce en Alemania por Wurttemberg, en Italia por Nuvolone y Vassalli, y en Francia por Jacques Bernard Herzog....El juez penal tiene ante sí al “hombre vivo y efectivo”, como dijo Carlos David Augusto Roeder cuando escribió en 1867 sus *Teorías fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*. El que juzga deberá comprobar ante todo el tipo delictivo perpetrado (derecho procesal penal); desentrañarlo en cuidadosa investigación dogmática, e imponer una pena adecuada (derecho penal). Para todo ello deberá referirse al *hombre* que realizó la acción típicamente antijurídica y culpable; es a él a quien ha de imponerse la sanción comprobada su culpabilidad; a un hombre de carne y sangre es a quien ha de adecuarse la pena, rebajarla o agravarla según su “caracterología”, e incluso eximirle de ella si fue inimputable por enfermedad o inconsciencia o bien si su conducta estuvo justificada...”; del mismo modo que lo son las de Bertolino (2008:45/46) cuando de la mano de Wemer Goldschmidt realiza una “materialización personal del fiscal “...Dentro de su rica y omnicompreensiva visión del mundo jurídico, Wemer Goldschmidt pudo mostrar que las normas del Derecho producen materializaciones, entendidas estas últimas como “las cosas y personas que pueblan el mundo jurídico en específica configuración normativa”. Pues bien, haciendo nuestro tal marco de referencia, resulta dable ver que las normas en juego de las que nos hemos ocupado antes, en el campo de las materializaciones personales, en definitiva producen, en nuestro caso, básicamente, *un determinado tipo de funcionario*; pero no ya el genérico y abstracto Ministerio Público Fiscal -éste es el lenguaje más corriente de las normas legales- sino alguien más específico y concreto: el *fiscal*, tomado como persona de carne y hueso. Justamente, a este preciso y real sujeto procesal encarnado va dirigida la exigencia de actuar con “objetividad”, respecto a algo o a alguien y más allá de las textualizaciones normativas corrientes aludidas, tanto las vigentes como las proyectadas.” (Jiménez de Asúa, 1972: 15-16).

De acuerdo a todo lo expuesto creo que la letra del dictamen se asienta en el ejercicio de un rol dentro de un marco teórico, pero pensando en las limitaciones inherentes a una buena administración



de justicia que el “hombre” real puede percibir en el caso concreto (tanto de quien se ubica del lado de la acusación como de quien la resiste), y de acuerdo al primer párrafo de este acápite, “modela la figura de un fiscal que preserva los logros del sistema acusatorio.”

#### 4. Bibliografía

ALFARO, Vanesa S. “El criterio de objetividad como exigencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-2, 361-385.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

BERTOLINO, Pedro J. “Un bosquejo del ‘criterio objetivo’ en la actividad del Ministerio Público Fiscal”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-1, 43-57.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2000.

CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

COPI, Irving M. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962.

GUZMÁN, Nicolás. “La objetividad del fiscal (o el espíritu de autocrítica). Con la mirada puesta en una futura reforma”, EN: Revista de derecho procesal penal. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal – III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008-2, 203-247.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Nuevo pensamiento penal”, EN: *Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires: Astrea, 1972.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, t. II.