

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL
PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XIV | Número 2 | Marzo 2024

*Acceda al resumen
de la Revista hecho con
Inteligencia Artificial*



ISSN 0034-7914

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444
LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figuerola Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de marzo de 2024, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Sobre el sistema acusatorio adversarial y la facultad del juez para formular preguntas aclaratorias (o “el arte de meternos donde no debemos”) (*)

Nicolás Vaccaro (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Marco teórico.— III. La problemática de las preguntas aclaratorias en el proceso acusatorio adversarial.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía consultada.

I. Introducción

El presente trabajo nació en la pandemia, durante una noche de insomnio en la que la curiosidad —o, mejor dicho, la imposibilidad de conciliar el sueño frente a la tarea de hacer una tesis—, me condujo a ser espectador del desarrollo de un fragmento del debate en el marco de un litigio penal peruano que se encuentra “escondido” en la infinita videoteca de una reconocida plataforma.

(*) Este trabajo ha sido presentado como tesis final para optar por el título de Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral, habiendo sido calificado con la máxima nota —10 (diez)—. Deseo expresar mi profundo y sincero agradecimiento a mi tutora, Camila Clarey, cuya extraordinaria paciencia y dedicación han sido fundamentales en el proceso de elaboración de esta tesis. Mi gratitud más profunda se extiende a mi familia y amigos que siempre han estado para mí en cada momento que lo he necesitado. Sin ellos, probablemente hoy ni siquiera sería abogado. Por último, a mi abuelo quien ha sido el amor más incondicional que he recibido. Donde esté viejo, gracias.

(**) Abogado (USAL) Mg. en Derecho Penal (Universidad Austral). Profesor de Derecho Penal parte especial y Filosofía del Derecho (USAL). Ayudante de segunda, por concurso, en la cátedra de Teoría General del Derecho de Enrique Zuleta Puceiro (UBA). Distinción a la excelencia académica por el Colegio de abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Consideré que, a los pocos minutos de mimetizarme con el auditorio, sucumbiría en los brazos de Morfeo. Pero, para mi sorpresa, la reproducción del juicio no hizo más que despertarme y obligarme a meditar respecto a la futura implementación del Cód. Proc. Penal Federal en toda Argentina, que establece un sistema similar al que funciona actualmente en Perú.

Ahora bien, el tramo del juicio que me cautivó comprendía una intensa discusión entre la defensa y el juez respecto al uso de su facultad para interrogar a un órgano de prueba en caso de vacíos legales, en concreto su competencia para interrogar a un testigo en casos determinados. La defensa argumentaba que el magistrado excedía sus facultades al examinar al testigo de esa manera. Sostuvo que esto suplantaba la inacción de la fiscalía, afectando así el espíritu del sistema y, en particular, las garantías del imputado.

Consciente de las dificultades e inconvenientes que esta contingencia podía originar, decidí indagar respecto a nuestra legislación y a los principios que la configurarían. Asimismo, intenté realizar una profunda búsqueda, a nivel nacional, solo para descubrir que la bibliografía era escasa. Los materiales disponibles demos-

traban poco desarrollo desde el punto de vista teórico, práctico y comparado.

Lo relatado me llevó a convencerme de que tratar el tema con detenimiento podía convertirse en un buen tópico para una tesis de Maestría. Es decir, un trabajo con un contenido teórico pero que pueda ser realmente utilizado como un recurso para la profesión. Entiendo, entonces, que este trabajo tiene la intención de erigirse como una herramienta o guía para jueces que se están adaptando a un nuevo modelo y, con preeminencia, para los litigantes. Los verdaderos protagonistas del proceso: la acusación y la defensa.

En el estudio de la interpretación de normas, con un contenido eminentemente filosófico jurídico, la importancia de establecer un marco teórico para responder preguntas que sean eminentemente prácticas no puede subestimarse. Por ese motivo, al comenzar a discutir especulativamente sobre la tesis, consideré pertinente la necesidad de dar tratamiento a ciertos temas que servirán para ir recortando en distintos niveles, la posibilidad de adoptar una postura final.

De esta forma, en un primer momento, haré una breve mención y análisis respecto a los principios que rigen un sistema acusatorio adversarial, por ser el adoptado por el Cód. Proc. Penal Federal. Al respecto, Aristóteles enseñaba, dentro de su abanico de definiciones, que un principio es lo que a la casa vendrían a ser sus cimientos (1). El estudio de estos servirá como un punto de partida rector y delimitador analítico. Se buscará, entonces, reseñar en qué tipo de sistema nos encontramos ubicados.

