



ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE

*Rol de los jueces y juezas en la
etapa intermedia del sistema acusatorio adversarial.
Análisis a partir del Código Procesal Penal Federal.*

Alumna: Marcela Irastorza
Tutor: Pablo Iribarren
Abril de 2021

INDICE.

1. Introducción. Planteo del problema y justificación del tema elegido.
2. Principios fundamentales del sistema acusatorio adversarial, orientadores de la actividad de los jueces y juezas.
3. La etapa intermedia en el CPPF. La realización de la audiencia como símbolo del cambio de paradigma. La oralidad y su poder benéfico expansivo.
4. La etapa intermedia: momento compositivo.
5. La etapa intermedia: control de la acusación y de las pruebas.
6. Conclusiones. Reconstruyendo el rol del juez.

Anexo.

Bibliografía

ROL DE LOS JUECES Y JUEZAS EN LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO ADVERSARIAL. ANÁLISIS A PARTIR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL.

1. Introducción. Planteo del problema y justificación del tema elegido.

Existe consenso en la doctrina respecto a que la sanción de un nuevo código es un paso importante en la necesidad de superar los sistemas inquisitoriales o mixtos de enjuiciamiento penal. También hay acuerdo en que este es sólo el primer paso de un largo camino lleno de obstáculos, que tiene avances y retrocesos. El cambio de diseño legal no modifica automáticamente las prácticas de las personas que trabajan en la justicia penal, tal como lo viene denunciando Alberto Binder en toda su obra (2013:32). El autor es elocuente cuando dice que “cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro” (2014b:63)

Este trabajo fue pensado porque comparto la preocupación de jueces y doctrinarios respecto de la dificultad de reconstruir el rol de los jueces y juezas en el nuevo sistema acusatorio adversarial.

Antes de empezar a leer e investigar este tema, tenía la idea de que el principal desafío sería limitar a los jueces, por temor a que incurran en excesivas intromisiones en el litigio de las partes. Tenía el preconceito de que los jueces querrían tener un rol muy activo en el proceso, porque estaban acostumbrados a tenerlo en los sistemas mixtos. Por eso había que evitar a toda costa que se desarrollara un *neoinquisidor*. Sin embargo, parece que está ocurriendo todo lo contrario.

En conversaciones mantenidas con una Jueza de juicio del Poder Judicial de Río Negro que tiene a su cargo la realización de las audiencias de etapa intermedia¹, ésta manifestó su preocupación por la falta de planteos de las partes, circunstancia que condiciona la actuación de los jueces.

¹ En el CPP de la Prov. de Río Negro, el control de la acusación lo realiza un juez de Tribunal de juicio unipersonal (art. 26, ap. 1, inc. “c” CPP). En cambio, en la prov. de Neuquén esta función es realizada por un juez de garantías (art. 26 ap. 1 CPP). Para el CPPF, los controles de la etapa intermedia están a cargo de un juez con funciones de revisión (art. 53 inc. “e” CPPF).

En forma coincidente, en una exposición sobre el Código Procesal Penal Federal, la jueza de garantías del Poder Judicial de Neuquén, Carolina González² planteó que, efectivamente, existen discusiones sobre el rol del juez de la etapa intermedia, en la que algunos jueces asumen en la audiencia un rol meramente pasivo, mientras que otros toman una postura más proactiva. Carolina González explicó que a su criterio el juez no puede ser un “convidado de piedra” en la audiencia, sobre todo por la gran importancia que tiene su realización para el proceso penal y que, si bien es cierto que hay un rol mucho más preponderante de las partes que definen estratégicamente su teoría del caso y su prueba – la que de ningún modo puede ser incorporada de oficio-, el juez tiene que tomar intervención para controlar las garantías constitucionales y realizar un juicio a la solidez de la acusación.

La misma preocupación respecto de la audiencia de la etapa intermedia expresa la jueza y autora Leticia Lorenzo (2012:154). En la misma línea de pensamiento, Mauricio Duce³ plantea que en el sistema chileno, - aunque estima que ocurre lo mismo en el resto de Latinoamérica- esta audiencia de preparación de juicio oral (APJO) “se ha venido transformando en una instancia meramente formal” (2020:113) y que se produce lo que denomina una situación de “litigación automática” en la que no se profundiza en los temas que son objeto de debate (2020:114).

Desde el marco teórico que sigo para este trabajo, entiendo que esta situación podría ser identificada como un caso de *reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios*, definida como la distorsión inquisitorial de los sistemas legislados como adversariales (Binder, 2013:37). Es que, si los jueces asumen un rol meramente pasivo, es decir, si no provocan la litigación y la confrontación de ideas entre las partes, corremos el riesgo de dejar que el nuevo modelo de proceso penal identificado con las ideas democráticas y republicanas que surgen de nuestra C.N., caiga al abismo.

Lo que quiero decir, para expresarlo de una manera más simple, es que, con el pretexto de preservar la imparcialidad del juez del acusatorio, se omite la función que

² TALLER CPF TOF Neuquén (30/05/20) 3 Jornada CPPF Tof Nqn [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=34J6z9nAD1w> (Exposición de la Dra. Carolina González, 1:28:51).

³ ESCUELA DE CAPACITACIÓN DE LA AMFJN (18/11/2020) Los escenarios que se vienen con el sistema acusatorio Día 6. [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=TfjnPKW25fo> (Exposición del Prof. Mauricio Duce, 1:26:37). Las citas textuales son del artículo del mismo autor indicado en la Bibliografía.

creo que esta figura debe tener en la audiencia de etapa intermedia. Trataré de demostrar que tiene que asumir un rol más proactivo, tanto en relación a la solución del conflicto, en la necesidad de controlar que se respeten las garantías del acusado, la buena fe en el litigio y las reglas de juego construidas en base a principios, así como también en la función de depurar, de “filtrar” las pruebas que pretenden usar las partes, en miras a celebrar un juicio de calidad. Es que, si asumen un rol totalmente pasivo en esa audiencia, terminan coadyuvando en una especie de *boicot* pasivo al sistema para hacerlo naufragar y volver, poco a poco, a imponer las prácticas inquisitoriales que nos cuesta tanto abandonar. (Los detractores del sistema acusatorio nos dirán: ¿vieron que no iba a funcionar?).

El punto de equilibrio será difícil de encontrar y creo que irá surgiendo de la práctica cotidiana. Pero esa tarea de delinear más concretamente la función de los jueces de la etapa intermedia, debe hacerse siempre respetando los principios fundamentales del sistema, porque también es fundado el temor que puede albergarse sobre la posible “intromisión de los jueces en las facultades de persecución penal de los fiscales⁴” (Duce, 2020:111).

Por eso, el presupuesto es que los jueces en la audiencia de etapa intermedia deben asumir un rol proactivo en la dirección del proceso, pero con la precaución de no invadir las funciones del acusador ni gestionar los intereses de las partes. El objetivo será que ese juez profundice la lógica adversarial, fomente la expresión de los diferentes intereses y el litigio entre las partes porque justamente “se parte de la constatación de esos intereses contrapuestos y deja que ellos fluyan de manera institucionalizada, para pacificarlos” (Binder, 2013:104).

Por otra parte, quiero destacar que no estoy diciendo que no tenga que replantearse también el rol que juegan las partes -acusador y defensa- en el nuevo proceso penal acusatorio, y buscar formas de evitar su burocratización. Pero en este trabajo, he limitado el análisis a los jueces y juezas por una preferencia personal, debido a que, en mi

⁴ En el diseño del sistema chileno la audiencia de etapa intermedia se limita a preparar las cuestiones básicas para el juicio oral, no está previsto que allí se haga el control sustancial de la acusación, justamente por el temor a que los jueces incurran en intromisiones indebidas en la acusación, también para evitar que sea una anticipación al juicio oral y porque se había visto que en la práctica se producía una especie de cuello de botella en esa audiencia, lo que demoraba el avance de los casos. Sin embargo, advierte el autor que está ocurriendo todo lo contrario (Duce, 2020:111-112).

desempeño profesional en la justicia penal, siempre estuve vinculada al ámbito jurisdiccional⁵, por lo que es una decisión que responde a un enfoque metodológico.

Por otra parte, debo aclarar también que hice un segundo recorte metodológico, ya que voy a limitar el análisis del rol de los jueces a la audiencia de etapa intermedia, donde hay mayores discusiones y no el de los jueces y juezas de todo el proceso penal, en función de los límites y exigencias que tiene esta investigación en el marco de la Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales que aspiro a finalizar.

Para poder repensar entonces, cuál es el alcance de la actuación que tienen que tener los jueces en el nuevo sistema advierto, en primer lugar, que esta figura es una de las que ha sufrido mayores modificaciones en el nuevo sistema. El cambio de paradigma que implicó la recepción de un modelo de enjuiciamiento acusatorio ha significado un giro copernicano en sus funciones, atribuciones y deberes. Por eso me pareció interesante discutir y evaluar cómo reconstruir el nuevo rol que deben asumir mirando el impacto de las modificaciones del sistema de enjuiciamiento penal.

En esa dirección, elegí trabajar sobre dos ejes. El primero de ellos, vinculado a las *características sustanciales y las funciones políticas del sistema acusatorio adversarial* de enjuiciamiento penal. Ello, porque pienso que marcan la dirección de la actuación de todos los sujetos procesales, como una brújula que es necesario consultar permanentemente cuando estamos perdidos en el desierto y porque, además, constituyen herramientas útiles para llenar cualquier posible laguna normativa (Solimine, 2015:106). El segundo eje, se relaciona con la necesidad de reconstruir ese rol a partir de las nuevas *funciones* que han sido asignadas para la audiencia de la etapa intermedia. El *control del expediente* que antes se hacía por escrito cuando se elevaba la causa a juicio oral, hoy lo hacen los jueces en una audiencia oral⁶. Por eso me pareció importante repasar los beneficios que la oralidad aporta al funcionamiento del sistema.

También voy a repasar los dos grandes momentos que transitan estas audiencias. Un primer momento compositivo, en el que las partes y el juez tienen que trabajar en

⁵ Me desempeñé –por concurso público de oposición y antecedentes- durante casi 5 años como secretaria de una Cámara con funciones de Apelación y de Juicio en el Poder Judicial de Río Negro, en la ciudad de General Roca. Actualmente soy secretaria delegada de Ejecución Penal de la C.F.C.P., con ámbito de funciones en las cárceles federales de General Roca (U. 5) y Senillosa (C.P.F. V) del S.P.F.

⁶ Una aclaración terminológica: voy a hablar de la audiencia de la etapa intermedia y no de la audiencia de control de la acusación porque es una denominación que no contempla todas las posibilidades que tiene esa instancia del proceso, por ejemplo, las vinculadas al proceso compositivo.

pos de la solución del conflicto, porque pienso que aún sin afectar su imparcialidad, los jueces y juezas pueden y deben traccionar para lograr un entendimiento entre las partes y llegar a una solución que no implique el uso de violencia⁷.

A su vez, voy a distinguir un segundo momento en el que, descartada la posibilidad de llegar a un acuerdo o rechazado el sobreseimiento, es necesario que se profundice el debate y el litigio sobre la acusación y las pruebas que pretenden usarse en el juicio oral. En este punto, la mirada del juez estará centrada en la preservación de las garantías del acusado y será una mirada estricta a la acusación que le permitirá evaluar si ésta logra superar las cargas u obstáculos para llevar su caso a juicio oral.

Una última aclaración metodológica: el presente trabajo intenta pensar la práctica cotidiana desde los principios fundamentales. Por eso, si bien tomo como base el Código Procesal Penal Federal, el foco no estará en el detalle de la regulación de este ordenamiento procesal. En ese sentido, comparto que “la reforma de la justicia penal no es ni ha sido, una discusión sobre mecanismos procesales, sino una discusión sobre el modelo de Poder Judicial en el que subyace una discusión sobre el sistema político y, por ende, el de legalidad. Valgan estas aclaraciones para no permitir que este tema se despolitice y transite en meros carriles técnicos, que es la mejor manera de hacerlo superficial.” (Binder, 2014b:18). No obstante, se hace inevitable tratar de destacar algunos defectos de diseño legal que en realidad no se inspiran en los principios fundamentales del sistema acusatorio.

Para finalizar esta introducción, no quiero dejar de resaltar que en nuestro país muchas personas dejaron la vida peleando por la democracia y los principios republicanos, en contra de los abusos cometidos por el mismo Estado. Por eso, con este trabajo quiero reflexionar sobre un proceso penal que no sea el vehículo del abuso y la opresión del poder penal, que es el más terrible de los poderes que le reconocemos al Estado (Binder en Schiavo, 2015:11).

2. Principios fundamentales del sistema acusatorio adversarial, orientadores de la actividad de los jueces y juezas.

⁷ Una segunda aclaración terminológica: no voy a hablar de salidas alternativas porque creo que el proceso penal tiene que aspirar a resolver el conflicto, como una instancia de pacificación, reduciendo al máximo posible el uso de la violencia lo que muestra la importancia que hay que darle al proceso compositivo (Binder, 2018:19). La solución natural, desde esta mirada, es la resolución del conflicto con una salida propia del proceso compositivo.

2. a) Modelos procesales.

Lo primero que quiero destacar es la conexión que existe entre el modelo inquisitorial y las formas de Estado autoritario, que surgieron “al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquías absolutas” (Binder, 2014b:13). En cambio, los sistemas acusatorios han florecido durante el apogeo de las repúblicas (Maier, 2016:416).

Se ha explicado que “el problema que se presenta en el Derecho procesal penal de nuestro país –y en el de Hispanoamérica en general- no es técnico, como muchas veces se pretende, sino muy por el contrario, cultural y político: se trata de un problema de adaptación cultural o, si se quiere, de definición y determinación del sistema político bajo el cual queremos -o podemos- vivir” (Maier, 2016:415). De hecho, las dificultades para implementar en la práctica las normas del proceso acusatorio responden a la tradición e historia autoritaria arraigada en nuestro país, lo que genera una gran dificultad para poner en práctica los principios que se declaman en nuestra Constitución Nacional (Maier, 2016:432).

La idea basal sobre la que intentaré trabajar es que la implementación de los sistemas acusatorios adversariales se identifica con una forma democrática y republicana de ejercicio del poder y que, por lo tanto, sigue los lineamientos de nuestra Constitución Nacional. “América Latina ha mantenido –y todavía le cuesta dejar atrás- el modelo inquisitorial de justicia penal, no por una cuestión de idiosincrasia o de tradición, sino porque le ha costado y todavía le cuesta, construir un sistema político basado en las ideas republicanas y el imperio de la ley” (Binder, 2014b:14).

Tan grande es la resistencia al cambio que en el ámbito de la justicia federal el Código Procesal Penal Federal (CPPF) se ha sancionado en el año 2014 y se ha implementado sólo en dos provincias de la Argentina (Salta y Jujuy).

Por estas razones, voy a hacer un breve repaso del surgimiento histórico de los respectivos modelos que nos permita, al mismo tiempo, extraer los principios fundamentales del sistema acusatorio en contraposición al inquisitorial y mixto.

En esa tarea seguí principalmente a Maier, quien destaca los siguientes elementos de cada uno de los sistemas (2016:416-421):

a) El **sistema acusatorio** predominó en sociedades sin poder político central como, por ejemplo, en el mundo antiguo o en el primitivo Derecho germano. La

característica fundamental es la división de los poderes ejercidos en el proceso: por un lado, el acusador que ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado que puede defenderse y finalmente el tribunal que tiene el poder de decidir.

Foucault describe el origen histórico de esta tradición como inserto en el derecho germánico: no había acción pública, para que nazca la acción era necesaria la existencia de *daño*; introducida la acción penal por un individuo que se declaraba víctima, la liquidación judicial se manifestaba como una continuación de la *lucha* entre los contendientes por lo que el derecho era visto como una manera reglamentada de hacer la *guerra*; siempre existía la posibilidad de llegar a un *acuerdo* o transacción, mediante el que los dos contendientes, consentimiento de por medio, pactaban una suma de dinero que constituía el rescate (Foucault, 2003:68).

