

LOS SISTEMAS ACUSATORIOS

○ Javier Augusto De Luca*
Francisco Figueroa**

* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal. Presidente del grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Autor de diversos libros y artículos doctrinarios.

** Profesor adjunto (interino) de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar fiscal ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional. Tesorero del grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y de la Fundación Internacional de Ciencias Penales. Autor de diversos artículos doctrinarios.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Sistema acusatorio**

Adversarial system

○ **Verdad**

Truth

○ **Principios**

Principles

○ **Roles**

Roles

Resumen. En el presente artículo se buscan resaltar las diferencias sustanciales entre los sistemas preponderantemente inquisitivos y los de inclinación hacia el acusatorio. Al mismo tiempo reflexionamos sobre algunos aspectos a tener en consideración al momento de diseñar un procedimiento penal y organizar los órganos encargados de administrar justicia.

Abstract. The present paper emphasizes on the substantial differences between inquisitorial-like systems and the adversarial ones. At the same time, it is made as a reflection about some issues that have to be considered when a criminal procedure is planned and when it becomes necessary to reorganize the law enforcement agencies.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La verdad procesal. III. Principios del sistema acusatorio. IV. El proceso a grandes rasgos. V. Colegio de jueces. VI. Organización del Ministerio Público Fiscal. VII. El nuevo rol de la defensa. VIII. Consideraciones finales. IX. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Existe una tendencia global en adaptar los procesos penales al sistema acusatorio y dejar atrás los resabios de los viejos sistemas inquisitivos, todavía presentes en varios de los sistemas procesales en materia penal.

Recordemos que las primeras manifestaciones del sistema inquisitivo datan de 1484, descritas en el *Malleus Maleficarum* (*Martillo de las Brujas*) que recopiló el sometimiento de la mujer en un manual coherente que constituye el primer discurso criminológico que explica las causas del mal, sus formas de aparición, sus síntomas y los modos de combatirlos. Se trató de algo más que un discurso criminológico, ya que era también un saber o discurso etiológico, de Derecho penal, procesal penal, de política criminal y criminalística (Alagia, *et al.*, 2008: 158).

En el campo del proceso penal las primeras manifestaciones aparecen con las partidas creadas por Alfonso X “El Sabio” (siglo XIII), con base en la adquisición del Derecho romano-canónico. La persecución penal se iniciaba

de oficio y también se admitía la tortura como mecanismo de confesión. El procedimiento era escrito, secreto, los jueces eran los encargados de investigar y acusar. Además, para obtener la confesión del imputado mediante torturas, bastaba con una presunción cierta que condujera a una grave sospecha o con la declaración de un testigo presencial sumado a la mala fama del imputado (Maier, 2004: 300-301).

Las Partidas fueron el principio rector del Derecho procesal penal en la América hispánica y la administración de justicia era un atributo del rey, que lo delegaba en la justicia pero que conservaba la facultad de reasumir la potestad juzgadora. Incluso la jurisdicción penal era de mayor importancia dado que era una muestra de la soberanía que residía en el monarca de manera absoluta e indivisible.

En síntesis, el monarca tenía la función de legislar, gobernar y juzgar (*ibidem*: 329-330). El delito se concebía como una desobediencia e infracción a la autoridad del rey (Binder, 2013: 263 y ss).

Las primeras críticas fuertes al sistema procesal penal inquisitivo provinieron de voces como la del marqués de Beccaria con base en la concepción ilustrada del contrato social y dieron lugar a un profundo debate que produjo grandes cambios en los procesos penales (Beccaria, 2004: 47-121).

Sostenía que el soberano representaba a la sociedad y era quien formaba las leyes generales que obligan a todos los miembros, de modo que no podía, además, juzgar si uno de los miembros

había violado (o no) el contrato social, ya que ello implicaría que se dividiera el proceso en dos partes: una que afirmaba la violación (el soberano) y otra que la negaba (el imputado). Por tanto resultaba imprescindible contar con un tercero que juzgase sobre la verdad de los hechos: un magistrado (*idem*).

En aquel entonces los inquisidores no eran sólo jueces, sino todos aquellos operadores de una gran agencia punitiva que decidía sobre la vida y la muerte de las personas. El proceso inquisitivo y la tortura fueron formas de poder punitivo ejercido por todo el poder político, que arrojó la facultad de decidir el dejar vivir o matar; por eso se castigaba el suicidio (Alagia, *op. cit.*, 158).

En el sistema inquisitivo el conflicto dejó de ser una lesión a la víctima, el ofendido, sino que esa situación recayó sobre el soberano. Es decir, se pasó a considerar al accionar contrario a la ley como un delito contra el soberano. Luego se subjetivó aún más para resultar la enemistad con el soberano como una traición (*ibidem*, p. 235-236).

El rey o el soberano delegaba esa función de control en funcionarios de su confianza pero se reservaba el poder último para determinar si la persona que contravino la ley se podía considerar su enemigo o su traidor. La persona ofendida no tenía ningún tipo de participación en el proceso.

El proceso inquisitorio era la expresión máxima de la expropiación (confiscación) del conflicto, tendía a averiguar si el imputado era enemigo del rey y la confesión era la confirmación de lo averiguado; la pena era la neutralización

de esa enemistad con el soberano y la imposición de la disciplina del terror (*ibidem*, p. 236).