En segunda instancia, estudiaré brevemente el concepto de verdad en el proceso, el que ha sido históricamente entendido desde un punto de vista epistemológico. Su importancia parece obvia, pero vale la aclaración. Dependiendo del tipo de verdad y el lugar que a esta se le dé dentro del proceso, variará la justificación de determinadas facultades a futuro.

Seguidamente, se buscará conceptualizar la función del juez dentro del debate en el proceso

acusatorio. Nuevamente, el modelo de juez que aceptemos vendrá de la mano con las directrices anteriormente mencionadas. En esa lógica, deslindaré sus facultades en el marco del acusatorio y, a su vez, explicaré de qué manera debe entenderse la imparcialidad y el principio acusatorio como dos paradigmas conexos con una indispensable función rectora en la hermenéutica de las potestades del magistrado en su hacer.

Esta primera parte en la que se hará un repaso a través de los principios que rigen el sistema y aquellos que se encuentran en tensión a la hora de poner en práctica esta cuestionada facultad, constituye el marco teórico que delimitará la exégesis sobre la potestad reconocida al juez.

Desde un punto de vista práctico, se realizará un estudio del art. 297 del Cód. Proc. Penal Federal junto con sus antecedentes legislativos y la problemática que este presenta. ¿Qué tipo de preguntas puede realizar el juez?, ¿Qué es lo que debe aclararse?, ¿Una complicación fonética o el alcance de una declaración?, ¿Cuál es el sentido que cabe atribuirle al enunciado?

Además, aspiraré a brindar herramientas de defensa para que las partes puedan utilizar en aquellos casos en los que considera que el juez excede el uso de sus facultades y de esta forma, contrarrestar los excesos de la judicatura.

En virtud de lo esgrimido, intentaré ilustrar las experiencias comparadas en el ámbito internacional y provincial.

Por último, haré un repaso de la postura expuesta y me detendré a realizar una conclusión respecto a la problemática objeto del trabajo.

II. Marco teórico

Se podría decir que el marco teórico admite una doble funcionalidad en los trabajos de investigación. En primer lugar, opera como la columna vertebral sobre la que se asentarán las posturas e hipótesis desarrolladas a lo largo de este. En segundo término, resulta ser el punto de conexión base para el diálogo que se dará entre locutor e interlocutor. Su objetivo no es otro que proporcionar el contexto donde se sitúa el estudio y los conceptos clave que lo sostienen. En otras palabras, permite construir un puente

(1) ARISTÓTELES, "Metafísica", Ed. Gredos, Madrid, 1994, ps. 205-206.

con un sendero lógico que enlaza la teoría existente con las observaciones y argumentos que se reseñarán a lo largo del trabajo mediante la que procuraré de dotar de rigurosidad a la postura aquí desarrollada.

Este instrumento es fundamental para comprender el tema de investigación desde una perspectiva más amplia. Es decir, brinda la posibilidad de ir desde lo general a lo particular. Construir la respuesta desde los principios subyacentes hasta las normas más específicas aplicadas en concreto. A partir de esta breve aclaración, procederé a adentrarme en esta primera parte de la tesis.

II.1. Sistema acusatorio adversarial

De conformidad con lo asentado en el apartado anterior, entiendo que lo más conveniente es dar inicio con los conceptos claves que hacen al sistema en el que se encuentra inserta la norma que es el meollo del análisis.

En el año 1991, el juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América brindó una definición ilustrativa del sistema acusatorio-adversarial (2) que puede servir como faro orientador para el desarrollo del capítulo. Palabras más, palabras menos, explicó "[w]hat

makes a system adversarial rather than inquisitorial is [...] the presence of a judge who does not (as an inquisitor does) conduct the factual and legal investigation himself, but instead decides on the basis of facts and arguments pro and con adduced by the parties" (3).

La definición aportada por Scalia da lugar a la identificación, en mi opinión, de las cualidades primordiales que se erigen como los pilares del sistema acusatorio adversarial. Estos no son otros que la imparcialidad del juzgador y la igualdad de armas, columnas fundamentales del debido proceso que reposan sobre la garantía de defensa en juicio y acceso a la justicia.

Los principios resultan ser directrices que brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado (4). Son puntos de partida que se encargan de sentar los cimientos sobre los cuales se establecen las reglas procedimentales que regirán. Si bien la postura asumida en este trabajo reconoce a estas características como los aspectos más destacados del sistema acusatorio, Langer suscribe acertadamente que otras formulaciones incluyen una mayor cantidad de principios que regirán el procedimiento (5).