Entre las principales características de este sistema podemos mencionar las siguientes:

- la jurisdicción penal reside en tribunales populares. El tribunal aparece como un árbitro entre dos contendientes, acusador y acusado, y cada uno pelea persiguiendo su interés;
- la persecución penal está en manos del ofendido -privado- o de cualquier ciudadano -si es popular-; la existencia del acusador es fundamental para que exista el proceso. El tribunal tendrá como límites sus planteos;
- el acusado es considerado sujeto de derechos, tiene igualdad de atribuciones con los acusadores y su privación de libertad hasta el enjuiciamiento, es excepcional;
- el procedimiento es un debate público, oral, continuo y contradictorio;
- rige el sistema de íntima convicción para la valoración de la prueba;
- la sentencia se decide por mayoría de votos;
- se desconocen los recursos contra la decisión dado que el tribunal representa al pueblo soberano;

b) la **Inquisición**, en cambio, es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, donde lo primordial es el valor de la autoridad. Por eso, el imputado es visto como un objeto de investigación que debe ser reprimido si perturbó el orden creado. Este sistema se consolidó con la formación de los Estados nacionales bajo las monarquías absolutas y la universalización de la Iglesia católica, que lucharon contra el poder feudal y los infieles, respectivamente. Es un modelo de justicia

penal que se basa en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, que tiene las funciones de perseguir y decidir al mismo tiempo.

Foucault explica que el surgimiento histórico del modelo inquisitorial se produce por la necesidad de los más poderosos de concentrar las armas, controlar los litigios judiciales y de acaparar bienes a través del mecanismo de las confiscaciones. En ese proceso, que ocurre en la sociedad feudal de la segunda mitad del siglo XII, la justicia deja de ser un pleito entre particulares y estos pasan a estar sometidos a un poder central externo; aparece la figura del procurador como delegado del soberano que se presenta cada vez que hay un crimen: el procurador desplaza a la víctima y se ubica como principal ofendido.

Esa circunstancia, a su vez, hace surgir un nuevo concepto: el de *infracción*. Así, lo principal era constatar la desobediencia a la autoridad y no el daño que un individuo había causado a otro. El soberano además exige una reparación que se consolida con el mecanismo de las confiscaciones y es el medio utilizado por las monarquías nacies para enriquecerse (Foucault, 2003:77-81)⁸.

Sus notas principales son las siguientes:

- el monarca es el depositario de toda la jurisdicción penal, tiene todo el poder de juzgar, pero por imposibilidad material lo delega en sus funcionarios y lo reasume cuando es necesario, por lo que la administración de justicia se organiza jerárquicamente;
- el poder de perseguir penalmente se confunde con el de juzgar;
- el acusado es un objeto de persecución;
- el procedimiento es una investigación secreta y sin debate, que se realiza por escrito, en actas que serán la base de la sentencia, y que avanza en forma discontinua a medida que aparecen rastros;
- se emplea el sistema de prueba legal con la excusa de limitar el poder del juez, aunque en realidad era lo que permitía el uso de la tortura en casos de *semiplena* prueba;
- el fallo es recurrible para que pueda ser controlado por quien delegaba su poder;

⁸ Con elocuencia se ha dicho que “El modelo inquisitorial no es algo inventado para perseguir brujas, sino un complejo mecanismo político legal organizacional y cultural al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquías absolutas” (BINDER, 2014b:13).

c) Finalmente, **el sistema mixto**, aún vigente en el ámbito de la justicia federal⁹ (cfme. ley 23.984) es una atenuación del modelo inquisitorial que mantiene como premisas la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, pero en el que se introducen algunos principios protectores de la persona humana. El procedimiento se divide en dos etapas: la primera, que será una investigación con las notas del sistema inquisitorial, aunque con ciertos límites y la segunda parte, un debate público y oral ante un tribunal de justicia.

Sus principales características en nuestro sistema son las siguientes:

- los tribunales están integrados por jueces profesionales;
- la persecución penal pública está en manos del ministerio público fiscal, con algunas pocas excepciones en que la persecución queda en manos del ofendido;
- el imputado es considerado sujeto de derechos, en principio no se admite su privación de libertad porque es tratado como inocente. Tiene amplia libertad de defensa y es asistido por un defensor técnico;
- el procedimiento muestra el interés alternado por sancionar los delitos, pero al mismo tiempo preservar las libertades ciudadanas;
- el sistema de valoración de la prueba será el de la sana crítica, conforme al principio republicano que obliga a motivar las decisiones y dar publicidad de ello;
- el fallo es recurrible, aunque en forma limitada.

En la actualidad, no hay sistemas puros, pero la clasificación es útil para marcar las grandes diferencias entre los sistemas de enjuiciamiento. Tengo en cuenta también, para diferenciarlos, variables como el “nivel de escriturismo, los vínculos a la idea de conflicto o a la idea infraccional, el nivel del sistema de garantías, el mayor o menor nivel de injerencia estatal en la acusación, las formas de selectividad, los niveles de control...” (Binder, 2013:28).

En lo que interesa a los fines del presente trabajo, destaco que el sistema de enjuiciamiento que se adopte condicionará el saber requerido para cada sujeto procesal¹⁰.

⁹ Binder considera que algunos sistemas que introdujeron fórmulas contrarias al mismo espíritu de los sistemas mixtos, “dejaron de ser simplemente mixtos para pasar a ser francamente desordenados” y pone como ejemplo la actual legislación federal procesal penal (2013:25).

¹⁰ “Cuando se cambian ciertos roles institucionales, por ejemplo, el pase de sistemas inquisitoriales a adversariales, no siempre se logra modificar la posición... Lo importante es, en consecuencia, determinar las características objetivas de la posición y de los modos de relación que no se modifican automáticamente por el cambio de funcionario o de institución. Esto es importante para entender el saber requerido y el

El abandono de los sistemas inquisitoriales por modelos acusatorios adversariales, comparte ciertas líneas fundamentales en todos los procesos de reforma latinoamericanos:

a. se abandona el escriturismo como modelo, triunfa la *oralidad* como idea rectora;

b. se consolida la *división de funciones* entre las tareas de acusador, juez y defensa. Queda en manos del acusador tanto la preparación de la acusación como su formulación;

c. se modifica el régimen de la acción, a la que se le quita rigidez y el carácter eminentemente estatal, lo que permite el ingreso de nuevos actores, con mayor protagonismo de la *víctima* y el conflicto primario;

d. se clarifica el *sistema de garantías*;

e. y se diversifican las *respuestas que brinda el sistema penal*, tratando de reducir al máximo el uso de la violencia en la gestión de los conflictos (Binder, 2013:34).

2. b) El legado del sistema inquisitorial y los objetivos a lograr del sistema acusatorio. Tradiciones contrapuestas.

El tornado inquisitorial pasó (¿pasó?). En el camino arrasó con garantías, limitación del poder del Estado, eficacia de la persecución estatal no orientada a los vulnerables, etc. Pero también dejó su legado ¿Qué nos dejó? Nos dejó *tradiciones* que forjan hábitos que se infiltran en la práctica cotidiana de la justicia penal. Vamos a ver cuáles son esas tradiciones y cuáles son aquellas de los sistemas acusatorios adversariales.

Binder explica que la justicia penal está configurada en la actualidad por tradiciones que tienen un origen histórico -que vimos más arriba- y que coexisten en el campo de la justicia penal (2013:279).

Una de esas tradiciones, la inquisitorial, considera al delito como una *infracción* a una voluntad superior, es decir, es visto como *desobediencia*. A su vez, esta tradición se complementa con otra que dice que el juez es parte de una maquinaria o de una estructura jerarquizada cuya fuente de poder se encuentra en un vértice (Binder, 2013:261).

La tradición que ve al delito como desobediencia a la autoridad es uno de los ejes del sistema inquisitorial y legitima a esa autoridad, al soberano, para intervenir en

desarrollo de saberes que empujen a los actores de una posición adquirida a otra que es más deseable o correcta según el modelo procesal” (Binder, 2013:230).

cualquier conflicto que ocurra en las comunidades, con lo que se estatizó el funcionamiento de la justicia penal. De esta manera, el *conflicto primario* (entre víctima y acusado) queda desplazado por el *conflicto secundario* (entre el acusado y la autoridad), lo principal es la desobediencia y no el *daño* (Binder, 2013:266). Esta visión se enmarca en el *paradigma del orden* y se basa en un modelo de hombre *obediente*: la desobediencia generó desorden y caos que es necesario restablecer; hay una autoridad superior que establece cuál es el orden ideal que todos los ciudadanos tienen que obedecer.

Al mismo tiempo, esta tradición marca una configuración fuertemente *administrativista* de la justicia penal, que le asigna las siguientes características: a) estructura burocrática; b) que ejerce poder delegado; c) no estable, es decir, está sujeto a las excepciones que quiera establecer quien detentara el poder; d) la justicia penal es una estructura administrativa dentro de la administración general, en la que las impugnaciones son una forma de control oficiosa e interesada sobre las decisiones de los escalones inferiores (Calamandrei en Binder:2013:283).

“Esta estructura burocrática-organizacional estaba al servicio ... de un tipo de procedimiento ... Una actuación secreta, formalista, que giraba alrededor del interrogatorio, sin posibilidades de defensa y sin que el acusado conociera los cargos. Una permanente instancia a la confesión, incluso a través de la tortura. El abogado defensor era, generalmente, un empleado de la misma Inquisición que procuraba ... la confesión de su asistido... Los testigos eran tratados con una gran hostilidad” (Binder, 2013:285)¹¹.

Frente a esa tradición, encontramos otra que considera al delito como un *conflicto* entre partes, conflicto que reclama una intervención del Estado para evitar que la violencia y el abuso de poder se extiendan. El juez es visto como una persona independiente, sin vínculos de jerarquía y garante, antes que nada, de que se evitarán abusos de poder (Binder, 2013:261). Este es el fundamento que está en la base de los sistemas acusatorios adversariales respecto del rol de los jueces y juezas, útil a los fines de mi investigación¹².

¹¹ El repaso del marco teórico es un poco extenso pero necesario si tenemos en cuenta que: “Las principales fallas del nuevo modelo adversarial en América latina no provienen de estos defectos (se refiere a fallas en el diseño legislativo de los Códigos) sino de la incapacidad de los actores de acatar las reglas y principios propios del sistema adversarial y de la burocratización de las organizaciones” (Binder, 2013:37).

¹² Son esclarecedoras las ideas de Montesquieu que recuerda Binder: “El Poder Judicial no puede estar unido al Poder Ejecutivo, porque entonces podemos temer a un opresor; ni tampoco en el Legislativo, porque entonces podemos temer a la arbitrariedad de quien hace y juzga la ley al mismo tiempo” (2013:291).

En este modelo, el conflicto es visto como algo inherente al funcionamiento de las sociedades, motor de cambio y progreso social, es decir, no hay una visión negativa del conflicto. Esto permite a su vez, que la víctima, el damnificado asuma el protagonismo que tiene que tener, porque lo más importante es el conflicto primario, el que se produce entre las partes. El Estado va a intervenir gestionando los conflictos para evitar el abuso de poder. Este es el *paradigma de gestión de la conflictividad* que parte de un modelo de hombre *responsable* al que se le pide que no cause daño, pero si lo hace, tiene que repararlo.

Esta visión se identifica con una *tradición judicial* de la justicia penal, en la que el juez o jueza no es delegado del monarca, sino que su función es ponerle límites, se enfrenta a la administración, no es parte de ella.

De esta breve exposición surge la identificación de la tradición del delito como infracción con una visión autoritaria de la sociedad, mientras que la que cree que detrás de todo delito existe un conflicto al que darle respuesta, responde a una visión republicana liberal, conexión que ya había puesto de resalto FERRAJOLI (Binder, 2013:295).

2. c) Conceptos fundamentales: Trámite vs. Antinomia fundamental ¹³.

Para finalizar el desarrollo del marco teórico que he utilizado en la elaboración del presente trabajo, es indispensable mostrar el legado actual de las respectivas tradiciones en la justicia penal.

La práctica *escrita* de los sistemas inquisitoriales se ve reflejada en la actualidad en la idea de *trámite*, que es lo que hacemos aún hoy en la justicia penal federal: hacemos cosas por inercia sin preguntarnos cuál es el sentido de ello y qué consecuencias produce. Sólo interesa que la rueda siga girando. El trámite adquiere cuerpo en el *expediente*, que estructura todo el trabajo de los operadores de la justicia penal y fortalece la burocratización del sistema. Por eso, “el escriturismo y su traducción corpórea, el expediente, *es la forma específica de la tradición inquisitorial*” (Binder, 2013:84; el resaltado está en el original). El estudio de los trámites que se hacen en la justicia penal y que se ven como una secuencia en el expediente, se denomina *análisis secuencial*: lo

¹³ Se ha elaborado el presente apartado en base a los capítulos III y IV del Tomo I de Derecho Procesal Penal de Alberto Binder y las clases dictadas en el marco de la Especialización.

único que interesa es el estudio de los actos que se suceden unos tras otros para llegar a una condena, más allá de su verdadero significado y sentido.

La idea del trámite, su corporización en el expediente y el análisis secuencial conforman la *Ideología del trámite* que es una visión que se presenta como verdadera pero que sirve a intereses encubiertos que –aunque no lo veamos o no lo queramos reconocer- son causa de las profundas desigualdades e injusticias que ocurren a diario en la justicia penal¹⁴.

Para reemplazar el concepto de *trámite*, Binder propone el concepto de *antinomia fundamental* que parte de reconocer que en el proceso penal se cumplen dos funciones: una de ellas busca la realización del programa punitivo del Estado para dar respuesta a los intereses victimizados y evitar la impunidad. De hecho, todo Estado busca intervenir en determinados conflictos mediante su criminalización, para garantizar el imperio de la ley y evitar que gane el más fuerte, solo por ser más fuerte. Esta función de la justicia penal la denomina *eficacia*. En el otro extremo, la otra función que se cumple en el proceso penal es aquella que el autor citado denomina *garantías* y lo que busca es limitar el poder del Estado para proteger a los ciudadanos de los daños que pueda provocar una política tan fuerte como la que organiza el poder punitivo estatal¹⁵.

Estas dos funciones son graficadas por Binder como fuerzas que chocan, que están en pugna por prevalecer una sobre la otra y por eso son antagónicas. Una representa el dolor de las víctimas, la inseguridad y la otra, el recuerdo del sufrimiento humano frente a los abusos de poder del Estado.

Esta antinomia se manifiesta en las normas jurídicas, lo que nos permite determinar si son herramientas de garantías (vgr. la teoría del delito, de la prueba, la inviolabilidad del domicilio, etc.) o si son herramientas de política criminal o eficacia (la prisión preventiva, etc.). También tiene su expresión en el proceso, donde los acusadores

¹⁴ Por eso se explica que “muchos de los efectos negativos de la justicia penal, tales como la desigualdad en el tratamiento a los imputados, testigos o víctimas, el hecho innegable hasta ahora de su ensañamiento con los más débiles, las diferencias de trato cuando se encuentra un imputado poderoso o con influencias o defendido por un abogado ‘amigo’, la morosidad exasperante, la falta de sensibilidad respecto de las familias que sufren el proceso penal tanto como el imputado, la incapacidad de hallar soluciones para casos sencillos ... quedan ocultas , no por deliberación maligna de los operadores sino por considerar que, en realidad nada tienen que ver esos efectos con los trámites de todos los días” (Binder, 2013:98).

¹⁵ Binder explica que Carrara ya hablaba de las dos funciones del proceso penal: “Es evidente que los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios, o sea, proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables, y proteger el derecho del reo a no ser castigado sin motivo o más allá de la justa medida de su falta” (2013:114).

pujarán por lograr la eficacia del poder punitivo y el imputado con la asistencia de su defensor, tratará de preservar sus derechos y libertades.

La lógica del proceso adversarial es que estos intereses contrapuestos se expresen y se canalicen por vías institucionales, antes que reprimirlos y que estallen como podría ocurrir con una olla a presión. En resumen, es un concepto que nos permite comprender la lógica de los sistemas acusatorios adversariales.

Esas dos fuerzas están en tensión permanente, luchan por prevalecer y esa contradicción no se resuelve en una situación de armonía, sino que la clave será lograr un *equilibrio*, porque “la mejor situación del proceso penal es cuando logra acabar con la impunidad, respetando las libertades públicas” (Binder, 2013:115). Ese equilibrio estará definido por las normas convencionales y constitucionales, los códigos penales, procesales, leyes relacionadas, y también por la jurisprudencia.

Cuando esos *conflictos*, esos intereses contrapuestos, se institucionalizan a través de la justicia penal, tenemos un *litigio* que es el conflicto institucionalizado. Por eso, esta perspectiva es coherente con la visión del delito como conflicto y lo que tiene relevancia es el *daño* ocasionado a la víctima. Como quedó expresado más arriba, se basa en un concepto de ciudadano responsable, a quien se le pide que no dañe, pero si lo hace, que se haga responsable. Este es el modelo compatible con una cosmovisión democrática republicana de justicia penal y de Estado.