Existieron dos formas de conocer la verdad durante la inquisición (*ibidem*: 262). En ambos casos, como en todo proceso inquisitorial, se parte de la premisa de que el compromiso del juez con la verdad es su búsqueda (como motor de búsqueda) de la verdad histórica, por lo que el juez impulsa el caso, gestiona intereses asociados con los “intereses de la sociedad” (Binder, 2012, p. 222).

La primera consistía en las pruebas de Dios (lucha) donde se enfrentaban a las dos partes y el que ganaba decía la verdad, ya que Dios estaba de su lado.

En cambio, la otra forma consistía en la interrogación, donde el imputado era sometido a torturas para que dijera la verdad, lo que solía finalizar con la confesión del hecho, y por tanto, con la agonía del acusado. Con ello se lograba arribar a la verdad real o histórica, finalidad del sistema inquisitivo.

Otra forma de manifestación de la inquisición es la selección del sistema penal con base en las características personales del autor del hecho delictivo (Derecho penal de autor), circunstancia que funda una condena por una presunción *in dubio contra reo*.

Como síntesis podemos decir que las notas distintivas del sistema inquisitivo serían: a) El imputado debía probar que era inocente, se invertía la premisa del estado de inocencia, es decir, era culpable hasta que una sentencia firme demostrara lo contrario. b) El encargado de investigar la verdad del suceso y decir si era culpable o no era el mismo

funcionario (juez, soberano o similar). c) El conflicto no era entre acusado y víctima (ofendido), sino que aquello era confiscado o expropiado y el verdadero damnificado era el Estado porque se infringió una ley. d) Se buscaba la verdad real o histórica (Figueroa, 2011).

II. LA VERDAD PROCESAL

Para abordar este tema lo primero que debemos preguntarnos es si existe una verdad única; la respuesta a este interrogante dependerá de si nos basamos en la verdad histórica o si se trata de reconstruir un suceso para llegar a la verdad de lo ocurrido, donde será posible encontrar tantas verdades como testigos hayan presenciado el hecho, o peritos o expertos lo analicen, o magistrados lo valoren. Percibimos los hechos y los internalizamos o subjetivizamos, y en ese proceso intervienen distintos factores (posición en que se encontraba el observador, estado de ánimo o emocional, lo que hacía en ese momento, nivel cultural, forma de expresarse, restricciones físico-sensoriales, forma en que le impactó el suceso, si lo observó o sufrió, entre muchos otros) que llevan a que seguramente dos personas no coincidan totalmente al describir lo que ocurrió (Fontanet Maldonado, 2010, p. 268-270; Sichiavo, 2015, p. 54-63).

En ese orden de ideas, Ferrajoli (2009) distingue entre verdad material (sustancial) y verdad formal (procesal) y entiende por la primera la verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites

y fronteras legales, que puede ser alcanzada por cualquier medio más allá de las rígidas reglas del proceso; y “al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho” (44-45) que resulta inevitablemente compatible con una concepción autoritaria e irracional del proceso penal.

En cambio, la verdad procesal como fundamento de una condena implica el respeto a las reglas precisas y relativas solo a hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. No pretende ser la verdad y tampoco es obtenible mediante indagaciones ajenas al objeto procesal (propias de los sistemas inquisitivos), sino que está condicionada por las reglas procedimentales y el respeto a las garantías de defensa. Es una verdad más controlada en cuanto al método utilizado para su adquisición y, a la vez, más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier otra hipotética verdad sustancial.

Más allá de los problemas sobre la verdad de los que se ocupan la filosofía, la comunicación social, la lingüística, la sociología, la antropología, la psicología, el Derecho, etc. (De Luca, 2012, p. 19), desde un saber mundano, vulgar, podríamos graficar que el proceso de conocimiento y significado de los hechos en el proceso penal se desarrolla entre taludes normativos, entre corsés o límites que impone el Derecho positivo. El apelativo a un supuesto sentido común se ve totalmente restringido por reglas normativas impuestas desde

antaoño, con miras a la preservación de intereses superiores. La comprobación de esta situación se presenta con claridad a diario en los medios de comunicación, con el fenómeno que ha dado en llamarse “procesos penales paralelos.” La verdad judicial no coincide con la de los medios de comunicación. A quienes critican esta supuesta ingenuidad de los juristas frente a la llamada realidad, se les puede sugerir que tomen nota de cómo las miradas de los hechos tampoco coinciden entre los distintos medios de comunicación (De Luca, 2005, p. 337).

La oposición entre garantismo (Estado de Derecho) y autoritarismo (Estado de policía-inquisición) en el Derecho penal, corresponde a la alternatividad entre cognoscitivismos y decisionismo; entre comprobación y valoración; entre prueba e inquisición; entre razón y voluntad, y entre verdad y potestad (Ferrajoli, 2009, p. 45).

El juicio penal es una combinación de conocimiento (verdad) y de decisión (autoridad), una relación de saber-poder; y aunque en un sistema ideal debería ser mayor el saber y nulo el poder, en la realidad sucede lo inverso (*idem*, p. 46).

El decisionismo pone de manifiesto el despotismo del Derecho penal a través de la arbitrariedad de los jueces y de los criterios subjetivos considerados por ellos para identificar los presupuestos de la pena (*idem*).