En contraposición al modelo inquisitivo, donde el juzgador tiene un rol activo en la investigación, el sistema adversarial asigna al juez una posición neutral y equidistante, cuya base es la separación de funciones respecto al representante del Estado en el conflicto penal. Lejos de ser un actor principal en la búsqueda y recolección de pruebas, el juez se constituye como un

(2) GOLDSTEIN señala que, si bien tanto el término "adversary" como "accusatorial" son usualmente utilizados como sinónimos, lo cierto es que su significado difiere. Así, refiere que "adversary" es un método de resolución de disputas en un juicio contencioso en el que el juez es una parte neutral cuya función es asegurar que se cumplan las reglas de la evidencia y que el jurado este propiamente instruido en la ley; mientras que el representante del estado y del acusado juegan un rol agresivo en la presentación y examinación de testigos, y en la definición de los aspectos legales involucrados. Por otra parte, el vocablo "accusatorial" hace alusión a un modelo clásico de procedimiento que incluye las cualidades del modelo adversarial, pero, a su vez, incorpora premisas procesales tales como el principio de inocencia o de procedimiento reactivo. V. gr. GOLDSTEIN, Abraham S., "Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure", *Stanford Law Review*, vol. 26, Issue 5, 1974, 1016 y ss. A los fines de este trabajo utilizaré indistintamente ambos términos por el simple hecho de que así suele hacerlo el derecho procesal penal comparado. Puede consultarse también LANGER, Maximiliano, "The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories", *UCLA School of Law Research Paper*, nro. 13-41, 2013, nota al pie de la página 6, nro. 5, quien explica esta postura con mayores precisiones.

(3) SCOTUS, "McNeil v. Wisconsin", 501 U.S. 171, 181, N.º 2 (1991). Va de suyo, la elección de países anglosajones para entender de qué se trata el sistema per se. Este tiene sus raíces en la tradición jurídica anglosajona, en donde se encuentra establecido y desarrollado. Esto no hace más que convertirlos en casos de estudio ricos para entender tanto fortalezas como debilidades del sistema.

(4) ALVARADO VELLOSO, Adolfo A., "Teoría General del Proceso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, I, p. 99.

(5) LANGER, "The long...", ob. cit., p. 7. Esto se verá a continuación cuando repasemos los principios procedimentales que fueron incorporados al Cód. Proc. Penal Federal, que no necesariamente deben ser entendidos como inherentes al sistema acusatorio de juzgamiento.

espectador imparcial, un árbitro de la contienda legal que se desarrolla ante sus ojos.

Se elimina, entonces, la imagen del juez tradicional de la Europa continental que consistía en un partícipe activo en la disputa (6). En su lugar, adopta un papel pasivo, basando sus decisiones no en sus propias averiguaciones, sino en los argumentos y evidencias presentadas por las partes. Se convierte, entonces, en un guardián del debido proceso, un vigilante que garantiza que cada parte tenga la oportunidad justa de presentar su caso. De esta forma, se preserva la integridad del sistema legal, asegurando que el veredicto esté basado exclusivamente en los hechos y evidencias presentadas durante el juicio por las partes (7).

No obstante, la imparcialidad del juzgador no debe confundirse con la inactividad. Aunque el juez no realiza investigaciones propias, su papel no es menos crucial. Debe asegurar que se cumplan las reglas de procedimiento, proteger los derechos de las partes y garantizar que las pruebas presentadas sean legítimas y pertinentes.

En cuanto al principio de igualdad de armas, puede ser entendido como el engranaje que impulsará la contienda judicial en un sistema acusatorio adversarial. Este mandato garantiza que todas las partes involucradas tengan las mismas oportunidades para presentar su caso, introducir pruebas y argumentar ante el tribunal, teniendo como consecuencia el principio de contradicción. En este escenario, el juez permite y fomenta la participación activa de cada una

de las partes, sin interferir en su labor —en tanto no infrinjan las normas reguladoras— ni favorecer a ninguna de ellas arrebatándole a la otra su oportunidad de defenderse.

La directriz, como tal, impone el entorno de competencia, donde, en la teoría, las partes tienen las mismas “chances” de influir en el resultado del juicio. Sin embargo, al igual que con la imparcialidad del juez, la igualdad de armas requiere un equilibrio cuidadoso. Es responsabilidad del magistrado garantizar que este equilibrio se mantenga, protegiendo a las partes de cualquier intento de abuso del sistema o de manipulación de pruebas (8).

La imparcialidad del juez y la igualdad de armas no son meros ideales abstractos, sino que constituyen la esencia misma del sistema acusatorio adversarial. Garantizan un juicio equitativo y protegen los derechos de las partes, asegurando que las decisiones se basen únicamente en los hechos y argumentos presentados durante el juicio por sus actores principales.