Para finalizar, quiero destacar que este enfoque nos permite ver más claro cuál es el lugar que va a ocupar el juez en un proceso de estas características: si las fuerzas que chocan en el proceso penal están representadas y sus intereses gestionados por acusador y defensa, el juez puede ubicarse como un tercero imparcial que no gestiona los intereses de esas partes, aunque debe tener la capacidad para comprender sus razones y ser sensible a ellas. Su función será garantizar las mejores condiciones para que se lleva a cabo el debate entre las partes. En el desarrollo del litigio le dará la razón a una de las partes o a la otra, pero siempre dentro del marco del proceso argumentativo de aquellas (Binder, 2013:118).

3. La etapa intermedia en el CPPF. La realización de la audiencia como símbolo del cambio de paradigma. La oralidad y su poder benéfico expansivo.

El art. 2 del CPPF establece como principios del proceso acusatorio los siguientes: “Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.”

Solimine explica que “la idea de *contradicción* entre partes, que litigan ante un juez imparcial, es de la esencia misma de este modelo, cuyo diseño estructural se complementa con un *sistema de audiencias orales*, que asegura la *inmediación* de las partes con el juez, bajo la regla de *concentración* de actos, para arribar a una decisión sin solución de continuidad” -el resaltado está en el original- (Solimine, 2015:107).

De hecho, “La determinación de la oralidad como método para la toma de decisiones radica en que, a través de ella, se potencia tanto la eficacia del sistema como las garantías del proceso penal. Así, un sistema oral no solo genera un mayor dinamismo en el proceso, sino que, antes bien, fortalece las garantías constitucionales por tratarse de un diseño que permite un mayor contradictorio entre las partes y, como consecuencia de ello, facilita una mayor calidad en la toma de decisiones.” (Rua, 2018:86). Es por eso que, para esos autores, el sistema por audiencias fortalece el contradictorio (porque la oralidad permite un genuino contradictorio entre las partes), la imparcialidad (porque le impide al juez delegar la toma de decisiones en sus subalternos y evita que tome contacto previo con el caso), la inmediatez (entre las partes y el juez, pero también con la información que se vierte en la audiencia) y la publicidad (porque permite la presencia de las partes y del público en toda decisión, potenciando los valores republicanos). (Rua, 2018:86).

Se pensó la oralidad como una práctica contracultural (Binder, 2014b:40) que permita modificar la labor de los abogados. El objetivo es abandonar el escriturismo que era el eje de los sistemas inquisitoriales e instalar la audiencia como lugar de trabajo de los sujetos de la justicia penal.

El uso de audiencias orales y públicas desde el inicio del proceso “es la mejor herramienta hoy disponible, porque:

- a) es el método más rápido;
- b) brinda mejor información a los jueces para decidir, porque escucha la información directamente de las partes;
- c) produce menos apelaciones que el procedimiento escrito;

- d) aumenta la posibilidad de acuerdos tempranos...;
- e) las víctimas participan y son oídas directamente por el juez, si lo desean;
- f) hace una justicia más transparente, porque los medios de prensa y toda la sociedad se informan de manera directa e inmediata (en la audiencia) del modo en que los fiscales investigan y acusan, de los argumentos de la defensa y de las razones de los jueces al decidir” (Solimine, 2015:108).

Existe una conexión entre la oralidad y la publicidad que emana de la forma republicana de gobierno, que se opone al escriturismo y al trámite secreto propio de los sistemas inquisitoriales: “sin juicio oral y público no hay un sistema de justicia penal republicano de base constitucional” (Binder, 2014b:73). Por decisión política, se implementó la oralidad y sus principios derivados a todas las etapas del proceso¹⁶.

En el nuevo sistema adversarial, la etapa intermedia -regulada a partir de los arts. 274 y ss. del CPPF- es de naturaleza mixta. Una primera parte se realiza por escrito. De hecho, la acusación del fiscal y, en su caso, de la querrela cfr. art. 276 CPPF- deben ser presentadas por escrito y deben contener los requisitos indicados en el art. 274, que en resumen establece lo siguiente: a) los datos del imputado y su defensa; b) el *hecho* que se le atribuye; c) los fundamentos de la imputación –que no podrá ser el análisis de lo que se hizo durante la investigación preliminar, sino las razones y argumentos que den sustento a esa acusación- con indicación de los medios de prueba que las motivan; d) la subsunción de los hechos en las normas penales -calificación legal- y la participación que en el hecho se atribuye al acusado; e) los daños que se reclaman; f) el ofrecimiento de prueba que se propone para el juicio, que no podrá ser tampoco una simple enumeración, sino que los acusadores deberán explicar las razones de su pertinencia; g) las

¹⁶ “En esto se debe ser extremadamente claro, el enjuiciamiento *oral* y *público* tiene una estructura simple y concreta: jueces imparciales (no que han leído el caso con anterioridad en el “expediente”) que atienden el litigio con *inmediación* y de manera *concentrada*, no separado en decenas de audiencias que fraccionan la producción de la prueba o la escrituran mediante incorporaciones “por lectura” del expediente; acusadores (fiscales o privados) que han preparado el caso y pueden presentar la prueba de cargo en ese juicio, tomando sobre sí el deber de probar (y no el juego de presunciones encubiertas); imputados que han tenido tiempo de preparar su defensa, que cuentan con adecuado asesoramiento técnico, y respecto de los cuales se presume su inocencia, y son tratados como tales hasta que se pruebe lo contrario. Todo esto realizado mediante una dinámica de litigio sencilla (presentación del caso, producción de la prueba, interrogatorios directos, conclusiones, etc.), luego de la cual, los jueces deliberan y dictan sentencia de inmediato. Todo esto, por supuesto, realizado *públicamente*. Nadie puede ser condenado sin un juicio previo y según la experiencia histórica, el sentido común y el saber popular, lo que se ha señalado es un juicio y no otra cosa...” El resaltado no está en el original (Binder, 2014b:73).

circunstancias a tener en cuenta para la determinación de la pena y los medios de prueba para el juicio sobre la pena; h) el requerimiento de pena *estimado* a los fines de la determinación del juez, tribunal o jurado.

Se prevé que la acusación fiscal se comunique a la parte querellante mediante la remisión de una copia. Además, el acusador público debe poner a su disposición los elementos de prueba para la consulta. La querrela puede adherir a la acusación del representante del MPF o presentar una acusación autónoma (art. 276).¹⁷ Esta es la oportunidad para plantear la demanda si el damnificado se constituyó en actor civil.

Una vez que el MPF reunió las acusaciones, debe remitirlas a la oficina judicial dentro de las 48 horas. Esta dependencia deberá comunicar la acusación a la defensa por un plazo de diez (10) días, prorrogables por igual plazo, a pedido de parte, la que será autorizada por decisión de la oficina judicial. Una vez vencido el plazo de la defensa, se convoca a las partes a la audiencia de control de acusación (art. 279)¹⁸.

Esta audiencia es fundamental porque es ahí donde se produce un verdadero punto de inflexión en el proceso penal y se abre un prisma de posibilidades muy amplio. Así, va a haber un primer momento compositivo -que analizaremos con mayor profundidad en el apartado 4)-, en el que es necesario agotar todas las posibilidades para lograr un acuerdo, un entendimiento entre las partes, mediante el uso de instrumentos no violentos para la gestión del conflicto (*ultima ratio*). En un segundo momento, si no se pudo lograr una solución que resuelva el conflicto, se ingresa al control de acusación propiamente dicho y la selección de las pruebas que se utilizarán en el juicio oral -lo que será desarrollado en el cap. 5-. Es decir, se hace un juicio a la acusación, en el que ésta será controlada para evaluar si supera el estándar de una acusación fundada. Pero también es la oportunidad para depurar la prueba con la finalidad de celebrar un juicio de calidad, porque “al momento del juicio el caso debe llegar ‘limpio’” (Lorenzo, 2012:155).

Las diferencias con el proceso anterior son tan importantes que exigirán un cambio de mentalidad muy grande de las personas que trabajan en la justicia penal, una fuerte capacitación y sensibilización, así como un gran esfuerzo para modificar las

¹⁷ Esta cuestión es discutible y si bien lo analizaremos en el punto 4 de este trabajo- adelanto que la interpretación debe ser restrictiva de la posibilidad de ingresar al juicio con dos teorías del caso diferentes. Sin embargo, la situación queda relativamente salvada con lo dispuesto en el art. 279 inc. “e” que autoriza al juez del control a unificar los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques perjudique la defensa.

¹⁸ Seguimos acá la denominación que le da el Código.

prácticas establecidas; algo que, como ya quedó expresado en la introducción, está costando mucho. Destaco además que el trabajo en esta audiencia es una actividad que los jueces antes no hacían¹⁹.

De acuerdo al principio político de contradicción, la defensa tiene las posibilidades que prevé el art. 279 CPPF, por lo que puede: a) objetar la acusación, señalando defectos formales; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; d) proponer reparación, conciliación, suspensión de juicio a prueba o proponer la aplicación de procedimiento abreviado²⁰; e) solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen a la defensa; f) plantear la unión o separación de juicios; g) contestar la demanda civil; h) ofrecer su prueba e impugnar u oponerse a la de la acusación.

El juez tiene que resolver fundadamente todas las incidencias que se planteen en la audiencia. Finalmente, si el caso va a juicio oral, el juez deberá emitir el auto de apertura del juicio oral (art. 280), acto que es irrecurrible.

4. La etapa intermedia. Momento compositivo.

4. a) Gestión de los conflictos. Soluciones compositivas. Principios de *ultima ratio*²¹.

Como dije más arriba, comparto la visión que considera a los delitos como manifestaciones de un *conflicto*. Esta forma de entender el fenómeno de la criminalidad se contrapone a aquella que dice que los delitos son una manifestación de la desobediencia a la autoridad, lo que torna necesario restablecer el *orden*.

¹⁹ En el sistema anterior, el juez investiga y reúne la prueba, describe el hecho e indaga, dicta el auto de procesamiento, y con esos elementos, el fiscal tiene que redactar la acusación. Cuando lo hace, si la defensa se opone, el juez dicta un auto de elevación a juicio, son raros los casos de sobreseimiento si tenemos en cuenta que el juez no va a resolver en contra de su propio criterio (indagó y procesó al imputado). Cuando la causa llega a juicio, el “control de la instrucción-acusación” lo hacen los empleados y el secretario. Recuerdo que, en mi función como secretaria, tuvimos que devolver causas porque se requería la elevación a juicio por el delito de hurto en poblado y en banda –no existe ese agravante para el hurto- o se le atribuía al imputado robo y encubrimiento en concurso ideal, cuando son delitos que expresamente se excluyen entre sí (art. 277 CP).

²⁰ Si bien el CPPF lo plantea como una de las opciones de la defensa, nada impide que esa propuesta surja de los acusadores. Es más, son estos los obligados a hacer un uso racional de la violencia y, por lo tanto, hacer los máximos esfuerzos para lograr soluciones compositivas.

²¹ El presente capítulo fue elaborado en base al artículo “El control de la criminalidad ..” de Binder.

Binder destaca que la idea de orden no representa una visión democrática de la sociedad: “la democracia es un sistema que reclama tanto pensamientos y convicciones como disposición a ponerlos a prueba en la argumentación, la deliberación y el consenso. Por eso los vínculos entre democracia y conflicto son estrechos. La democracia es un sistema político que se basa en una visión positiva de la conflictividad.” (2014:62).

En toda sociedad existen personas con diferentes opiniones, perspectivas, vivencias: hay disenso. Una sociedad democrática tiene que permitir que la diversidad se manifieste libremente y esa idea no es compatible con aquella que considera que el conflicto es desorden.

Representantes de la criminología crítica expresaban que: “la sociedad igualitaria es aquella que deja el máximo espacio a la desviación positiva. Porque, en este sentido positivo, desviación quiere decir *diversidad*. Es la sociedad desigual la que teme y reprime lo diverso ...” (Baratta, 2002:221).

Por el contrario, se advierte el trasfondo autoritario del paradigma del orden, cuando nos preguntamos ¿Quién define lo que es el *Orden*? Siempre hay un pequeño grupo que se arroga el derecho de definir lo que es el orden en una sociedad: ya sea el orden teologal, racional, patriarcal, etc. Ese grupo definirá lo que es bueno para la sociedad sin permitir manifestaciones de disenso y diversidad.

La premisa inicial, entonces, es que una visión democrática del control de la criminalidad no se puede fundar en la idea de orden. Pero eso tampoco significa, por otra parte, tener una postura permisiva respecto de la criminalidad. Si los delitos son manifestaciones de un conflicto, es necesario intervenir en ellos, gestionarlos para evitar que se agraven, que gane el más fuerte, etc. Este es el *paradigma de la gestión de la conflictividad* -que se contrapone al paradigma del orden-.

Existen diferentes formas de intervenir en los conflictos y la violencia no será la primera de ellas. ¿Por qué? Por una razón en la que seguramente estaremos de acuerdo la mayoría -por no decir ‘todos’ porque esa expresión sería más compatible con el paradigma del orden-: *porque es mejor construir una sociedad sin violencia* (Binder, 2014b:101).

Esos son los presupuestos para el abordaje a través de un Sistema Institucional de gestión de conflictos, que es la herramienta que tiene la sociedad para gestionarlos y se escalona en diferentes niveles: 1) el primer nivel de abordaje será a través de instituciones

sociales -formas sociales no estatales- como por ej. la contención que brinda la familia, la escuela, el barrio, la pertenencia a un grupo vecinal etc.; 2) un segundo nivel de abordaje de los conflictos es a través de la creación de mensajes de referencia. El Estado manda mensajes a la sociedad, a través de las leyes, decisiones judiciales, campañas publicitarias, etc.; 3) un tercer nivel para gestionar los conflictos son los ámbitos de conciliación (justicia de paz, justicias vecinales, mediación, etc.); 4) el cuarto nivel son las instituciones de adjudicación como justicia civil, laboral, etc.; 5) y la última forma para intervenir en los conflictos es mediante la amenaza o el uso de violencia. Este último nivel es denominado *política criminal*, que representa al conjunto de actividades que administran los instrumentos violentos del Estado (Binder, 2014:69).

La realidad actual nos enfrenta con la debilidad del sistema institucional de gestión de los conflictos, es decir, los niveles 1 a 4 no intervienen eficazmente en los conflictos, no los resuelven, no los pacifican. Esta circunstancia provoca que muchos de ellos desemboquen en el segmento de la política criminal, generando un fenómeno que es la *sobrecarga endémica de la justicia penal* que genera consecuencias indeseables: por un lado, se aplica violencia en conflictos donde no es necesario hacerlo, y como contracara, le impide a la política criminal abordar con eficacia los conflictos con mayor contenido de violencia, aquellos que provocan mayor daño social. “Sobrecargado el sistema penal se vuelve brutal, inequitativo, violento” (Binder, 2014:206).

Precisamente la eficacia de la política criminal dependerá del fortalecimiento de los demás niveles de gestión de conflictos; por ej. que la justicia civil o laboral den respuestas justas en tiempos razonables, que funcionen los mecanismos de conciliación a nivel local, etc. para que la justicia penal se ocupe de los hechos más graves y dañosos.

Ante esta sobrecarga, que lleva a una aplicación irracional y brutal de la violencia en casos donde no es útil ni eficaz, surge la posibilidad de utilizar mecanismos más rápidos, eficaces, que permiten brindar respuestas o soluciones no violentas a los casos que llegan a la justicia penal. Es necesario entonces crear mecanismos para relocalizar los conflictos en otros niveles de intervención.

Una sociedad tiene que tratar de resolver sus conflictos de manera pacífica, sin usar violencia. Por eso es necesario tener como horizonte el abolicionismo, que consiste en asumir la relocalización de los conflictos como una tarea permanente, cotidiana de ubicarlos fuera del alcance de la política criminal, para poder gestionarlos sin necesidad

de utilizar violencia. No dejarlos librados a su suerte sino resolverlos, pacificarlos sin necesidad de usar violencia, lo que es coherente con una política criminal democrática y minimalista (Binder, 2014:214).

Baratta, luego de analizar los mecanismos de selectividad primaria y secundaria, explica: “La perspectiva de reforma radical que surge de una criminología crítica parte del reconocimiento de los mecanismos selectivos y de las funciones reales del sistema ligadas a la desigual distribución del bien negativo criminalidad; parte (...) de la conciencia de la desigualdad” (2002:238). Para abonar su postura en favor del abolicionismo, el mismo autor cita a Radbruch quien afirmó que “la mejor reforma del derecho penal no consiste en su sustitución por un mejor derecho penal, sino su sustitución por una cosa mejor que el derecho penal” (Baratta, 2002:241). Si bien reconoce que sustituir el derecho penal por algo mejor será posible cuando podamos sustituir nuestra sociedad por una sociedad mejor, destaca la importancia de no perder de vista una política criminal alternativa y la lucha ideológica y cultural que la acompaña para que podamos prescindir del derecho penal burgués (Baratta, 2002:221).