En cambio la verdad procesal se ajusta a los límites normativos como condiciones de validez, primero mediante la definición y luego por la

comprobación de la desviación punible, que constituye la tesis jurisdiccional. Esto se trasluce no sólo en garantías de verdad, sino también de libertades y torna inoperante (no fiable) aquel lema que sostenía que el juez es la boca de la ley (Ferrajoli, 2009, p. 46-47; Binder, 2012, p. 225).

La verdad procesal se encuentra integrada por dos proposiciones, una fáctica (de hecho) y otra jurídica (de Derecho), que implican por un lado poder afirmar que una persona cometió culpablemente un suceso y, por el otro, que ese suceso está previsto en la ley penal como delito (*ibidem*, p. 48; *idem*).

Esas proposiciones son predicables como verdaderas o falsas y la conclusión a la que se arribe dependerá de si son verificables o refutables según la investigación empírica. La verdad de los hechos (fáctica) es verificable o refutable a través de la prueba del acontecimiento del suceso y de su imputación a un sujeto determinado; la verdad jurídica (Derecho) es comprobable o rechazable mediante la interpretación del significado de los enunciados normativos que califiquen el hecho como delito (*idem*).

De ello se concluye que la verdad nunca podrá ser absoluta, sino que será relativa en función del estado de conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla. Cuando se sostiene que una o ambas proposiciones mencionadas son verdaderas no se hace más que referir que son plausiblemente verdaderas a raíz de lo que hemos podido saber, es

decir, de los conocimientos confirmados (Ferrajoli, 2009, p. 50).

La verdad objetiva debe ser entendida como una aproximación (acercamiento), que no es más que aseverar que una tesis es verdadera porque resultan más plausibles sus argumentos y son preferibles sobre otros por causa de su mayor poder de explicación (*idem*, con cita de Karl Popper).

Esto es lo que sucede en el juicio adversarial; existen dos explicaciones basadas en la prueba producida que tienden a resultar opuestas (la de la fiscalía y la de la defensa), y el juez al llegar a la resolución del conflicto se inclinará por la versión que le resulte más plausible y que brinde una explicación que integre mayores aspectos probatorios, que confirmen una proposición fáctica y a la vez encuadren en una proposición jurídica; aquí estamos ante una conclusión probable (Ferrajoli, 2009, p. 53).

El juez no debe gestionar los intereses de las partes, sino que debe exigirle la verdad a la parte acusadora (Binder, 2012, pp. 222-223).

Las proposiciones fácticas de las partes serán confirmadas o refutadas mediante la prueba que se ofrezca, que será sometida a un contradictorio entre quien busca confirmar su postura (el que ofrece la evidencia) y su contraparte que busca refutarla; a grandes rasgos esto constituye una teoría de la prueba (Ferrajoli, 2009, p. 118).

III. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

En un proceso penal rigen las garantías de juicio previo; el estado de inocencia (hasta que no exista una sentencia firme que demuestre la culpabilidad); la prohibición de autoincriminación forzada o coaccionada; la garantía de única persecución (*ne bis in idem*); el derecho de defensa en juicio; de ser juzgado por un juez natural, imparcial e independiente; el principio de que en caso duda se esté a la situación más favorable al imputado (*in dubio pro reo*); el doble conforme que conlleva el derecho a recurrir las resoluciones adversas; y el derecho de obtener justicia, un pronunciamiento definitivo, en un plazo razonable.

Sin embargo, la nota distintiva entre un sistema acusatorio y un sistema inquisitivo o inquisitivo reformado o mixto, estará dada por el especial énfasis que se imprima a los principios fundamentales que derivan de las garantías y derechos aludidos.

Una de las principales diferencias es la separación y delimitación definitiva de los roles o funciones que cumple cada actor del proceso: investigar, defender y juzgar.

Esto viene de la idea iluminista ya expuesta de que en el proceso se deberían distinguir dos partes: una que afirma la violación (la fiscalía) y otra que la niega (el imputado y su defensa) y que, por tanto, resulta imprescindible contar con un tercero que juzgue sobre la verdad de los hechos: un magistrado (Beccaria, 2004).

En este sistema los jueces deben tener vedada la posibilidad de llevar a cabo actos propios de la investigación; tampoco podrán formular preguntas a los testigos y deberán limitarse a resolver las controversias entre las partes, en caso de que existan, pues a veces no las hay y una intervención del juzgador significará una intromisión indebida (De Luca, *et al.*, 2015; Fontanet Maldonado, 2010, p. 24).

Su competencia se limita a custodiar las garantías y derechos de las partes, tanto los del imputado como los de las víctimas, y su resolución se limitará a la controversia fijada por las etapas, con la imposibilidad de mantener un rol activo en ninguna de las partes del proceso (Maier, 2004, p. 444; De Luca, *et al.*, 2015). Excepcionalmente, podrá tener un rol proactivo durante la etapa de investigación, pero limitada a exigir información a las partes para resolver las eventuales medidas cautelares o la producción de prueba que pongan en juego garantías o derechos constitucionales.

Como veremos más adelante, en los casos que estime el fiscal deberá investigar y recolectar la prueba necesaria que permita, a su entender, poner fin al conflicto de la manera más rápida y efectiva posible, ya sea que postule una condena, absolución o que se desvincule al imputado, según la valoración probatoria de cada caso (*idem*).

La defensa hará valer los intereses de sus asistidos y procurará que el proceso se desarrolle con apego a los principios y garantías previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, para

asegurar que su representado atraviese un juicio justo (*idem*).

Otro principio de gran incidencia en el cambio de paradigma es el principio de oralidad, pues necesariamente implica dejar de lado los procesos escritos y secretos, que son características propias del proceso inquisitivo y de la etapa de investigación en un proceso mixto (Carrara, 2010, p. 216).

La oralidad implica que las partes expongan sus pretensiones frente al juez, que tengan la posibilidad de refutar los argumentos de la contraparte y, así, en caso de que existan posturas distintas entre ellas, generar una verdadera *litis* –contienda–, controversia que debe resolver el juez. También se puede interrogar y contrainterrogar a los testigos que declaran en el juicio, lo que permite un verdadero control de la prueba y ayuda a obtener una prueba de calidad —*cf.* art. 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos— (Alliaud, 2016, p. 34-35).

Se suma que se humaniza el proceso y el imputado y las partes no se esconden y/o tapan con hojas de papel, su declaración y las presentaciones, respectivamente (Binder, 2009, p. 100; 2012, p. 217-219).

La razón es sencilla, “el juicio oral es el modo más natural de resolver conflictos humanos incluso, así es el modo cómo se administra justicia en los grupos pequeños o en la familia” (Binder, 2009, p. 101, que cita a Jeremías Bentham).

La oralidad trae aparejada la proximidad, el contacto directo (principio de

inmediación) de las partes y del imputado con las pruebas que se producen (principio de concentración) en el debate (*ibidem*, p. 102-103).

El principio de oralidad se complementa con el principio de publicidad (artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), salvo en casos excepcionalísimos, donde se busca preservar la intimidad de las partes por las características del suceso ventilado o los intereses de la justicia (artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Todas las resoluciones judiciales se decidirán luego de una audiencia oral y pública en presencia de todas las partes y del público, con excepción de algunos casos, en particular donde la publicidad puede ser restringida. Las acusaciones públicas se apegan más a los principios de una República, donde el bien público es prioridad (De Luca, *et al.*, 2015).

El divorcio del proceso oral y público implica un divorcio con la Constitución nacional, puntualmente con los principios democráticos y liberales en materia procesal penal. Estos principios implican la asistencia de público, del imputado y las partes a las audiencias, es decir, que haya control de la sociedad en los actos procesales, con una participación activa del imputado (De Luca, *et al.*, 2015; Maier, 2004, p. 447 y ss).

El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social, significa que las decisiones

de los tribunales son transparentes que cumplen con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y, al mismo tiempo, implica la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social.

También implica el control popular sobre la administración de justicia y, sobre todo, de la justicia penal que tiene el poder de encerrar a seres humanos en centros de detención, por lo que no puede quedar librado a la arbitrariedad de los jueces sin un verdadero control.

De allí que, el sistema acusatorio, constituye el paso hacia la democratización real y no meramente formal del sistema de justicia, dado que la participación de los ciudadanos durante las etapas del proceso, como proveedores y formadores de la decisión jurisdiccional, ineludiblemente redundan en el respeto de la legalidad procesal, más allá de la propia carga de los representantes del Ministerio Público Fiscal (De Luca, *et al.*, 2015).

Tal es el alcance e importancia de estos principios, que ambos son la bandera y la reacción contra la inquisición (Figueroa, 2011). La máxima expresión de esos principios bajo análisis está dada por la realización de juicios por jurados (Maier, 2004, p. 652-654; De Luca, *et al.*, 2015).

El principio de celeridad es un derivado de la garantía de obtener un pronunciamiento definitivo dentro de un plazo razonable (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Memoli vs.

Argentina, rta.: 22/08/2013; De Luca, 2000: 175:225; 2001: 181).

Ello no quiere decir que hoy se inicia un proceso y a los 10 días se juzga y dicta sentencia, porque un proceder demasiado veloz podría afectar el derecho de defensa en juicio (al requerir de estudios, peritajes, testimonios de más personas, revisión de criterios jurídicos, etc.), salvo en aquellos casos de escasa complejidad y detectados en flagrancia (De Luca y Figueroa, 2016).

El respeto a este principio implica que el proceso dure lo mínimo indispensable para asegurar una correcta investigación y garantizar el respeto a los derechos del imputado y la víctima. Tiene por finalidad evitar que la dilación del proceso se deba al cumplimiento de los pasos burocráticos del proceso, que se identifican con el “trámite” de un “expediente”; evita la burocratización del proceso y que se pierda de vista el conflicto que existe entre las partes, dos personas, víctima y victimario.

En definitiva se busca que una vez iniciado el proceso se recolecte la evidencia necesaria dentro de un plazo prudencial y más breve posible, para luego juzgar la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado sobre aquel.

De la mano de este principio va el de desformalización y simplicidad del proceso que significa que no deben existir formalidades en el día a día que hagan lento y burocrático el proceso; que de un legajo de investigación haya 3 hojas de evidencia y 30 de decretos, que ordenan librar oficios, citar personas, etc. y las copias de que todo se llevó a cabo, se

encuentre ordenado por fecha y numerados de manera correlativa y lo único que demuestran o prueban es que se cumplió con el “trámite” (Liporace, 2015a.), pero no la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado en él. En definitiva este principio busca que aquello que se incorpore al legajo de investigación sea únicamente la evidencia recolectada por la fiscalía, aun la que sea favorable a la defensa —que deberá ponerla a disposición de la defensa y el imputado— (Maier, 2004: 445).