El análisis de la criminalización primaria, es decir, el mecanismo de la producción de las normas tanto como el de la criminalización secundaria, el mecanismo de la aplicación de aquellas permite ver que el derecho penal no defiende a todos por igual y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo parcial; así como también que la ley penal no es igual para todos y que el grado efectivo de tutela y distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social de las acciones y de la gravedad de la afectación a la ley (Baratta, 2002:168). El mismo autor explica que la propuesta abolicionista de la criminología crítica parte de considerar que el derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y que los mecanismos de la criminalización secundaria acentúan todavía más el carácter selectivo del derecho penal (2002:169) porque se tiende a “buscar la verdadera criminalidad sobre todo en aquellos estratos sociales de los cuales es *normal* esperarla” (2002:185). Por eso Zaffaroni dice que “como ninguna democracia se suicida, sino que siempre hace lo que es más fácil” (2012:12) se criminaliza y persigue a quienes están más a mano, que están identificados mediante estereotipos.

Es en ese mismo sentido que Binder habla de “reconocer que la existencia de la selectividad como un producto del campo de la justicia penal”, que existen

condicionantes, aunque no hay que caer en un determinismo absoluto (2013:250). Los sistemas inquisitoriales, y su expresión mediante la ideología del *trámite* refuerzan el carácter selectivo de la justicia penal.

En ese marco se inserta la fuerte propuesta de “despenalización, de contracción al máximo del sistema punitivo” para aligerar la presión del sistema punitivo sobre los vulnerables, los excluidos, las clases subalternas. Se buscará, en cambio, emplear formas de control legal no estigmatizantes, o lograr procesos de *privatización* de los conflictos, que llevará a la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación (Baratta:2002:215).

Los sistemas acusatorios adversariales buscan la contracción del sistema penal que ya sabe que es selectivo y cumple una función histórica “para la conservación y reproducción de las relaciones sociales de desigualdad” (Baratta, 2002:211). Democratizar la justicia penal, para lograr la igualdad real, y no solo la igualdad ante la ley, es dirigir los cañones hacia los comportamientos con mayor dañosidad social.

Es por eso que los códigos acusatorios adversariales brindan numerosas herramientas del proceso compositivo para la relocalización de esos conflictos, que son los que analizaremos más abajo. De lo que se trata es de “la construcción de una solución o respuesta al caso, que no sea violenta o reduzca lo máximo posible la violencia del Estado. Esto como consecuencia de la aplicación de los principios de ultima ratio y le permite a la política criminal diversificar sus modos de intervención para alcanzar mayor eficacia.” (Binder, 2018:13). Se pone el foco en la necesidad primaria de pacificar los conflictos, en generar respuestas con algún valor social positivo y, al mismo tiempo, desarrollar instrumentos que permitan un mayor protagonismo social en la construcción de soluciones.

Recordemos que los sistemas inquisitoriales dejaron de lado el conflicto primario, entre víctima y acusado. En cambio, los sistemas acusatorios adversariales buscan volver a darle protagonismo a la víctima, permitiendo una mayor intervención en el proceso penal.

Sobre la importancia de este tipo de soluciones y la participación de la víctima, Nils Christie, criminólogo abolicionista, denunciaba que “los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido o bien se han transformado en pertenencia de otra gente.” (Christie,

1977:159). El conflicto que era entre las partes, pasa a ser entre Estado y el acusado. En esa dirección, explica que “el elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado.” (Christie, 1977:162). Si bien entiende que detrás de este desarrollo, hay motivos honorables relacionados con la necesidad estatal de reducir los conflictos, también hay razones que se basan en la pretensión de utilizar el caso en provecho propio por razones de profesionalización, lo que se pone en evidencia cuando los abogados roban los conflictos. El mismo autor sostiene que “la actividad de la justicia penal es pesada común rutinaria y después de un tiempo manifiestamente tediosa” (1977:161).

Christie destaca el valor que tendría una mayor participación en la justicia penal, tanto para la víctima, como para el delincuente y la sociedad. Es así que propone la instauración de una corte vecinal orientada a la víctima, donde luego de determinarse si existió un hecho delictivo y si ha participado el acusado, se analice qué es lo que puede hacerse para ayudar a la víctima, ya sea algo que deba hacer el delincuente, la sociedad o el Estado. En un tercer momento, sería necesario determinar cuál es la pena -el sufrimiento que el juez considera necesario aplicar- más allá del sufrimiento que ha atravesado al tener que enfrentar cara a cara a la víctima, a modo de reparación. Finalmente, -continúa- debe discutirse la situación del agresor en miras a atender la reparación que le debe a la víctima. Se inclina por un tribunal lego, para que un tribunal de iguales representándose a sí mismos, “si logran encontrar una solución entre ellos, ningún juez es necesario...” (1977:176).

Más allá de las posibilidades de implementar un tribunal de estas características, rescato la necesidad de que el conflicto primario asuma protagonismo y que la víctima encuentre en la justicia penal una vía para expresarse y donde *lo principal sea tratar de construir una respuesta con capacidad para solucionar el conflicto.*

Antes de avanzar, y para comprender el alcance de la respuesta que se puede obtener en el marco del proceso compositivo, creo que es importante diferenciar los conceptos de compensación y reparación que distingue Binder.

La *compensación* cumple una función en relación al conflicto mismo, se establece en función de la necesidad de intervenir en los conflictos para evitar el abuso de poder, el Estado tiene que gestionar los conflictos, no dejarlos librados a la ley del más fuerte. “...

la pena (de cárcel) y la reparación civil forman parte de un único sistema compensatorio general más amplio, que las incluye a las dos” (Binder, 2018:79).

Pero específicamente, la *reparación* tiende a volver atrás en el conflicto, a hacer desaparecer el daño. Desde esta mirada, podemos tener *compensaciones reparatorias* que buscan hacer desaparecer el daño, mediante la satisfacción del agraviado –por ej. pagar la suma evadida al fisco, devolver la bicicleta hurtada, pagar los daños por las lesiones sufridas, etc.- y *compensaciones no reparatorias* que compensan, dan una respuesta, resignifican el conflicto, lo redefinen, pero no hacen desaparecer el daño. En este sentido, la pena de cárcel no es una compensación reparatoria, no hace desaparecer el daño, no soluciona el conflicto, pero lo redefine y lo reinstala en la sociedad con menor contenido de violencia, ya que no darle respuesta podría acrecentar el dolor de la víctima y su sed de venganza. Si queremos reparar el daño a la víctima, si entendemos que es posible solucionar el conflicto, usaremos el proceso compositivo, porque buscamos compensaciones reparatorias. En cambio, si sólo es posible redefinir ese conflicto y reinstalarlo con menor contenido de violencia, es decir, compensar sin reparar, usaremos el proceso de conocimiento (Binder, 2018:95).

¿Cómo saber cuándo es posible usar el proceso compositivo y cuando el de conocimiento? Binder elabora una lista de principios que sirven como una guía para saber en qué casos podrá trabajarse en una solución compositiva y cuando no (2018:100). Son parámetros que, en mi opinión, pueden ser muy útiles si tenemos en cuenta que el juez también tiene que traccionar para la construcción de una solución compositiva. Si bien lo deseable es que se generen los acuerdos en las primeras etapas del proceso²², considero que la audiencia de etapa intermedia puede ser una ocasión propicia para invitar a las partes a que negocien, a que dialoguen y expresen sus intereses y expectativas, en un ambiente de cordialidad que les permita acercar posiciones.

Para la utilización del proceso compositivo hay que tener en cuenta lo siguiente:

Primer principio: cuando se trata de aplicar pena de prisión no pueden regir las reglas del proceso compositivo, lo que excluye los acuerdos de juicio abreviado de este tipo de reglas;

²² En ese sentido se ha sostenido que “La toma de decisiones tardía tiene enormes costos para las partes... el imputado mantiene el peso de la incertidumbre... las defensas penales públicas quedan abarrotadas de casos. ... De allí que la adopción de acuerdos en la audiencia de etapa intermedia sea una mala señal para el sistema” (Rúa, 2018:89).

Segundo principio: el imputado siempre tiene que tener abierta la posibilidad de llevar su caso al juicio de conocimiento;

Tercer principio: lo que se considere solución del conflicto en principio dependerá de la propia perspectiva de los involucrados como parámetro subjetivo, aunque es necesario sujetar la admisión de los acuerdos a ciertos parámetros objetivos: a) el acuerdo tiene que referirse al núcleo de la controversia, para evitar soluciones superficiales o evasivas; b) la solución debe tener la capacidad de generar una situación de armonía o tolerancia que garantice cierta estabilidad. No se pueden aceptar soluciones que impliquen un sometimiento de una parte sobre la otra; y c) tener en cuenta el significado social del conflicto, en cuanto a la posibilidad de reconocer las dimensiones sociales que se expresan cuando hay pluralidad de afectados, y la presencia de los acusadores públicos permite introducir a sectores sociales más extensos (siempre y cuando esos acusadores tengan inserción en la comunidad y puedan representar intereses reales, porque no pueden rechazarse acuerdos con la sola mención de la “defensa de la legalidad” sin ver cuál es el interés de la víctima o grupo social en el caso concreto). En caso de existir diferencia de intereses entre los distintos niveles de víctima, el juez deberá determinar cuál es el interés preponderante.

Estos principios también tienen incidencia en la actuación del juez porque son los que aquel debe tener en cuenta al momento de decidir si acepta, si homologa o no, una solución compositiva.

Así, éste es un ejemplo más de cómo las funciones que cumple el juez y los principios que imperan van delimitando su nuevo rol en el sistema acusatorio.

Pero hay algo más que nos permitirá establecer cuándo usar el proceso penal en modo compositivo o cuándo no será posible hacerlo. Y eso tiene que ver con los límites a los que está sujeta una política pública que administra la violencia. Ello es así porque a veces se banaliza el uso de soluciones compositivas y tratan de ser “vendidas” como una “forma de sacarse trabajo de encima”. Esta visión es rechazada categóricamente en este trabajo cuyo enfoque está puesto en el sufrimiento de las personas, tanto de las víctimas a las que la aplicación de una pena puede compensar pero no reparar, pero también en el del imputado, quien sufre sobre sus espaldas el peso del castigo violento.

Cuando el Estado decide utilizar violencia para gestionar los conflictos, está usando una herramienta -la violencia- que es la que está más peligrosamente cerca de lo

que se quiere evitar y que a lo largo de la historia ha sido utilizada por el mismo Estado para incurrir en prácticas de abuso de poder. Repito: una política criminal democrática buscará que las sociedades puedan convivir con la menor cantidad de violencia posible.

Está claro que necesitamos al Estado para convivir pacíficamente, para que coordine el sistema de gestión de la conflictividad, para que evite que los individuos tengan que resolver los conflictos por su cuenta. Pero le ponemos reglas al Estado, ya que en una sociedad democrática no puede hacerlo de cualquier manera: tiene que hacerlo bajo el imperio de la ley y maximizando la utilidad de la violencia, es decir, con menos violencia tiene que lograr una máxima eficacia en la resolución de los conflictos.

Administrar violencia implica una política sometida a un doble juego de principios o limitaciones: por una parte, existen *principios limitadores externos* que conforman un sistema de garantías y, por la otra, hay *principios limitadores internos* que provienen de la idea de eficacia de la violencia, es decir, usarla sólo en el caso en que sea útil. No tiene sentido la aplicación de violencia inútil, ya que en ese caso dejaría de ser legítima (Binder, 2014:175)

Por eso, el uso de instrumentos violentos para controlar los conflictos y la criminalidad debe hacerse bajo ciertos principios:

1) Principio de ultima ratio: debe existir una primacía de los instrumentos no violentos o con historia menos abusiva. Si queremos terminar con la violencia y el abuso de poder tenemos que utilizar la menor cantidad de violencia posible, solo usarla cuando ya no quede más remedio (Binder, 2014:227). Lo cierto es que la retórica de la mano dura contradice lo establecido por el principio de ultima ratio, pero acá se advierten las tendencias autoritarias de nuestras sociedades democráticas que aún están consolidándose, como quedó de resalto más arriba. Al respecto, hay que decir que es necesario partir de una concepción negativa de la violencia, exigiendo por una parte que esté sometida al derecho y que, además, se trate de encontrar siempre un sustituto más eficaz en la gestión de los conflictos.

2) Principio de mínima intervención: no se deben utilizar instrumentos violentos si el conflicto no tiene ya algún componente violento que deba ser neutralizado o acotado.

3) Principio de no naturalización: no existe ningún conflicto que por su naturaleza requiera siempre y en todo caso, la aplicación de medios violentos. Esto se advierte también, en la circunstancia de que no existen delitos por naturaleza, sino que su creación

responde a decisiones políticas que, si bien están conectadas a la realidad social y cultural, no responden a la categoría de delitos mala *in se*. De hecho, ciertos conflictos se transforman en delitos cuando la política criminal -mediante autorizaciones parlamentarias- decide utilizar instrumentos violentos, lo que responde a necesidades políticas de épocas determinadas en que se perciben ciertos conflictos como más graves que otros.

4) Principio de economía de la violencia estatal: la selección de un conflicto como uno de aquellos que reclaman una intervención violenta no debe ser rígida ya que siempre debe quedar subsistente la posibilidad de que otra forma de intervención de los conflictos produzca el mismo efecto social con menor costo en términos de violencia. La autorización que confiere el Parlamento al crear un delito es justamente eso, una autorización y no una obligación de perseguir. Por eso, más adelante veremos las posibilidades que contempla el CPPN como principios de oportunidad.

5) Principio de utilidad: el instrumento violento no puede ser empleado si no produce en alguna medida la disminución de la violencia social o el control del abuso de poder. La utilidad de esa violencia le da legitimidad, ya que no tiene sentido la aplicación de violencia que no va a provocar ningún resultado útil para pacificar los conflictos.

6) Principio de respaldo: toda área de intervención de la política criminal ya está cubierta por otras políticas que, por determinadas razones, necesitan el respaldo específico de este mecanismo de intervención. Así, la política criminal cumple una función de respaldo o back-up de las otras políticas. Por eso, aquella siempre es parte de un sistema integral, y si las otras políticas de abordaje no existen, no puede existir tampoco la política criminal.

Está claro que el uso de herramientas violentas debe ser el último recurso, y debe además estar dirigida a las conductas de mayor dañosidad social. Los jueces y juezas tienen que tener en mente estos principios porque son los que legitiman su actuación en pos de una solución que surja de un acuerdo entre las partes, en el marco del proceso compositivo.

En ese sentido es que me interesa destacar que, en los sistemas republicanos, donde hay una separación tajante entre las funciones estatales de persecución penal y las jurisdiccionales, el principio de ultima ratio y los que derivan de él, deben estar custodiados por los jueces, a la hora de autorizar el uso de violencia por parte del Estado.

Ello significa que, si bien los jueces no cumplen funciones político criminales, no pueden autorizar el uso de violencia inútil o ineficaz (Binder, 2014:70 y 219-247).

Lo que quiero decir es que entiendo que estos principios están dirigidos especialmente a los acusadores que sí cumplen funciones político criminales. Pero también veo que el juez es el “custodio de la guillotina” y no puede dejar vía libre para que sea usada sin ton ni son.

En esa línea, me pregunto si no sería razonable pensar que el juez le exija al acusador que explique los motivos por los cuales en un caso concreto *no* se logró una solución compositiva. Creo que jueces y juezas deben pedir esos fundamentos. Pienso que los acusadores, si son fiscales, están sometidos al deber republicano de motivar sus actos. Y si son acusadores privados, tampoco pueden actuar irracionalmente, también deben dar fundamentos y razones.

El imputado puede rechazar la solución compositiva porque tiene derecho a rebatir la acusación en un juicio en el que se respeten las reglas del *fair trial*. Pero a los acusadores se les debe exigir la necesidad de motivar, para no permitir un uso distorsionado y dispendioso de la violencia de la justicia penal.

Antes de finalizar, solo voy a mencionar que el proceso compositivo tiene su propio sistema de garantías que se organiza en tres niveles: el primero se asienta en la aplicación de las reglas del sistema de garantías del proceso de conocimiento, que se adaptarán a este tipo de proceso (por ej. si bien el juez será imparcial, tiene permitido actuar con cierta proactividad); el segundo nivel, consiste en el desarrollo de un marco de razonabilidad que permita el juego de todos los intereses, incluso los del imputado, para poder llegar a soluciones reparatorias razonables y, el tercer nivel tiene que ver con los límites a las obligaciones que acepte el imputado en el marco de la compensación reparatoria, donde se busca el respeto al principio de proporcionalidad (Binder, 2018:292)²³.