El último principio de importancia que distingue al proceso acusatorio de aquellos de corte inquisitivo, es el de oportunidad.

La nota característica es que el representante del Ministerio Público Fiscal podrá seleccionar (con las limitaciones fijadas en la ley) los casos que realmente son de interés investigar, a diferencia de los otros sistemas en los que rige el principio de oficialidad que impone que todos los delitos deben ser investigados.

Sabemos que en la realidad los sistemas de justicia no tienen capacidad operativa para procesar todos los casos por razones no sólo materiales sino también por las vinculadas al poder real de los personajes involucrados. Por ello, el principio de oportunidad tiene una doble consecuencia. Por un lado es una manera de contrarrestar los desfases entre la criminalización primaria y secundaria (Alagia, *et al.*, 2008: 7 y ss.) y, por el otro, brinda la posibilidad de centrar los esfuerzos para investigar delitos de mayor relevancia o complejidad (De Luca, *et al.*, 2015).

Así, el tiempo y recursos que se dedican al gran cúmulo de causas, generalmente sencillas y en las que se encuentran involucrados los más vulnerables de la sociedad que comenten los delitos más toscos, torpes y visibles, podrán ser destinados a las investigaciones más complejas y a los casos de mayor daño social (*idem*).

Al limitarse la persecución penal mediante criterios de oportunidad se contribuye de manera útil a la solución de problemas actuales del sistema penal; a la vez, permite encontrar la mejor solución del conflicto al caso.

Los objetivos que se persiguen con la aplicación de estos criterios son dos. El primero, de utilidad, a través de la descriminalización de algunos hechos punibles al evitar la aplicación del poder punitivo allí donde otras formas de reacción frente al mismo comportamiento dañoso pueden alcanzar mejores resultados o donde, directamente, no es aconsejable su aplicación porque se producirían más perjuicios que resultados positivos para la sociedad. El segundo, la eficacia del sistema penal en aquellos casos donde resulta indispensable o inexorable su actuación como método de control social, en procura de un descongestionamiento del sistema penal y de un tratamiento preferencial de aquellos casos que deben ser solucionados por esta vía para revertir la desigualdad (Maier, 2004, p. 837; De Luca, *et al.*, 2015).

Al mismo tiempo, permite a los fiscales (con el control judicial y/o de la víctima) limitar la violencia estatal (a través de la imposición de penas) a solo aquellos casos donde sea estrictamente

necesario y donde no haya otra vía alternativa a la pena, con especial apego a los principios de subsidiariedad y mínima intervención penal. Es la máxima expresión de la política criminal de un Estado y la demostración de la vigencia de un Estado democrático de Derecho (*idem*).

Los principios desarrollados de manera sintética, producen un cambio de paradigma entre aquellos sistemas de corte inquisitivo de los sistemas acusatorios.

IV. EL PROCESO A GRANDES RASGOS

Como vimos, durante un proceso acusatorio rigen los principios analizados sintéticamente en el apartado anterior, que contribuyen a que el proceso sea más dinámico, sencillo, rápido, humanizado, desformalizado, carente de burocracia y tendiente a solucionar el conflicto entre las partes.

Desde el inicio de una investigación hasta la finalización del proceso existen tres momentos relevantes que deben cumplirse antes de resolver la responsabilidad de una persona por el suceso ilícito atribuido: la intimación del hecho, el control de la acusación y el debate propiamente dicho. Existe una cuarta etapa de importancia que es la de ejecución de la pena, en caso de encontrar responsable al imputado por el hecho. En seguida se repasarán las tres primeras brevemente.

La intimación del hecho consiste en que la parte acusadora le haga saber al imputado los hechos que se le atribuyen

y la evidencia que lo incrimina, para que éste, con el debido asesoramiento de un abogado de su confianza, pueda realizar las manifestaciones que considere, para ser oído (Carrara, 2010, p. 201).

El fiscal hace la intimación en función de la teoría del caso que diseñó, que es la base de su investigación y, en cierta medida, el límite. Una vez conocida la imputación o el caso de la fiscalía, el imputado y su defensor desarrollarán su propia teoría del caso (Moreno Holman, 2015; Fontanet Maldonado, 2010, p. 12; Lorenzo, 2015, p. 37-41; Alliaud, 2016, p. 95).

Según como esté reglamentada, la intimación será efectuada por la parte acusadora en una audiencia oral en presencia de un juez o en sede fiscal, sin presencia de un magistrado (Alliaud, 2016, p. 83-89) pero, cualquiera sea su forma, siempre se le deberá hacer saber el hecho que se le atribuye y la evidencia que lo incrimina para que, junto a un abogado de su confianza o provisto por el Estado, pueda ejercer su derecho de defensa en juicio sin restricciones.

Si durante la investigación surgieran evidencias que impliquen una imputación más gravosa, también le deberán ser intimadas en los términos ya señalados, para garantizar la defensa en juicio.

Una vez que el fiscal entiende que la investigación se encuentra completa solicitará una audiencia de control de acusación, donde le hará saber al imputado, y a su defensor, el hecho por el cual solicitará la realización del debate, la calificación legal en la que encuadra y la evidencia que la respalda.

La imputación deberá mantener coherencia y congruencia con la intimación del hecho efectuada en la audiencia ya mencionada.