Para que la equidad cumpla una función concreta, Binder habla de cuatro dimensiones en que ella se manifiesta: a) como reglas de equidad que hacen referencia al juego limpio; b) como solución flexible del caso concreto que permita integrar las normas de todo el ordenamiento, incluso las de responsabilidad civil; c) como comprensión de

²³ El autor hace un interesantísimo desarrollo del sistema de garantías del proceso compositivo, que no puedo reproducir en este trabajo, en los capítulos XLI y XLII de su obra *Derecho Procesal Penal*, tomo IV.

todos los intereses en juego en el conflicto, aún los del imputado; y d) como contrario al riesgo de extorsión.

Sobre esto último debe estar muy atento el juez de la etapa intermedia cuando analiza los términos de un acuerdo porque, así como en los procesos de conocimiento se busca evitar castigar a un inocente, en los procesos compositivos, el juez lo que debe evitar es el *riesgo de extorsión*. En tal sentido, se ha explicado que “tampoco queremos que la justicia penal, bajo las reglas del proceso compositivo, sea manipulada para evadir la prueba de los hechos, cargar sobre el imputado obligaciones excesivas o permitir que se produzcan situaciones que en el sistema de responsabilidad civil se conocen como de enriquecimiento ilícito o sin causa. ... Esta cuarta dimensión se asimila a la que realiza el juez cuando le pedimos que lleve adelante, aun de oficio, lo que no significa sin litigio, como ya hemos visto, el control del cumplimiento de las garantías, propias del juicio de conocimiento” (Binder, 2018:314).

Una vez más se advierte que las *funciones* que cumple el juez en el proceso compositivo van delimitando el rol que tiene que tener en la etapa intermedia. De hecho, esta visión rechaza la posibilidad de que el proceso compositivo permita al juez aplicar su intuición o su propio sistema de valores morales, sino que “se trata antes bien de *generar condiciones de negociación y litigio, fundadas en criterios de juego limpio, de reciprocidad, de comprensión completa de todos los elementos del conflicto y de control sobre las formas abusivas.*” (Binder, 2018:318).

4. b) Soluciones compositivas del CPPF.

El CPPF establece que la solución del conflicto es uno de los objetivos políticos del proceso penal. En esa dirección, su art. 22 dispone que: “Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.”

Por eso, encontramos varios institutos que podemos identificar como propios del proceso compositivo. Están regulados a partir del art. 30 y se inspiran en los principios de solución no violenta de los conflictos.

4. b. 1) Criterios de oportunidad²⁴.

En el CPPF están previstos ciertos supuestos en los que se establece la facultad del Ministerio Público Fiscal de disponer de la acción penal, bajo un criterio de “legal oportunidad” (Solimine, 2015:123) es decir, sólo en los casos y bajo las condiciones previstas por la ley.

En ese sentido, Solimine explica que “en las antípodas aparece el modelo estadounidense donde el fiscal tiene amplia autoridad para decidir si investiga, si inicia formalmente persecución, si garantiza inmunidad a un imputado, si negocia con él, también para elegir qué cargos formula, cuando los formula y donde los formula...” (con cita de Bovino, 2015:123).

Los casos previstos en nuestro ordenamiento están detallados en el art. 31 que dice: “Criterios de oportunidad. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.”

De acuerdo con esa regulación, las situaciones previstas son las siguientes:

a) principio de insignificancia o bagatela (art. 31 inc. a): Para Solimine, al estar regulado en el código procesal, este es un caso de insignificancia procesal, que es más amplia que la insignificancia que postula la dogmática penal²⁵, por lo que la discusión no estaría referida a la entidad o significación del hecho como delito, sino que se funda en el menor interés que suscitaría el caso para orientar la capacidad operativa del aparato de persecución penal hacia los hechos más trascendentes. Aclara, eso sí, que hay que

²⁴ Para la elaboración del presente capítulo seguí el desarrollo que hace Marcelo Solimine en su obra “Bases...” citada en la bibliografía.

²⁵ El principio de bagatela es definido como aquel “según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva” (Zaffaroni, 2012:376). Se vincula al principio de lesividad, que “preserva de la reintroducción del derecho penal infraccional” (Binder, 2014b:26).

analizarlo en el caso concreto porque hay situaciones en las que, si bien que individualmente el caso no tendría trascendencia, cuando existe por ejemplo montado un mercado delictual, harían desaconsejable su aplicación.

b) Mínima responsabilidad (art. 31 inc. b): este también sería un caso de insignificancia, pero lo que se tiene en cuenta es la menor participación o culpabilidad del acusado.

c) Pena natural (art. 31 inc. c): Resulta aplicable si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesario y desproporcionada la aplicación de una pena, aunque no está limitado a los delitos culposos. Zaffaroni explica que se funda en el principio de humanidad que impone la exclusión de toda crueldad inusitada, consagrado en el art. 18 CN y en Derecho internacional de los Derechos humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (2012:112). Agrega que “no puede ser indiferente al juez que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma... como tampoco si el autor de un homicidio culposo sufre la pérdida de un hijo o de toda su familia” (2012:743). En el ámbito federal, podría aplicarse a los casos en que las personas que transportan cápsulas de clorhidrato de cocaína dentro de su cuerpo (conocidas como *mulas*) sufren daños en caso de explosión de aquellas.

d) Sanción suficiente (art. 31 inc. d): en este caso, se renuncia a la persecución de algunos hechos para dedicar todos los esfuerzos a la investigación de los más graves. Son casos por ejemplo de concurso real entre un homicidio agravado y un delito de daño.

La aplicación de un criterio de oportunidad permite declarar extinguida la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide, aunque deja abierta la posibilidad a la víctima de pedir la conversión de la acción penal pública en privada (art. 252 CPPF).

4. b. 2) Conversión de la acción penal pública en privada.

Al respecto, Solimine explica que, si bien el Ministerio Público Fiscal puede manifestar su desinterés en perseguir un hecho, eso no puede significar la desprotección de la víctima, que igualmente quedará habilitada para llevar su caso a tribunales. De esa forma, el Ministerio Público Fiscal puede concentrar sus esfuerzos en los casos de mayor trascendencia y daño social.

El art. 32 CPPF establece que la víctima podrá pedir la conversión de la acción pública en privada en los siguientes casos:

- a. Si se aplicara un criterio de oportunidad: son los casos contemplados en el art. 31.
- b. Si el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria. Esto le permite a la víctima actuar como querellante autónomo, es decir “ejercer *per se* la acción penal” cuando el fiscal se pronuncia en sentido desincriminatorio y la víctima decide proseguir por su cuenta con la persecución penal (Solimine, 2015:132).
- c. Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

Sobre este novedoso instituto hay algunas reglas generales: 1. La acción nunca podrá continuar si el acusador público desestima la denuncia por inexistencia de delito o archiva las actuaciones por no poder proceder, decisión que puede ser revisada por el fiscal superior, lo que surge de lo previsto en los arts. 252 y 315 CPPF: 2. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela; 3. Por último, para continuar ejerciendo la acción, la víctima debe formular querrela y el caso continua como un proceso de acción privada (art. 314 CPPF).

4. b. 3) Conciliación.

El instituto que, en mi opinión, mejor representa las ideas del proceso compositivo, con sus principios rectores, es la conciliación. Dentro del enfoque metodológico que hemos realizado, si bien es deseable que los acuerdos entre las partes se logren en los primeros momentos del proceso penal (González Postigo, 2019:194), lo cierto es que es factible lograr que las partes arriben a un acuerdo aun en la audiencia de la etapa intermedia.

La conciliación está regulada en el art. 34 CPPF que dice: “Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de

muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán solicitar la reapertura de la investigación”.

La conciliación está sujeta a los siguientes requisitos:

- desde el aspecto objetivo, debe tratarse de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte;
- se trata de un acuerdo entre imputado y víctima, lo que permite a esta última recuperar una mayor intervención acorde a la mayor importancia que debe tener el conflicto primario;
- requiere homologación judicial en audiencia.

El efecto del cumplimiento del acuerdo es la extinción de la acción penal. Mientras esté cumpliéndose, el legajo se reserva y el caso podrá reabrirse ante el incumplimiento de lo acordado.

4. b. 4) Suspensión del juicio a prueba.

Este instituto, propio del proceso compositivo, está regulado en el artículo 35 del CPPN. A partir de la sanción de la ley 27.147, la regulación contenida en el Código Penal quedó vigente sólo como residual para los casos en que no esté regulada por normas locales.

El art. 35 dispone como recaudos de procedencia que: “La suspensión del proceso a prueba se aplicará en alguno de los siguientes casos: a. Cuando el delito prevea un máximo de pena de TRES (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido CINCO (5) años desde el vencimiento de la pena; b. Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable; c. Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad. ... El imputado podrá proponer al fiscal la suspensión del proceso a prueba. Dicha propuesta podrá formularse hasta la finalización de la etapa preparatoria, salvo que se produzca una modificación en la calificación jurídica, durante el transcurso de la audiencia de juicio, que habilite la aplicación en dicha instancia. El acuerdo se hará por escrito, que llevará la firma del imputado y su defensor y del fiscal, y será presentado ante el juez que evaluará las reglas de conducta aplicables en audiencia.

Se celebrará una audiencia a la que se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta a imponer. El control del cumplimiento de las reglas de conducta para la suspensión del proceso a prueba estará a cargo de una oficina judicial específica, que dejará constancia en forma periódica sobre su cumplimiento y dará noticias a las partes de las circunstancias que pudieran originar una modificación o revocación del instituto. La víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta. Si el imputado incumpliere las condiciones establecidas, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o la querrela solicitarán al juez una audiencia para que las partes expongan sus fundamentos sobre la continuidad, modificación o revocación del juicio a prueba. En caso de revocación el procedimiento continuará de acuerdo a las reglas generales. La suspensión del juicio a prueba también se revocará si el imputado fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión...”

En resumen, este instituto está previsto para tres supuestos: para casos en los que no proceda la pena privativa de libertad (inc. c); en los que proceda, si puede ser dejada en suspenso su ejecución (inc. b); y, aunque proceda y no pueda ser dejada en suspenso su ejecución, si el hecho no tiene prevista una pena máxima superior a los tres años y el imputado no hubiera sido condenado anteriormente o hubieran transcurrido cinco años desde el vencimiento de la pena (inc. a).

Es decir, en el caso del inc. c) está prevista para delitos reprimidos con multa o inhabilitación –circunstancia esta última, expresamente excluida de la regulación del Código Penal-. Respecto de la multa no se exige su pago, a diferencia del C.P.

A su vez, en el supuesto del inc. b) se exigirá que el imputado no tenga antecedentes penales, aunque el delito tenga prevista un máximo de pena superior a tres años, ya que estas son las condiciones que hacen procedente una condena de ejecución condicional.

Por último, el inc. a) está previsto para delitos menores (pena máxima no superior a tres años) y admite su concesión aun cuando el acusado haya cumplido pena de prisión si transcurrieron cinco años desde el vencimiento de la condena. Esta regulación es más restringida que la del C.P. que conforme el art. 76 bis, primer párrafo, sólo tiene en cuenta el máximo de la pena sin exigir condiciones personales al imputado²⁶.

²⁶ CÓDIGO PENAL. “ARTICULO 76 bis. El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello

Más allá de las particularidades de la regulación, lo que se advierte es que el acuerdo es entre el acusado y el fiscal, mientras que la víctima sólo es citada a la audiencia. No es necesario ofrecerle reparación ni que preste su consentimiento.

Esta regulación vuelve a sacarle el protagonismo que la víctima tiene que tener en el proceso compositivo como parte esencial del conflicto primario. En cambio, se optó por una fórmula en la que es el fiscal el que asume el protagonismo, el Estado expropia el conflicto, con lo cual parece un diseño más compatible con un modelo inquisitorial. Es decir, es una regulación que no coincide con los principios políticos del proceso compositivo de los sistemas acusatorios adversariales. De esta forma, es probable que, si el fiscal no trabaja con la víctima, este instituto funcione como un subterfugio de los imputados solamente para salir del paso, que sea usado por los fiscales para “sacarse trabajo de encima” y que no tenga virtualidad para resolver el conflicto.

4. c) Reglas generales para todas las reglas de disponibilidad de la acción.

Por último, y con aplicación a todas las reglas de disponibilidad de la acción, el art. 30 in fine prevé lo siguiente: “No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciera como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL fundadas en criterios de política criminal.”

La regla para los funcionarios públicos es un criterio que se suele mantener en todas las regulaciones sobre ética pública porque tiende a preservar el funcionamiento correcto del Estado y resguardar a sus instituciones de posibles actos de corrupción.

implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.”

Es criticable, en cambio, el criterio rígido que se adoptó respecto del tratamiento de la violencia *doméstica* -más allá de lo criticable del uso del término “doméstica”-, ya que probablemente generará un desajuste en otras áreas de actuación, porque una disposición así no permite abordar la compleja problemática que suele estar detrás de situaciones como la violencia de género, de niños, ancianos, etc.

Hay situaciones tan dispares que no puede resolverse con criterios legales rígidos y necesitan, al contrario, un abordaje interdisciplinario y enfocado al caso concreto. Está claro que no es lo mismo el caso de una amenaza aislada que unas lesiones gravísimas dolosas en perjuicio de la conviviente.

Por otra parte, esta regulación le quita toda posibilidad de decisión a la víctima, ya que la considera en abstracto sin capacidad de decidir, como un sujeto inferior que no puede negociar. No siempre el interés preponderante es el interés público.

En casos como este, son de utilidad los principios que tendrá que tener en cuenta el juez para homologar o no un acuerdo: ver si hay armonía, tolerancia o sometimiento. Con lo que un criterio legal rígido no es útil en casos como este.

Sin perjuicio de lo expuesto y las objeciones señaladas, la regulación del Código Procesal Penal Federal significa un gran avance respecto de la regulación actual y, con una interpretación acorde a los principios políticos del acusatorio, podrán corregirse estos defectos de diseño.

5. La etapa intermedia. Control de la acusación y de las pruebas²⁷.

5. 1) Control de la acusación en el marco del sistema de garantías.

La audiencia de etapa intermedia puede tener un segundo momento al que llegamos si se descarta una solución compositiva o si se rechazó un pedido de sobreseimiento. En ese caso, se ingresará al control de la acusación propiamente dicho.

La investigación penal preparatoria les permitió a los acusadores reunir la información y la evidencia necesaria para saber si es posible someter a juicio a una

²⁷ Parte del desarrollo del presente título se hizo en base a explicaciones brindadas por el Prof. Alberto Binder en las clases de la Especialización y a lo expresado en el Conversatorio Online organizado por la Facultad de Derecho UNMdP (26/08/20): “La acusación y su control en el sistema acusatorio adversarial a cargo del Profesor Alberto Binder”.

persona acusada de un delito. En base a los elementos reunidos, presentarán su acusación. Pero para evaluar la seriedad de esa acusación, los sistemas acusatorios tienen prevista una etapa en la que aquella es sometida a control, es decir, el caso no pasa automáticamente a juicio oral.

Como dije en la introducción, la práctica actual muestra que en esas audiencias no se hacen planteos, no se cuestiona la acusación ni se analiza seriamente qué pruebas son realmente útiles para respaldarla.

La importancia de tomarse en serio la etapa intermedia tiene que ver con evitar que lleguen a juicio acusaciones con vicios o que no tengan ningún fundamento o posibilidades ciertas de lograr una condena. Especialmente, para no exponer a una persona al sufrimiento de tener que transitar un juicio oral y público que no tenga ningún asidero, sumado al desgaste jurisdiccional innecesario que alimenta la sobrecarga endémica del sistema penal.

Esa es la razón por la cual los jueces y juezas deben asumir un rol proactivo en la etapa intermedia. Con ese fin deben realizar el control de garantías de oficio a través del litigio y la oralidad, fomentando el contradictorio entre las partes. Es allí donde deben agotarse todas las discusiones previas al juicio oral y que tengan relación con su preparación. Juegan un papel muy diferente al de los jueces de juicio.

En el sistema federal se ha previsto la realización de la audiencia de control de acusación en forma obligatoria (art. 279 CPPF), a diferencia de otros sistemas donde se prevé como optativa, es decir, se realiza sólo si hay planteos de las partes.

¿Qué tipo de control hace el juez en esta audiencia? La doctrina distingue entre el control formal y el sustancial (Binder, 2013b:247).

El control formal tiende a corregir o subsanar vicios para evitar que la acusación contenga errores, por ej. la identificación correcta del acusado, la descripción precisa de los hechos, etc. En cambio, el control sustancial tiende a verificar que la acusación sea fundada, es decir que tenga las condiciones de fondo que permitan evaluar como probable la posibilidad de obtener una condena en juicio.

En este momento procesal también se manifiesta la tensión que existe entre la eficacia (la búsqueda de hacer reales los objetivos político criminales, para evitar la impunidad y tutelar los intereses victimizados) y las garantías (proteger al ciudadano de los abusos de poder del Estado): el acusador va a pugnar por llevar su caso a juicio y

lograr una condena, al tiempo que la defensa tratará de impedirlo y cerrar su caso con un sobreseimiento.

Y aquí nos encontramos con el problema de la verdad. Porque cuando el sistema penal quiere usar las cárceles, se despliega el sistema de garantías, para proteger al acusado. En esa dirección, se ha explicado que “El primer problema al que se enfrenta una justicia de base republicana es el de la legitimidad del juez. ...es el único funcionario de un sistema republicano al que se le exige que no represente y que no “gestione” ningún interés. ... Lo único que le permite al juez construir legitimidad, desde una perspectiva diferente a los valores (y los intereses que se expresan en ellos), es su compromiso con la verdad.” (Binder, 2014b:19).

En el modelo inquisitorial la verdad actuaba como motor de búsqueda, lo que le permitía al juez perseguirla más allá de las condiciones del litigio, impulsando el caso, incorporando prueba de oficio. En cambio, en el sistema adversarial, “existe una aparente paradoja: debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla. ...El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que debe exigir la verdad a los acusadores, no a las partes, porque el sistema adversarial no se caracteriza por la igualdad de las partes en una mera bilateralidad, sino en la exigencia a aquellos, de que prueben la verdad de sus acusaciones” (Binder, 2014b:19).

Queda claro entonces que la verdad no depende de los intereses ni se construye mayoritariamente, sino que la verdad debe corresponder a un hecho ocurrido, por eso se usa la idea de verdad como correspondencia.

Esta función de la verdad como límite y el compromiso del juez con ella, es la base sobre la que se asienta todo el sistema de garantías que rige en el proceso de conocimiento. Ese concepto de verdad se traducirá luego en proposiciones fácticas por lo que -siguiendo a Binder- todo el sistema de garantías se asienta sobre el concepto de *verdad del hecho*.

El sistema integral de garantías se construirá sobre tres dimensiones:

REQUISITOS DE VERIFICABILIDAD: ayudan a delimitar con máximo detalle el hecho penalmente relevante, abarca todo aquello sobre lo cual habrá que atribuir valor de verdad. Responde a la pregunta ¿sobre QUÉ vamos a decir verdad? y es abordada por la Teoría del tipo penal;

REGLAS DE COMPROBACIÓN: determinan cómo obtengo y valoro la información con la que voy a construir la verdad del hecho. Comprende tanto el conjunto de filtros para evitar que la información llegue distorsionada o manipulada, así como también y las reglas para construir el relato final. Responde a la pregunta siguiente: ¿CON QUÉ información voy a construir el relato del hecho? La desarrolla la Teoría de la prueba;

CONDICIONES DE VERIFICACIÓN: explica el modo en el que voy a construir la verdad del hecho. Constituye la “serie de requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo como se construye esta verdad, según la específica obligación de cada una de las partes” (Binder, 2014b:25). Responde a la pregunta siguiente: ¿CÓMO se construye la verdad? Es la Teoría del Juicio.

Estas tres dimensiones forman parte de un sistema integral que no puede ser analizado de forma aislada (Binder, 2014:25) y son consideradas herramientas de garantías, porque limitan el poder del Estado en el proceso penal.

En el control de acusación, es importante advertir que la verdad no podrá construirse de cualquier manera. Hay tres principios garantizadores acerca del modo en que debe hacerse: la imparcialidad, la contradicción y la publicidad son las denominadas garantías de primer orden.

Respecto de la *imparcialidad* solo diremos que se refiere al conjunto de reglas que caracteriza la función del juez, alejada de la gestión de intereses, el juez custodia las reglas, no gestiona intereses, para eso están las partes, las que podrán litigar sobre los hechos, el derecho, la pretensión punitiva y los valores. El marco del litigio fijará los alcances de la decisión del juez.

El *principio de contradicción* es aquel que le permite al imputado contradecir todo. El juego de roles marca que, si tenemos un juez que no gestiona intereses, frente a él, tiene que haber dos partes que los gestionen eficazmente porque si no el juez se tiente a intervenir. También el juez debe garantizar que el acusado tenga la posibilidad de contradecir, cuestionar, oponerse a la acusación.

Es por eso que, si tenemos que garantizarle al acusado la posibilidad de defenderse eficazmente, la contracara de ello, será que le exigiremos al acusador la CERTEZA DE LA ACUSACIÓN.

En los sistemas acusatorios, esta etapa intermedia está prevista para que la defensa tenga acceso total a la acusación y a los medios de prueba que pretendan usar los

acusadores, y también a cuestionarlos. Por estas razones pienso que en la audiencia se deberá hacer el control formal tanto como sustancial de la acusación.

La certeza de la acusación demandará que esta sea completa, única, fundada y no sorpresiva. Veamos cada uno de esos requisitos y la regulación contenida en el CPPF.

a) ACUSACIÓN COMPLETA: la pieza de acusación que se presente por escrito en la oportunidad del art. 274, debe contener la indicación completa de los hechos, la subsunción legal, la prueba y la pena.

El **hecho** penalmente relevante tiene que estar explicado en proposiciones fácticas con máximo detalle y precisión, ya que cada una de ellas deberá ser acreditada como verdadera (art. 274 inc. b CPPF). Pero además hay que tener en cuenta que “...no se trata de cualquier hecho, sino de aquel previsto en la ley como delito, no se trata de cualquier actividad del autor, sino solo de aquella evitable, y por lo tanto reprochable; no se trata de una pura acción, sino de aquella que produce un daño y no una interacción dañosa, y no se trata de cualquier daño, sino de uno relevante y relacionado con el tipo de respuesta.” (Binder, 2014b:26). Sólo así se podrán garantizar los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, que son las garantías de primer orden de los requisitos de verificabilidad.

En relación al **derecho**, se exige al acusador que exprese la subsunción en las normas penales con máximo detalle. Al respecto, el CPPF exige en el art. 274 inc. d que la acusación contenga: “La expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado en ellos.”

Sobre el principio de congruencia, el código previó en el art. 274 *in fine* que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, aunque se invocare una calificación jurídica distinta a la asignada en esa oportunidad. Es decir, no debe haber una alteración sustancial en los hechos, aunque pueda cambiar la subsunción legal. Sin embargo, tampoco podrá variar excesivamente, como ocurriría si se formalizaron cargos por encubrimiento y se plantea una acusación por robo, por ejemplo.

En relación a la congruencia entre acusación y sentencia, el art. 307 establece expresamente la necesaria correlación entre acusación y sentencia al disponer que “La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al

hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado, siempre que haya sido objeto de debate.”

Aquí hay una norma que podría ser problemática. Me refiero al art. 275 que dice: “Acusación alternativa. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren comprobados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal. La misma facultad tendrá la parte querellante. La acusación alternativa será propuesta de modo claro y diferenciada, según lo que dispone el artículo 274, inciso b)”.

Como dije más arriba, la interpretación de esta norma debe hacerse conforme al principio de congruencia. Está claro que no hay problema con los casos de concurso aparente ni tampoco con el hecho de que, si no se prueba la circunstancia agravante, podría condenarse por la figura básica. Pero rompería la completitud de la acusación, si quieren plantear una acusación por robo o alternativamente por defraudación.

El ofrecimiento de **prueba** debe ser completo e indicar la relación con las proposiciones fácticas que se quieren acreditar con cada medio probatorio propuesto. No puede consistir en el repaso de las medidas que se adoptaron en la investigación penal preparatoria ni tampoco el resumen del legajo de la acusación. En el siguiente apartado, voy a analizar en mayor profundidad qué control debe hacerse sobre la legalidad, pertinencia y relevancia de la prueba.

Finalmente, se exige la determinación de la **pena**. Lamentablemente, el inc. h del art. 274 del Código solo le pide al acusador “el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado”.

Comparto la crítica que hace Binder a este tipo de disposiciones, porque en el ámbito federal tenemos delitos que tienen escalas penales que van de los 4 a los 15 de prisión, por ejemplo (art. 5 inc. c ley 23.737), lo que puede tener mucha incidencia en las decisiones que tome la defensa, que podría aceptar un juicio abreviado si le piden el mínimo de la pena, pero seguramente no lo aceptaría si como pena estimada el fiscal le pide 15 años aunque en el juicio termine pidiendo una pena inferior.

Además de ser un elemento central para definir una estrategia de defensa, si tenemos en cuenta que en esa oportunidad el acusador debe ofrecer también la prueba

para acreditar las circunstancias que permitan la determinación de la pena (art. 274 inc. g) y que la audiencia de etapa intermedia exige una preparación muy estricta del caso, surge claro que aquel tiene ya todos los elementos para saber qué pena pedirá, por lo que conforme a las reglas del *fair trial*, se debió exigir el pedido de pena concreto.

b) ACUSACIÓN ÚNICA: Esto quiere decir que al juicio tiene que ingresar una sola teoría del caso, para que la defensa pueda armar su estrategia en base a esa acusación. Se relaciona con el *fair trial*, para que la fuerza de las partes esté en equilibrio.

Es posible que existan diferentes intereses entre los acusadores, distintos niveles de víctimas que incluso hasta pueden tener intereses contrapuestos. En un caso de esa naturaleza, el juez de la etapa intermedia deberá determinar cuál es *el interés preponderante*, es decir, a quien le va a dejar que gestione los intereses victimizados.

De hecho, el art. 276 admite la intervención de la querrela, dándole la posibilidad de adherir a la acusación de la fiscalía o presentar una acusación autónoma. Esto podría ser problemático si se interpreta que la querrela puede estar en el juicio oral y público con una teoría del caso distinta a la de la acusación.

Sin embargo, creo que esta posibilidad queda descartada con la previsión del art. 279 inc. “e” que le permite a la defensa “Solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa”.

En mi opinión, para garantizar el requisito de acusación única, la fiscalía y la querrela deben unificar sus posiciones y si tienen distintos enfoques sobre el hecho penalmente relevante, debe entenderse que hay perjuicio para la defensa, con lo que será el juez el que deberá decidir quién tiene el interés preponderante para seguir adelante con su teoría del caso.

c) ACUSACIÓN FUNDADA: esto significa que debe tener una razonable probabilidad de éxito en juicio, debe ser viable la obtención de una condena. Para determinar cuándo una acusación es fundada, hay que hacer un juicio de razonabilidad de la correlación entre los hechos y la prueba, acerca de la posibilidad de que se haga lugar a la acusación y se obtenga una condena en el juicio oral y público con esos elementos.

Acá se pone en juego también el concepto de antinomia fundamental, porque el juez de la etapa intermedia tiene que evaluar la acusación, para dar respuesta a los intereses victimizados, para no exigir un estándar que sea casi imposible de superar, pero

al mismo tiempo tiene que proteger al acusado y no exponerlo a un juicio que no tiene ninguna probabilidad de éxito, con el dolor y sufrimiento que ya de por sí implica estar sometido a la justicia penal. No se puede dejar pasar una acusación que no tenga fundamento fáctico y probatorio serio.

d) ACUSACIÓN NO SORPRESIVA: La defensa tiene que tener la posibilidad y el tiempo de preparar adecuadamente su caso, por eso el fiscal tiene que mostrar todo su juego cuando formula su acusación. En la etapa intermedia, el acceso al legajo de investigación es total, incluso tiene el deber de mostrar las pruebas que conspiran contra la teoría del caso del propio fiscal, con fundamento en el principio de buena fe procesal y *fair trial*²⁸.

Este control de la acusación, a cargo de un juez de revisión en el sistema federal, es el que se hace en la etapa intermedia, una vez que se descartaron soluciones compositivas y se decide ir a juicio. Lo cierto es que todas las decisiones que el juez adopte, deben ser resultado del litigio entre las partes, basadas en sus argumentos y planteos.

5. 2) Control de la prueba: descubrimiento, admisibilidad y exclusión probatoria.

Uno de los aspectos que creo que es de fundamental importancia es el desarrollo de la teoría probatoria a la luz de los principios de los nuevos sistemas acusatorios adversariales. La etapa intermedia es el momento procesal en el que se decidirá qué pruebas son admitidas y cuáles no en el juicio oral. Como dije en la introducción, el caso debe llegar “limpio” a juicio oral, por lo que los planteos e impugnaciones sobre la prueba, deben hacerse en esta oportunidad.

La verdad está en el centro de la escena. Para mayor precisión del concepto de verdad, Schiavo explica que en realidad corresponde hablar de la “verdad procesal” que

²⁸ Así lo establece expresamente el art. 91: “Principios de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal. Conforme al principio de objetividad, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado. Conforme al principio de lealtad procesal, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL estará obligado a exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo”.

es aquella que “se conoce ... a través del proceso, sólo por lo que ha sido producido en el mismo, bajo las formas legales establecidas y en los tiempos que este determina” (2015:20). Además, como el concepto de *verdad* está indisolublemente ligado al de *hecho*, sólo cabe admitir el concepto de *verdad como correspondencia*.

Más arriba, hablé de las tres dimensiones del sistema de garantías que giran en torno a la verdad del hecho (requisitos de verificabilidad, condiciones de verificación y reglas de comprobación). Las condiciones de verificación establecen la forma en la que se construirá la verdad en el proceso, por lo que “Dentro de ésta se establecen las condiciones de los órganos encargados de investigar, como de aquellos asignados a juzgar; del derecho a la defensa y del real ejercicio del mismo pudiendo comprender la acusación (clara, precisa, circunstanciada), ofreciendo prueba, como así también permitiendo el control de aquella utilizada para acreditar la imputación. En este punto cabe considerar las llamadas ‘reglas de exclusión’, como las de ‘pertinencia y admisibilidad de las pruebas’” (Schiavo, 2015:21). Entonces lo primero a tener en cuenta es que cuando el juez admite o desecha prueba, está cumpliendo también aquí una función de control de garantías, es decir, controla la forma en la que se va a construir la verdad en el proceso.

La primera regla que contiene el CPPF acerca de la forma en que se va a construir el concepto de verdad está contemplada en el art. el art. 135 inc. “c” CPPF que establece que: “Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna”. Esta norma es compatible con los principios del modelo acusatorio adversarial: el juez no va a ir a buscar la verdad, y como consecuencia de ello, no puede incorporar prueba de oficio. En este sentido, el juez cumple un rol de tercero imparcial frente a la *incorporación* de prueba al proceso, sólo podrán hacerlo las partes en el marco de sus respectivas teorías del caso.

Sin embargo, eso no significa tampoco que pueda permitir el ingreso de *toda* la prueba que proponen las partes.

Para González Postigo hay cinco discusiones pendientes acerca de la prueba: su descubrimiento, la admisibilidad y exclusión probatoria, la producción y control, la valoración de la prueba y la fundamentación o motivación (2019:109).

Me voy a concentrar sólo en las dos actividades que se desarrollan en la etapa intermedia: el descubrimiento y la admisibilidad y exclusión de la prueba.

La discusión acerca del *descubrimiento* se relaciona con la necesidad de concederle al imputado el tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa, lo que explica la obligación del acusador de detallar en su acusación escrita todas las pruebas que pretende ingresar al juicio y autorizar el acceso total del acusado al legajo de la fiscalía o la querrela. Esta cuestión se enmarca en la obligación de presentar una acusación completa también respecto de la prueba, en el marco del Principio de contradicción (ver apartado 4.1.).

El autor citado explica que en el derecho probatorio conviven dos tradiciones: a) la corriente racionalista de la prueba de Bentham en la que, como la finalidad del proceso penal es averiguar la verdad, ello debe lograrse a través del principio de libertad probatoria por lo que el juez tiene que tener acceso a la mayor cantidad de información posible y no ven con buenos ojos reglas limitativas o de exclusión probatoria; y b) la otra, una corriente limitativa de la prueba que propicia la existencia de filtros de admisibilidad para evitar que ingrese al juicio información de mala calidad²⁹.

El problema es, en opinión de este autor, que los códigos adversariales recibieron la influencia del paradigma tradicional en la recepción del ‘principio de amplitud o libertad probatoria’ que es compatible con el modelo inquisitorial donde el juez busca la verdad material, cueste lo que cueste.