La defensa, en esta oportunidad, podrá plantear las nulidades y excepciones no presentadas durante la investigación, las cuales deben ser revisadas por el juez. Ésta es la última oportunidad para realizar este tipo de planteos, debido a que al juicio oral se ingresa limpio, depurado, sin otras discusiones distintas a la que surja de la prueba que se produzca en el debate, a su valoración; en definitiva, a resolver si existe o no responsabilidad del imputado por el hecho atribuido (Alliaud, 2016, p. 165).

Muchos procedimientos determinan que esa será la última oportunidad que tendrán las partes para llegar a un acuerdo por medio de una solución alterna para resolver el conflicto: juicio abreviado, suspensión de juicio a prueba, conciliación, reparación integral del daño, mediación, etcétera.

Luego, de prosperar la acusación, se discutirá la evidencia pertinente, útil, necesaria y legítima, que sirva a las partes para probar sus teorías del caso durante el juicio oral. También, en esa ocasión, podrán arribar a acuerdos, convenciones, probatorias, lo que implica que las partes dan por probados determinados hechos, sobre los cuales no discutirán, esto conlleva mayor celeridad del juicio y ayuda a centrar las energías en discutir únicamente los puntos controvertidos (Alliaud, 2016, p. 166-167).

Con posterioridad, el juez resolverá acerca de la admisibilidad de la evidencia.

El juicio oral y público es el último y más importante acto procesal, donde las partes expondrán inicialmente sus posturas (alegatos de apertura), se producirá la prueba admitida bajo las reglas de litigación, para que finalmente las partes presenten sus conclusiones finales (alegatos de clausura).

El juez o el jurado popular —según sea el caso— determinarán si el imputado es responsable o no del hecho delictivo atribuido. En caso de que lo sea, la mayoría de los códigos acusatorios, prevén una nueva audiencia de juicio para litigar sobre el monto de la pena que corresponde.

Durante el debate, desde una perspectiva acusatoria, se utilizan las reglas de la litigación con la finalidad de obtener información de calidad. Por ese motivo el testigo que aporta la información, primero es examinado (interrogado) de manera directa por la parte que lo ofrece, quien en modo alguno, salvo escasas excepciones o situaciones, puede valerse de preguntas sugestivas; sólo puede utilizar preguntas narrativas, abiertas o cerradas (Rua, 2015; Lorenzo, 2015).

Una vez terminado el examen directo la contraparte pasará a contraexaminar al testigo y aquí la regla sí es el uso de preguntas sugestivas —y de manera excepcional algún otro tipo de preguntas—, porque lo que se busca es comprobar la credibilidad de la información, para obtener sólo aquella que

sea de calidad (Fontanet Maldonado, 2010; Rua, 2014; Lorenzo, 2015).

En síntesis el juicio oral tiene dos partes donde rigen las reglas de la litigación mencionadas: el juicio de responsabilidad (reproche) y el juicio de censura (determinación de la pena).

V. COLEGIO DE JUECES

El colegio de jueces unificados, de horizontalidad plena, tiene como nota característica que todos los jueces puedan ejercer cualquier función inherente al cargo sin distinción de instancias, para evitar la “superioridad” y garantizar una verdadera independencia interna (De Luca, 2017; Liporace, 2015b, p. 39).

Es decir, a los jueces se les asignan las funciones de garantías, de juicio, de revisión o de ejecución, mediante un sorteo que se hace caso a caso y les estará vedado cumplir dos funciones distintas en un mismo caso, para asegurar la garantía de imparcialidad.

Para un correcto funcionamiento de los colegios de jueces y para asegurar la imparcialidad e independencia —interna y externa— debe existir una oficina de gestión que reciba las peticiones de audiencias y sortee al o los jueces que deberán intervenir, y que deberá asegurar que ese juez no cumpla otra función distinta a la asignada en el mismo caso. Es decir, si actuó como juez de garantías no podrá intervenir durante la audiencia de juicio o de revisión, pero sí podrá, y será aconsejable que lo haga, participar en todas las audiencias que se fijen durante la etapa de investigación,

para una mejor toma de decisiones al conocer mejor el caso.

Se pueden prever categorías —niveles— de jueces según antigüedad en la función y con base en la capacitación realizada, lo cual redundaría en un mayor ingreso salarial, pero en modo alguno puede implicar “superioridad” o “mayor jerarquía” sobre el resto de los colegas.

Desde una perspectiva propia este sistema de colegio de jueces es el que mejor concilia un sistema acusatorio y respeta las garantías de imparcialidad e independencia judicial.

Existen otros modelos de colegios de jueces.

El colegio de jueces con funciones rotativas es muy similar, aunque en lugar de sortearse las funciones que desempeñarán caso a caso, les serán asignadas por determinados períodos. Es decir, los jueces por un determinado período serán jueces de garantías, de juicio, de revisión o de ejecución y, mientras tanto, les sortean casos que requieren de la función que desempeñan en el momento del sorteo.

Otro método es el colegio de jueces por etapa procesal, que suele ser el más utilizado en reformas procesales que pasan de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

Se crean cuatro colegios de jueces: de garantías, de juicio, de revisión y de ejecución. Los casos serán sorteados entre los magistrados que lo integran y, por ende, no existe rotación de funciones ni se rompe con la verticalidad; se garantiza la imparcialidad, pero no la independencia interna o las “jerarquías”

o “superioridades”. Su único beneficio es que supera la costumbre de los órganos estancos y que son un micro mundo judicial, “sus juzgados” y el vínculo de pertenencia que crean los operadores judiciales con los expedientes, “sus causas”. Como se dijo, ese sistema no elimina la verticalidad ni fomenta una completa horizontalidad, con lo cual se mantienen muchos vicios que generan consecuencias dañinas para el servicio de justicia.

El último, es un colegio de jueces por jerarquía, donde se distingue entre dos grandes grupos o colegios, uno que abarca los jueces de garantías, de juicio y de ejecución y el otro, los jueces de revisión; dentro de cada colegio existe horizontalidad plena pero en modo alguno se elimina la verticalidad entre ambos colegios, se mantiene la “superioridad”. Los mismos problemas que el anterior.

VI. ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

El Ministerio Público Fiscal tiene un rol fundamental dentro del proceso penal, debido a que es su responsabilidad no sólo promover la acción penal e investigar aquellos supuestos que pueden configurar delito, sino que también debe velar por los intereses de la sociedad y de una manera objetiva. No es del todo correcto sostener que el fiscal es el representante de la *vindicta pública* (venganza pública) y que como tal debe acusar, acusar y acusar. Al

contrario, ante el deber de objetividad y como representante de los intereses sociales el fiscal debe determinar: a) en qué casos existe un verdadero interés y necesidad de avanzar en la investigación (decisión de política criminal), b) si en el caso concreto, existe evidencia suficiente para acreditarlo y avanzar con el proceso, c) cuál es la mejor solución al conflicto; reservando la aplicación de la pena para aquellos casos que no puedan ser resueltos de otra manera, principio de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho penal (Binder, 2014a, p. 117; 2014b, p. 112).

En algunos casos ese análisis lo puede llevar a desistir de una acusación y solicitar la absolución, lo cual también constituye un interés social, por aquello de que los magistrados no deben confundir el celo por la justicia con el celo por las condenas. Al hablar de los jueces en lo criminal, sobre una característica perfectamente aplicable a los fiscales en un sistema acusatorio, Carrara sostenía que un verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre, y ver a jueces a quienes les parece pecado absolver a alguien, y que tiemblan como fiebrados y suspiran como infelices al firmar una absolución, aunque ni tiemblan ni suspiran al firmar una condena. Esto sí sería un verdadero escándalo, pues haría arraigar en el pueblo, más hondamente, la funesta idea de que los jueces criminales ocupan su sitio tan sólo para condenar, y no para administrar justicia imparcialmente. Con esto se le daría muerte a la confianza que pueda tenerse a la justicia humana, al tomarse como motivo de la condena, no

el haber sido declarado culpable, sino el haber sido acusado. Las sentencias absolutorias prueban todo lo contrario; honran la magistratura y refuerzan la confianza en las sentencias condenatorias, a la manera que las oportunas contradicciones de un amigo nos lo hacen más caro, pues nos aseguran que no tenemos al lado un adulator (Carrara, 1977, nota parr. 816).

La cabeza del Ministerio Público Fiscal, el procurador general, debe dictar resoluciones generales que tracen la política criminal de los fiscales. Las directivas político criminales deben dar herramientas y lineamientos generales que los fiscales deben tener en consideración al momento de resolver los casos en concreto con la mejor solución al conflicto posible, dejándoles un margen de actuación discrecional para los casos no idénticos.

Además, el Ministerio Público Fiscal debe contar con herramientas tecnológicas y recursos económicos y humanos que le permitan hacer frente a tan delicada tarea de la mejor forma. También es importante contar con cuerpos de investigación capacitados y propios que colaboren con los fiscales al obtener evidencia en los casos a resolver.

En cuanto a la organización, entendemos que es importante el diseño de Fiscalías de Distrito que cubran en territorios delimitados, que cuenten con un fiscal de distrito, un equipo integrado por varios fiscales y auxiliares, funcionarios y empleados que los asistan en la labor diaria, que formen verdaderos grupos de trabajo. La cantidad de personas dependerá de la amplitud

geográfica del distrito a cubrir y de la complejidad de la criminalidad del distrito.

Lo que se ha verificado con las fiscalías de región o departamento es que, por estar de manera permanente de turno (en guardia) en un distrito, ello les permite un mejor conocimiento de la problemática del lugar, los índices delictivos y la clase de delitos que más se cometen en la zona, los períodos en que más se incrementan y disminuyen, entre muchos otros datos de interés. Con toda esa información es más fácil trabajar en el diseño político criminal.

A su vez, los fiscales de distrito y sus integrantes deben estar en permanente contacto con el resto, pues ello les permite hacer investigaciones conjuntas o evitar interferencias en las investigaciones ajenas.

También deben existir unidades especializadas en determinados campos delictuales (por ejemplo: delitos económicos y corporativos, delitos de corrupción administrativa, de violencia estatal, de ambiente, tráfico de personas con fines de explotación laboral o sexual, contando, con personal capacitado que colabore con las fiscalías de distrito no solo en las investigaciones, sino también, en caso de ser necesario, en la compilación de los datos su posterior análisis para contribuir al diseño político criminal y de planes de investigación según la temática.

En definitiva es importante pensar en un Ministerio Público Fiscal que cuente con las herramientas y recursos necesarios y que el personal que la integre actúe en forma unida, es decir, de

manera conjunta, como un equipo de trabajo.

VII. EL NUEVO ROL DE LA DEFENSA

En un sistema acusatorio el rol de la defensa cambia diametralmente.