Como correlato de lo anterior, en el segundo nivel, *de admisibilidad y exclusión probatoria*, la fórmula de la amplitud o libertad probatoria ha generado confusión en el modo de comprender la admisibilidad de la prueba, especialmente en los filtros que deben hacerse en la etapa intermedia lo que ha producido la concepción errada de que debe permitirse el ingreso de toda la prueba que propongan las partes y hacer un control pasivo o formal de aquella.

Tal como surge de lo expresado más arriba, en el paradigma de los sistemas acusatorios adversariales, las reglas sobre la prueba son herramientas de garantía, es decir, son obstáculos que se le presentan al acusador si quiere usar la cárcel. Esa es la razón por la que no puede permitirse que ingrese información de mala calidad al juicio oral, lo que exige desarrollar “herramientas concretas para realizar un control de mérito de la prueba

²⁹ Un ejemplo de la corriente limitativa son la Normas Federales de Evidencia del sistema norteamericano que regulan el modo en que la prueba ingresa al proceso judicial. (Un poco más sobre Normas Federales de Evidencia contiene Schiavo, op. cit.).

que presenten las partes y que pretendan ingresar al juicio oral” (González Postigo, 2019:111).

Para abordar con mayor precisión esta problemática, hay tres conceptos vinculados al control probatorio: admisibilidad, pertinencia y relevancia.

Schiavo explica que para construir la hipótesis de la imputación -que se hará siguiendo las reglas establecidas por las condiciones de verificación, es decir, no se hace de cualquier manera sino respetando ciertos principios-, es necesario que ésta se apoye en pruebas. Esas pruebas deben ser consideradas válidas y pertinentes para acreditar los extremos de la imputación (2015:34).

En primer lugar, para ser *admisibles* o legales, las pruebas deben haberse producido en el marco del debido proceso, es decir, en respeto a las garantías constitucionales y legales para su producción. Admisibilidad está relacionado con legalidad³⁰.

En segundo lugar, “una prueba es *pertinente* para acreditar un hecho si ella demuestra una conexión entre su aporte y aquello que pretende acreditarse por su intermedio” (Schiavo, 2015:35), es decir se refiere al vínculo entre una información y los hechos penalmente controvertidos.

Hay un último concepto, que es la *relevancia* que tiene que ver con la fuerza probatoria que tiene un determinado relato, la capacidad que tiene una prueba de decir que un hecho existió. Los criterios de relevancia se clasifican, a su vez, en reglas de credibilidad, que tienen que ver con el conducto de la información (credibilidad del testigo, experticia del perito, etc.); y reglas de peso, que es la capacidad de una determinada prueba de acercarme a la verdad del hecho, estableciéndose que tendrán más peso aquellas pruebas que se hayan obtenido siguiendo las reglas técnico científicas y que sean acorde a las normas de experiencia sociales. La relevancia será evaluada en el juicio.

¿Qué controles deben hacerse en la etapa intermedia? Creo que el juez de la etapa intermedia controlará la legalidad o la *admisibilidad* de las pruebas –aunque también pueda hacerlo un juez de garantías en momentos anteriores del proceso e incluso los jueces de juicio pueden también hacerlo, pero a través del instituto de la invalorabilidad-

³⁰ Algunos de los conceptos que se utilizan en este título fueron tomados de las clases del Prof. Binder en la Especialización, lo que explica la omisión de algunas citas.

Pero también creo que tiene que controlar su *pertinencia*, es decir, tendrá que analizar si las pruebas ofrecidas por las partes tienen conexión con los hechos controvertidos, porque no es conveniente introducir en el juicio prueba que no acredite las proposiciones fácticas que sustentan la teoría del caso de la parte que la propone.

Binder agrega que hay un caso que debe analizarse también en la audiencia de etapa intermedia: habla de “irrelevancia por sobreabundancia” que ocurre cuando se presenta demasiada prueba para acreditar una misma proposición fáctica.

El riesgo de seguir un criterio aperturista es la indebida influencia que puede tener el ingreso de prueba que no es confiable para quien luego debe valorarla. Por eso, Schiavo propone la creación de una metarregla para reducir al extremo la posibilidad de un falso positivo (personas materialmente inocentes, pero jurídicamente declaradas culpables). En ese sentido, uno de los mecanismos que entiende que podría ser más factible para ese fin es “incrementar las facultades discriminatorias del juez para con las pruebas, ya sea reclamando una mejor calidad y cantidad de evidencias para ser conocidas por el jurado...” (Schiavo, 2015:37).

Frente a la complejidad que tiene el escenario de la prueba, sin embargo, la regulación que contiene el CPPF es muy acotada. Creo que, en este punto, como en otros en que es necesario definir los nuevos roles de las partes y de los jueces, la jurisprudencia tendrá que ir definiendo los alcances de los controles sobre la prueba, respetando los principios políticos del sistema acusatorio adversarial.

Eso sí, hay que tener en cuenta que las decisiones que adopte el juez deben enmarcarse en los planteos y argumentaciones de las partes. Si advierte que alguna prueba ha ingresado al proceso de manera ilegal o detecta falta de conexidad de la prueba con las proposiciones fácticas, deberá anunciarlo a las partes e invitarlas a litigar sobre el punto; para finalmente decidir en base al marco argumentativo de aquellas.

El art. 134 CPPF hace mención a la admisibilidad o legalidad de las pruebas: “Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, *salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley*. Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, *siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales* y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.”

En relación a la pertinencia de la prueba, el Código contiene en su art. 135 inc. “d” una norma en la que se establece que: “Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, *directa* o *indirecta*, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes.”

Hay tres conclusiones que podemos sacar de la lectura de esa regla: a) en primer lugar, constituirá un desafío serio determinar qué se entiende por conexión *indirecta* de las pruebas con el objeto del proceso. Es una tarea que se irá definiendo a través de la jurisprudencia, donde se manifestará también el equilibrio entre eficacia y garantías, pero puede acarrear problemas de interpretación y abrir la brecha hacia el principio aperturista; b) se recepta la irrelevancia por sobreabundancia; c) la frase final del inciso puede ser problemática en cuanto veda el control judicial si hay acuerdo de partes. Si bien es compatible con la mayor intervención de las partes, hay que tener en cuenta también las condiciones de legitimidad del proceso, que deben ser tuteladas por el juez. Ello, sumado a la realidad descrita en la introducción, respecto a la falta de planteos y controles de las partes, lo que no puede limitar los controles de oficio de las garantías que están a cargo de los jueces.

Dejo planteados los interrogantes, porque lejos estoy de poder darles una respuesta. Sólo puedo decir que acá también se manifiesta la contradicción que existe entre el principio de libertad probatoria y la corriente limitativa. Una vez más, traigo a colación las expresiones de Schiavo que me parecen de una gran claridad: “Esta contrariedad entre un principio de apertura hacia el ingreso, destinado a la adopción de una decisión que cuente con la mayor cantidad de información posible, frente a una disposición de clausura que deja fuera información que, en otro contexto puede ser relevante, es lo que permite sostener que la verdad a la que se hace referencia en un proceso es de una naturaleza procesal, y es esta última la que debe ser suturada, tomando para dentro de sí los déficit probabilísticos que ello genera, como a su vez, imponiendo reglas de distribución para la solución de casos de alta incertidumbre.” (2015:36).

Igualmente hay que tener en cuenta que la regla contenida en el art. 135 inc. “d” es una regla general del Código, que puede tener diferentes interpretaciones y alcances según el momento procesal en que pretenda ser utilizada. Podemos proponer una interpretación que permita la *producción* de todos los medios probatorios que pretendan

las partes en la investigación penal preparatoria, pero en cambio limitar su *ingreso* al juicio oral y público a aquellas más conectadas con la hipótesis de la acusación, siempre para alejar lo máximo posible el peligro de condenar a un inocente, riesgo que aumenta notablemente si permitimos que ingrese información de baja calidad, que contenga falsedades, prejuicios, trascendidos, testimonios de oídas, etc.

Comparto la postura de aquellos que sostienen que el juez de la etapa intermedia debe controlar no sólo la admisibilidad sino también la pertinencia de la prueba, por los peligros que entraña no hacerlo. Insisto en esta idea, y en coincidencia con este criterio se ha explicado que “la inadmisibilidad, que toma forma de exclusión, tanto puede derivar de la infracción constitucional o normativa a las formas de la prueba, del incumplimiento de los requisitos legales para la conexión pertinente de esa prueba con lo que se quiere acreditar, como por los riesgos que esa evidencia tiene de conducir a confusión al órgano que debe juzgar” (Schiavo, 2015:38). Duce también propone una depuración de la evidencia en la etapa intermedia para no confundir el problema del ingreso de prueba al juicio oral con la fundamentación de su valoración que puedan hacer los jueces en la sentencia (2020:124)³¹.

El eje del sistema de garantías es precisamente que el fin (la eficacia del poder punitivo) no justifica los medios (introducir prueba ilegal, de baja calidad) y este equilibrio, donde se nos hace presente una vez más la antinomia fundamental, se manifiesta también en las reglas que existan respecto de qué prueba puede usarse en un juicio oral.

Finalmente, el art. 135 inc. “e” recepta la posibilidad de realizar convenciones probatorias cuando el hecho fuera admitido por todas las partes. Incluso admite que esos acuerdos puedan ser provocados por el mismo juez, aunque lo limita a los hechos notorios. En la audiencia de etapa intermedia, está previsto expresamente en el art. 279 5to. párrafo.

6. Conclusiones. Reconstruyendo el rol del juez.

³¹ “Una primera cuestión que estimo ha incidido en el pobre rol de las APJO en materia probatoria se vincula a la existencia de una concepción dominante en buena parte de los actores del sistema que los potenciales problemas que pudieran tener las evidencias que se intentan introducir a juicio oral, por ejemplo, las que dan cuenta de los procesos de reconocimiento ocular de mínima confiabilidad, son un tema de «valoración» de la prueba en juicio y no de admisibilidad (Duce, 2017: 348)” (Duce, 2020:122).

El objetivo de este trabajo era mostrar las discusiones que existen acerca del rol que debe tener el juez en la audiencia de etapa intermedia de los modelos acusatorios adversariales de justicia penal. No se pretendió dar una respuesta acerca de todos los interrogantes que existen, sino plantear algunas líneas de razonamiento a partir de las cuales delinear su actuación con mayor precisión.

En primer lugar, queda claro que en el proceso penal no hay un solo modelo de juez (Binder, 2018:106). Por eso, es equivocado traspolar las características del juez de juicio a los jueces que actúan en el resto del proceso. Los jueces y juezas de la etapa intermedia estarán regidos por principios de actuación diferentes a los de juicio³².

Así las cosas, partí del presupuesto de que es necesario que el juez sea proactivo en esta etapa, porque comparto la postura de Binder, González Postigo, Solimine, Duce, Lorenzo, Schiavo y los demás autores citados en este trabajo en cuanto a que es necesario que el juez dirija activamente el debate entre las partes, promueva el litigio, permita que los diferentes intereses y pretensiones se expresen en las audiencias, controle la acusación, las pruebas, se asegure que se respeten los derechos del imputado, etc. Y la mejor forma de hacerlo es con un juez que no sea pasivo, que no tenga una actuación meramente formal.

Todavía queda un largo camino por recorrer porque sigue y seguirá siendo problemático determinar hasta qué punto puede avanzar el juez si no hay planteos de las partes u objeciones de la defensa. Desde el aspecto procedimental, estoy convencida que los jueces tienen que pedir activamente información a las partes, y cuando adviertan alguna circunstancia que les genere dudas, planteárselos e invitarlas a litigar sobre ello, para finalmente decidir en el marco de sus argumentaciones.

Sin embargo, muchas cuestiones concretas se irán determinando, precisando recién a medida que avance la implementación del acusatorio en el ámbito federal.

Los hilos conductores que tomé para reconstruir el rol del juez tienen que ver con los siguientes aspectos:

-las características de los sistemas acusatorios y los principios políticos que los rigen;

³² Se expresado en este orden de ideas que: “Por el contrario, el rol del juez será pasivo durante el juicio oral en tanto en esa instancia ya se han agotado todos los mecanismos para resolver el caso. El juez estará mirando solamente a la acusación en tanto responsable de la carga de la prueba para obtener una sentencia en su favor.” (Rúa, 2018:83).

-la implementación de la oralidad en todo el proceso, como metodología de trabajo por excelencia;

-y las nuevas funciones asignadas a los jueces en la etapa intermedia: la primera de ellas, tendiente a solucionar el conflicto en el momento compositivo; y, la segunda, a la que se llega si se descarta una solución acordada, en tanto el juez cumple funciones de control formal y sustancial de la acusación, así como de admisibilidad y pertinencia de las pruebas.

La primera cuestión que quise destacar es que la decisión del tipo de justicia penal que se adopte, no responde solo a la necesidad de elegir un sistema u otro. Existe un trasfondo político detrás del tipo de justicia penal que tenemos.

En ese orden, expliqué el paralelismo que ha mostrado la doctrina entre los sistemas acusatorios adversariales y formas de Estado republicano y democrático. En cambio, los modelos inquisitoriales o mixtos de justicia penal son compatibles con formas autoritarias de ejercicio del poder del Estado.

Es acorde a los principios republicanos que el poder esté dividido, lo que explica la división de funciones que existe en los sistemas acusatorios: el acusador investiga, prepara su acusación y acusa porque tiene la carga de probar la verdad del hecho; el imputado, en cambio, se defiende asistido por su defensa técnica y al juez le corresponde resolver los litigios que se planteen, controlar que no se afecten derechos fundamentales del acusado y juzgar el caso.

Está claro que cambiará el rol del juez si tiene la responsabilidad de investigar, producir prueba, indagar, procesar al imputado. Es un juez corrido del lugar de imparcialidad porque gestiona los intereses de las partes, especialmente los del fiscal.

Ese juez, ante la comisión de un delito, ve una *infracción* a una voluntad superior, una *desobediencia* que genera desorden que él debe reestablecer y sancionar. Por eso, su actuación se enmarca en el *paradigma del orden* que parte del presupuesto de un hombre que debe ser *obediente*. La afectación a la autoridad causada por el delito, lo legitima para interferir y hacerse protagonista de todos los conflictos sociales, por lo que la víctima queda desdibujada y no es necesario tenerla en cuenta, lo que hace prevalecer el *conflicto secundario*, entre el acusado y la autoridad. Es un juez que se sabe formando parte de una estructura jerarquizada y burocrática, y como todos sus actos deben ser controlados por

la máxima autoridad, debe dejar todo por *escrito*, lo que hará formando prolijamente un expediente. Es un juez que *tramita*.

Muy distinto será el perfil de su actuación si pensamos en un juez que mira al delito como la manifestación de un *conflicto*, que busca que se repare el *daño* ocasionado a la víctima. Es un juez que asume la diversidad social y no tiene una visión negativa de los conflictos, aunque sabe que es necesario gestionarlos -en lo posible sin violencia- para evitar que se agraven, por eso su actuación se enmarca en el paradigma de la gestión de la conflictividad. Este sistema se asienta sobre la visión del hombre responsable que no debe dañar, pero si lo hace, tendrá que reparar el daño. Este juez comprende que su lugar de trabajo por excelencia es la sala de audiencias donde se expresarán la diversidad de intereses de las partes. No le tiene miedo a la confrontación de posturas, no quiere ahogar las discusiones porque sabe que es la forma en la que el conflicto se institucionaliza, transformándose en un *litigio*, para pacificarse. Ese juez advierte la tensión existente entre la necesidad de dar respuesta a los intereses victimizados y la de limitar al poder del Estado para proteger los derechos de la persona acusada de un delito, y que irá definiendo los equilibrios para cada caso concreto.

Como vemos, son cosmovisiones totalmente diferentes que se basan en modelos de hombre y de sociedad opuestos, lo que pone de resalto que la discusión excede el marco de la justicia penal. Nos cuesta abandonar el modelo inquisitorial –o mixto en su configuración actual- porque nos cuesta profundizar nuestra democracia. Estamos acostumbrados a ejercicios autoritarios, caudillescos del poder. Por eso, es tan importante en este trabajo de delinear el rol del juez de los sistemas acusatorios adversariales, que las instituciones o cláusulas procesales sean reinterpretadas a la luz del nuevo modelo procesal (Rua, 2018:84).

Para romper la tradición inquisitorial, Binder habla de *prácticas contraculturales*, refiriéndose a aquellas “con mayor capacidad de abrir brechas en la cerrada tradición inquisitorial” (2014b:76). Una de las que menciona es la utilización masiva de la oralidad y publicidad en todas las audiencias preliminares.

Por eso, como segundo eje de este trabajo, en función de la incidencia que tiene en la configuración del rol de juez, me referí a la adopción de la oralidad como forma de trabajo cotidiano.