En los sistemas inquisitivos o inquisitivos reformados —mixtos— las defensas, en general, suelen ser pasivas, limitadas a analizar las constancias que hay en los expedientes y realizar planteos o defensas posibles según el margen de maniobra o las válvulas de escape que deje la investigación.

En cambio, en un sistema acusatorio se espera una defensa proactiva que investigue, busque evidencias, que se entreviste con los testigos, de ser posible con la víctima, que actúe en paralelo al fiscal, con la diferencia que en modo alguno se le exigirá actuar objetivamente y mucho menos la obligación de acreditar la inocencia de su asistido. Según el sistema y, especialmente, según la concepción cultural en que se apoye, los investigadores de la defensa tampoco tendrán el deber de poner a disposición de la contraparte (la fiscalía) la evidencia incriminatoria que descubra. El fiscal, en cambio, en cualquier caso, tiene el deber de develar toda prueba que recolecta, inclusive la que favorece a la defensa (deber de lealtad).

Por supuesto que este rol proactivo implicará que se provea de capacitación, herramientas y recursos a las defensorías públicas para poder afrontar este nuevo paradigma y rol de la

defensa. En el caso de los defensores de la matrícula deberán armar una estructura que les permita hacer frente a este nuevo desafío.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Los nuevos vientos traen aire fresco y tienden a transformar los procesos inquisitivos o mixtos (con un gran componente inquisitivo) en procesos más democráticos, transparentes y sinceros. Los jueces ganarán prestigio personal y respeto de la ciudadanía, debido a su equidistancia del conflicto desatado por el delito.

En los sistemas acusatorios se toma conciencia de que ya no se busca (porque se sabe que no se encontrará nunca) la verdad histórica exacta de un suceso criminal, sino que únicamente podremos reconstruir la verdad procesal —que en algún caso podrá coincidir con la verdad histórica— de lo que ocurrió, en base a lo que surge de la prueba (testigos, documentos, peritajes, informes) producida en un juicio oral y público, sometida a un verdadero control de las partes (fiscal, la defensa y la querrela —en caso de que haya—), en base a los principio de inmediación y contradicción.

La decisión final será tomada por un juez o un jurado popular —según el delito juzgado— imparcial, que no haya tenido contacto previo con la evidencia, hasta el momento de escucharla y percibirla durante su producción en el debate.

IX. FUENTES DE CONSULTA

- Alagia, A., Slokar, A., Zaffaroni, E. (2008). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Alliaud, A. (2016). *Audiencias preliminares*, Buenos Aires: Didot.
- Beccaria, C. (2004). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: El Foro.
- Binder, A. (2009). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- . (2012). *La implementación de la nueva justicia adversarial*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- . (2013). *Derecho Procesal Penal. T. I. Hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- . (2014a). *Derecho Procesal Penal, T. II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- . (2014b). *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Nuevo León: Consejo de la Magistratura Judicial del Estado de Nueva León.
- Carrara, F. (1977). *Programa del curso de Derecho Criminal. T. II*. Bogotá: Temis.
- Carrara, F. (2010). *Programa del curso de derecho criminal. Vol. II*, Buenos Aires: Rodamillans.
- De Luca, J. (2000). *Non Bis In Idem. Derecho a una Rápida Decisión Judicial; Reformatio In Pejus; Iura Curia Novit. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 10-C*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- . (2001). Reflexiones sobre el *non bis in idem* y el derecho a un juicio rápido. *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal*

- y *Criminología*. Año 1. Núm. 2. Mendoza: Jurídicas Cuyo.
- . (2004). Justicia, medios de comunicación, opinión pública y garantías. *Revista Pensamiento Penal del Sur*. N° 1. Buenos Aires.
- . (2012). La veracidad, las expresiones y el Derecho Penal. *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. AA.VV. Dirigida por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2017). La reforma de la Justicia. Justicia penal. Revista online *Voces en el Fénix*. Núm. 63.
- y Figueroa, F. (2016). El nuevo procedimiento de hechos flagrantes en el obsoleto sistema procesal penal. *Suplemento penal y procesal penal*. Núm 10. Noviembre. Buenos Aires: La Ley.
- . Figueroa, F., Ramos, M., (2015). *Principios fundamentales en el nuevo ordenamiento procesal penal*. Cita online: DC1F54, fecha de publicación: 15/7/2015, Buenos Aires: El Dial.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid: Trotta.
- Figueroa, F. (2011). *El regreso al derecho penal inquisitivo*. Cita online: DC1648, fecha de publicación: 19/7/2011, Buenos Aires: El Dial.
- Fontanet Maldonado, J. (2010). *Principios y técnicas de la práctica forense*. 3ª ed. San Juan de Puerto Rico: Jurídica Editores.
- Liporace, M. (2015a). *Hacia un verdadero sistema acusatorio*. Cita online: RC D1283/2015. Fecha de publicación: diciembre de 2015. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- . (2015b). Estrategias y desafíos frente a un nuevo paradigma judicial. *Revista de Derecho Penal, Código Procesal Penal de la Nación (parte II)*. Año IV. Núm. 11. Buenos Aires: INFOJUS.
- Lorenzo, L. (2015). *Manual de litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. T I. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Moreno Holman, L. (2015). *Teoría del caso*. Buenos Aires: Didot.
- Rua, G. (2014). *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- . (2015). *Examen directo de testigos*. Buenos Aires: Didot.
- Schiavo, N. (2015). *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Hammurabi.