En el diseño que han adoptado los sistemas acusatorios latinoamericanos, se adoptó la *oralidad* en todas las instancias del proceso³³ porque permite mayor transparencia y publicidad, que emana de la forma republicana de gobierno (Maier, 2016:609). Además, “es un modo de expresión que supera al modo de manifestarse por escrito” porque permite la interacción entre el emisor y el receptor, es inmediato, espontáneo, permite al emisor la entrega de información emotiva (Alliaud, 2016:34).

Las audiencias orales (valga la redundancia) permiten escenificar el conflicto porque es allí donde se formaliza la *contradicción* entre las partes. Eso permite extraer ciertas consecuencias necesarias: “la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia que incorpora el conocimiento para la discusión y decisión del caso (*inmediación*), la expresión oral de los actos (*oralidad*), la falta de interrupción de la audiencia del debate (*continuidad*) y la realización en ella de todos los actos necesarios para concluir (*concentración*) y, por último, la imposición de que los únicos actos idóneos para fundar la sentencia son aquellos incorporados en el debate y de que los únicos jueces habilitados para emitir el fallo son aquellos que presenciaron íntegramente la audiencia (*identidad física del juzgador*).” -el resaltado está en el original- (Maier, 2016:833)³⁴.

En sentido coincidente, se ha afirmado que “el conjunto de principios generales del sistema (como la oralidad, inmediación, publicidad, imparcialidad o resolución del conflicto) se convierte en una herramienta muy potente para que el juez pueda reconducir el sistema hacia la consolidación de la adversarialidad.” (Rúa, 2018:84).

En este sentido, la oralidad cambia mucho el trabajo del juez: “Ya no se trata de un juez que luego de haber escuchado a las partes, se retira a deliberar, con su biblioteca al alcance de su mano y sus empleados cerca, sino que ahora ese juez en forma inmediata, del mismo modo en el que se expresaron las partes, es decir, verbalmente, y contando solo con aquello que se haya ventilado en la audiencia, deberá tomar una decisión y explicitarla” (Alliaud, 2016:28).

Con la oralidad se reproduce, se reedita el conflicto que existe entre las partes, es la forma de institucionalizarlo para pacificarlo. Ya decía Ihering que: “La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha” (citado por Alliaud, 2016:31).

³³ La situación actual de pandemia por COVID-19 ha planteado nuevos desafíos a la oralidad y sus principios derivados. La discusión para aceptar o no la celebración de audiencias por medios telemáticos dependerá en gran medida al funcionamiento efectivo de los sistemas informáticos.

³⁴ Si bien el autor está hablando del juicio oral y público, al implementarse la oralidad a lo largo de todo el proceso, son principios aplicables a todas las audiencias.

El vínculo entre oralidad como condicionante de la actuación que tendrá el juez en el proceso penal es tan relevante que se ha llegado a sostener que: “una vez que ese conflicto ha sido canalizado a través de la justicia penal, el juez asume una función primordial en tanto se constituye en el **principal custodio de la herramienta para redefinir ese conflicto: la oralidad**. Por esta razón, afirmamos que el juez debe asumir un rol proactivo en las audiencias previas al juicio en tanto su preocupación central reside en la preservación del proceso y el litigio como mecanismos para resolver el conflicto primario.” (Rúa, 2018:82 -el resaltado está en el original-).

Si el juez necesita la mayor cantidad y mejor calidad de información para decidir, necesita también esa manifestación de la diversidad de pretensiones, que se exprese esa antinomia de la que habla Binder.

Es gráfico el contraste que se ha marcado entre los sistemas inquisitoriales y los acusatorios sobre la forma a la que el juez accede a la información que le permitirá construir la verdad del hecho: “El “ideal” del proceso inquisitorial es que todos los participantes, marchen de un modo armónico hacia la verdad, bajo la mano firme, rigurosa y “bondadosa” del juez, que es pensado finalmente como un buen padre de familia. Esa colaboración facilitaría su descubrimiento. En los sistemas adversariales, la verdad no está deslucida, al contrario; pero se estima que el juego amplio y tolerante de los intereses, el debate público, el contraste de la prueba, escuchar las diversas versiones que siempre existen sobre un hecho, es el mejor método para hallar la verdad” (Binder, 2013:96).

Esta es la lógica adversarial por excelencia “porque propicia la actividad de las partes en el litigio, antes que el trabajo unilateral del juez” (Binder, 2013:104).

Los dos ejes restantes tienen que ver concretamente con las *nuevas funciones* específicas que asume el juez en la audiencia de etapa intermedia.

Antes de ingresar al análisis de las funciones de la audiencia de etapa intermedia propiamente dicha, quiero mencionar brevemente dos cuestiones de las que hablan Rúa y González, en cuanto a que los sistemas acusatorios adversariales han venido a *rescatar a los jueces de la degradación funcional y la subordinación legal* (2018:81). Son grandes cambios que impactan en el rol de todos los jueces en general.

Con la degradación funcional, los autores quieren decir que se les ha sacado a los jueces dos grandes funciones. Por un lado, la conducción de la investigación, que implicaba adoptar las decisiones sobre el curso de la investigación, controlarse a sí mismo

y luego, adoptar una decisión sobre el mérito de esa tarea. En segundo lugar, se excluyó de la órbita de su responsabilidad, la gestión administrativa del tribunal, asignada ahora a la oficina judicial.

En segundo término, con el concepto de subordinación legal, se refieren al condicionamiento que se imponía a los jueces mediante la regulación legal de ciertos institutos procesales, y mencionan tres ejemplos. El primero, relacionado al régimen de nulidades, donde ante la presencia de un acto defectuoso, la única consecuencia posible era su declaración de nulidad, mientras en los sistemas acusatorios, en cambio, se trata de sanearlos. Otro de los ejemplos donde se evidencia las grandes limitaciones impuestas legalmente a la función del juez, era en el modo de valoración de la prueba donde se imponían reglas muy rígidas que trataban de frenar de algún modo la discrecionalidad judicial. Y el otro ejemplo que mencionan es el régimen de los recursos, que funcionaban en los sistemas inquisitoriales como modo de control, utilizando como medios para hacerlo la registración por escrito de todas las actuaciones que se realicen, así como la extrema jerarquización burocrática de los órganos jurisdiccionales.

Estos cambios, propios de los sistemas acusatorios adversariales impactan sustancialmente en la actuación de los jueces en la justicia penal.

Estas modificaciones al rol de los jueces y juezas en general, se suman a las nuevas funciones que cumplen en la etapa intermedia en particular, una etapa totalmente novedosa que traen los sistemas acusatorios adversariales.

En ese entendimiento, propuse hablar de un “momento compositivo” porque el primer objetivo del proceso penal es solucionar el conflicto suscitado entre las partes. Está claro que son las partes las principales interesadas en lograr una solución compositiva: la defensa y los acusadores. Respecto del acusador en particular, que es quien cumple funciones político criminales en el proceso, hay que recordar que tiene que racionalizar el uso de la violencia, solicitando su uso cuando no quede otro remedio y para los casos de mayor daño social. Antes de echar mano a la respuesta violenta, debe intentar por todos los medios trabajar en una solución que aporte algo positivo al conflicto original.

Es necesario tener claro que el objetivo de las soluciones compositivas es tratar de construir respuestas con algún valor social positivo y que además permiten un mayor

protagonismo de las partes en la construcción de soluciones, lo que le devuelve a la víctima, al damnificado, el protagonismo que tiene que tener.

¿Qué rol tendrá el juez? Si bien los jueces y juezas no cumplen funciones político criminales, saben que sólo puede usarse el poder penal si no queda otro remedio. Tener presente en todo momento los principios de ultima ratio, mínima intervención, no naturalización, economía de la violencia estatal, de utilidad y de respaldo, lo habilita a traccionar para la búsqueda de soluciones pacíficas, le permitirá invitar a las partes a que litiguen sobre la aplicación de soluciones compositivas. Si bien no puede imponer una solución de este tipo como si fuera un árbitro, puede propiciar su concreción. Para Rúa el juez “debe tender con su actuación a verificar la posibilidad de acuerdos entre las partes. Para ello deberá propender a generar un contradictorio genuino, evitando lenguaje jurídico o técnico que dificulte la comprensión y el consentimiento necesario para arribar a acuerdos.” (2018:87).

Eso sí, los límites de su actuación también surgen de la advertencia de que el imputado siempre conserva el derecho de dirimir su caso en juicio. Pero como el “juez custodia las garantías y el principio de ultima ratio del poder penal” (Binder. 2018:282) creo que le puede exigir al acusador que genere el contexto propicio para la aplicación de este tipo de soluciones sin violencia, que trabaje con la víctima cuando esta se niegue de plano a la posibilidad de acordar, circunstancia que muchas veces responde a que no han sido debidamente informadas y preparadas para ingresar en procedimientos de este tipo. La negativa irrazonable o caprichosa de la víctima de sentarse a negociar, no es fundamento suficiente para no profundizar las salidas sin violencia. Porque la víctima no es la que administra la llave de la cárcel, esa llave la tiene el juez, y no la puede entregar tan libremente. Por eso, a modo de equilibrar los intereses en juego, y no dejar desprovista de la adecuada tutela judicial a la víctima, ésta puede eventualmente seguir adelante, si se cumplen los recaudos legales de la conversión de la acción, pero sola.

En mi opinión, el juez le puede exigir al acusador que explique el trabajo que hizo para lograr soluciones compositivas, que fundamente por qué no se logró un acuerdo, obligación de motivar que se enmarca en su carácter de funcionario público y el deber de actuar razonablemente, es decir, que los medios que utiliza son acordes a la finalidad que quiere cumplir.

Si el fiscal no puede hacer un uso ilegítimo de la violencia, y el juez es el custodio de la aplicación de los principios de ultima ratio, en el marco de sus facultades de control, tiene la potestad de encausar el caso, en miras a relocalizar el conflicto en alguno de los niveles del sistema integral de gestión de conflictos que no implique el uso de violencia. Para el juez, el límite será que no pretenda ejercer funciones de parte.

El ultimo eje, tiene que ver con las funciones de los jueces y juezas de controlar la acusación preparada y presentada por el fiscal, en su caso, también la del querellante. También cumplen un papel en relación al control de la admisibilidad y pertinencia de las pruebas.

En el “momento de control de la acusación propiamente dicho”, lo que tiene en mente el juez es que son los acusadores los que deben probar la verdad del hecho. Por eso, tenderá a evitar el progreso de acusaciones que no tengan sustento serio. Por esa razón, y como está cumpliendo un rol de control de las garantías del acusado, para evitarle la exposición y el sufrimiento de un juicio innecesario, verificará que la acusación sea completa, única, fundada y no sorpresiva. Lógicamente, resolverá las cuestiones que se susciten ante los planteos de la defensa. Pero pienso que también, cuando advierta deficiencias, tiene que exponerlas a las partes, invitarlas a que litiguen y resolver en el marco de las argumentaciones de aquellas.

En relación a las pruebas, controlará la legalidad de su obtención, para excluir aquellas obtenidas en violación a garantías constitucionales.

En relación a la pertinencia, vimos que la corriente limitativa es la más compatible con los principios políticos de los sistemas acusatorios adversariales. Usar el principio de libertad probatoria, donde entra todo para llegar a la verdad real, es un concepto propio de los sistemas inquisitoriales. Porque una vez que llegó a conocimiento de los jueces de juicio información de baja calidad, eso no se salva con la motivación posterior que se haga en la sentencia, concepto que desarrollan en profundidad Schiavo y Duce.

En abono de esta postura, se sostiene que “Los jueces deben analizar la admisión de prueba, aún en los casos en que la contraparte no efectúe oposición alguna, debiendo excluir aún de oficio prueba obtenida por medios ilícitos, que resulte sobreabundante o dilatoria (control sobre la calidad de la información que se pretende introducir y sobre los tiempos que demanda obtenerla)” (Rua, 2018:99). Repito, el control de las garantías y de la prueba puede hacerlas el juez *de oficio*, que no es lo mismo que decir *sin litigio*.

En ese orden de ideas, creo que el juez debe ser muy insistente con las partes para que den razones, expliquen la conexión entre las proposiciones fácticas y los medios de prueba propuestos. La etapa intermedia es el momento procesal indicado para resolver todas las cuestiones básicas para poder desarrollar un juicio oral de manera efectiva y organizada. Lo que allí se resuelva determinará en forma directa su calidad.

El juez proactivo, preocupado por la calidad de la información, sin transformarse en un gestor de los intereses de las partes, es el rol que tiene que tener en la etapa intermedia de los sistemas acusatorios adversariales. Permitir que esa audiencia se transforme en una situación de litigación automática, es dejar que el sistema una vez más se burocratice. Ahí se ve el riesgo de caer en el abismo de la reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios contra la que tanto pelea Alberto Binder.

ANEXO

MODELOS DE JUSTICIA PENAL		
	Modelos inquisitoriales- mixtos	Modelo acusatorio adversarial
Concepto fundamental	Trámite	Antinomia fundamental (eficacia – garantías)
Concepto de delito	Delito como <i>infracción</i> - desobediencia a la autoridad	Delito como <i>conflicto</i> que ocasiona un <i>daño</i> – deber de responder
Tipo de conflicto que prevalece	Secundario (entre el acusado y la autoridad)	Primario (entre víctima y acusado, por el daño ocasionado)
Paradigma	del Orden	De la gestión de la conflictividad
Modelo de hombre	Obediente	Responsable
Donde se materializa/ institucionaliza el concepto principal	Todo se hace por escrito en el Expediente	Oralidad como idea rectora Trabajo en la sala de audiencias
Modelo teórico	Análisis secuencial	Análisis funcional (eficacia – garantías)
Modelo de sociedad	Autoritaria	Democrática – republicana

BIBLIOGRAFÍA.

-FOUCAULT, Michel (2003), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Editorial Gedisa.

-MAIER Julio B. (2016), *Derecho Procesal Penal, T. I Fundamentos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

-BINDER Alberto

(2013), *Derecho Procesal Penal T. I*, Buenos Aires, Ad Hoc.

(2014), *Derecho Procesal Penal T. II*, Buenos Aires, Ad Hoc.

(2018), *Derecho Procesal Penal T. IV*, Buenos Aires, Ad Hoc.

(2014b), *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Nuevo León, México, Coordinación Editorial Poder Judicial del Estado de Nueva León.

(2013b), *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.

-GONZALEZ POSTIGO Leonel (2019), *Justicia Penal Adversarial*, Buenos Aires, Ad Hoc.

-SCHIAVO Nicolás (2015), *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

-SOLIMINE Marcelo A. (2015), *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27063*, Buenos Aires, Ad Hoc

-LORENZO Leticia (2012), *Manual de litigación*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

-ZAFFARONI Eugenio, et. Al. (2012) *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

-BARATTA Alessandro (2004), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.

-ALLIAUD Alejandra (2016), *Audiencias preliminares*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

Artículos

-BINDER Alberto. (14 de noviembre de 2008). El control de la criminalidad en una sociedad democrática –Ideas para una discusión conceptual, *Biblioteca del CEJA*, <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1856>. (Ponencia presentada en el II Encuentro

Interamericano: Red del Programa de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, Colombia 14 de noviembre 2008).

-DUCE Mauricio. (2020). La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile, *Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Vol. 1 -2020, p. 103-131, <https://www.quaestiofacti.com/es/paginas/13-numeros?open=134>

-CHRISTIE, Nils: “Los conflictos como pertenencia” (1977). en AAVV: De los delitos y de las víctimas, AD-HOC, Bs. As., 1992, p. 157-182.

-RUA Gonzalo- GONZALEZ Leonel. (16 de mayo de 2018). El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias, *INECIP*, <https://inecip.org/documentos/el-rol-del-juez-en-un-sistema-adversarial-fundamentos-y-tecnicas-de-conduccion-de-audiencias/>

Videos

-TALLER CPPF TOF Neuquén (30/05/20) 3 Jornada CPPF Tof Nqn [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=34J6z9nAD1w> (Exposición de la Dra. Carolina González, 1:28:51).

-ESCUELA DE CAPACITACIÓN DE LA AMFJN (18/11/2020) Los escenarios que se vienen con el sistema acusatorio Día 6. [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=TfjnPKW25fo> (Exposición del Prof. Mauricio Duce, 1:26:37).

-Facultad de Derecho UNMdP (26/08/20) La acusación y su control en el sistema acusatorio adversarial. Conversatorio Online, a cargo del Profesor Alberto Binder. [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=wtxPoRbe6S4>.

-JurSoc UNLP (29/06/20) Seminario de justicia penal: teoría del proceso compositivo. Prof. Alberto Binder. [Video] YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=WiVqnCFUR08>