En la inteligencia que se viene exponiendo, la *Encyclopedia of Crime and Justice* ilustra que dichos principios son derivados propios de las teorías liberales. Y esto es comprensible si concebimos que, a la luz de estas teorías, los intereses del Estado son análogos —ergo, no superiores— a los de los civiles, lo que se ve reflejado en la igualdad de armas. La actitud pasiva del juez se enmarca en esta filosofía bajo la ideología del *laissez-faire* (9).

Bajo estas premisas, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado que el propósito fundamental de la quinta enmienda no es otro que la preservación del sistema adversarial de justicia (10). Esta interpretación, sin embargo, ha encontrado resistencia y ha sido tildada de arbitraria por un sector disidente del mencio-

(6) Al respecto, señala Falcone que el proceso mixto entregó al juez el deber de esclarecimiento y averiguación de la verdad, permitiéndole producir prueba de oficio. Asimismo, que tal facultad fue utilizada por los tribunales para socorrer a acusaciones débiles o mal presentadas a costa de los derechos del imputado. En ese entendimiento, no es ocioso señalar la influencia de las sociedades estremecidas por el tratamiento mediático de los asuntos penales, que creen que el mejor juez es aquel que investiga, desconociendo que averiguar el crimen e identificar a su autor es tarea administrativa y no judicial. Cfr. FALCONE, Roberto A. y FALCONE, Roberto (h.), "El juicio oral adversarial", en FALCONE, Roberto, *El litigio adversarial*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., ps. 139-141.

(7) LANDSMAN, Stephen, "The adversary system: a description and defense", *American Enterprise Institute Studies in Legal Policy*, Washington DC, 1984, ps. 1-4.

(8) Siempre y en todo momento, respetando su función y no excediéndose en sus facultades al punto tal de suplir la actividad de quienes litigan.

(9) DAMAŠKA, Mirjan, "Adversary System", en DRESSLER, Joshua, *Encyclopedia of Crime and Justice*, 2nd edition: volume 1, Gale Group, Estados Unidos, 2002, 2ª ed., p. 25.

(10) SKLANSKY, David Alan, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, Estados Unidos, 2009, ps. 1674-1675.

nado sistema, que brega por la necesidad de su modificación (11).

También, se ha dicho que la razón por la cual se ha sostenido este tipo de procedimiento es porque es el mejor para preservar la dignidad individual del ser humano, pese a que eso afecte la “búsqueda de la verdad” y la voluntad del estado de perseguir delitos (12). En la vereda opuesta se afirma que, desde un punto de vista funcionalista, el acusatorio es superior al inquisitivo en los términos mencionados. Es decir, en lo concerniente a la búsqueda de la verdad, protección de los derechos individuales, en la participación del acusado y el pueblo, y en la prevención del abuso de poder (13).

En las siguientes secciones profundizaré sobre estos aspectos examinando su relevancia para el sistema acusatorio adversarial y su íntima relación con el objeto del presente trabajo.

II.1.a. El sistema acusatorio adversarial en el Cód. Proc. Penal Federal Argentino

En el transcurso del año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un fallo que se convirtió en un hito jurisprudencial y erigió como un *leading case* recurrentemente citado. En cada una de las resoluciones en las que se abordan contraposiciones de intereses en las que el sistema acusatorio emerge como un elemento central de la discusión, el nombre “Casal” se encuentra invariablemente inserto (14).

En dicho pronunciamiento se sostuvo que “[l]a Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a ese objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la

meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y el actual art. 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir, que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la metaconstitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales” (15).

Pese al respeto de la decisión legislativa en los diseños de los sistemas de enjuiciamiento locales (art. 75 inc. 12, 121 CN), el objetivo legal mencionado en “Casal” fue encontrando cobijo en el plano provincial (16).

Durante el año 2014, tuvo sanción la ley 27.063 que introdujo el nuevo Cód. Proc. Penal con el que se pretendió “federalizar” los procesos penales e instaurar el sistema adversarial o acusatorio (17). Dicho código, que se caracteriza por una distinción de tareas que asegura un proceso más equilibrado y diferencia claramente la función de conducir la investigación (a cargo del fiscal) de la función de juzgar (responsabilidad del juez), establece un rol preponderante de los fiscales (18). Una vez más, se ven resaltados los principales estandartes que, estimo, caracterizan al sistema acusatorio: la im-

(15) Ibidem, 36.

(16) En la actualidad, el sistema acusatorio se encuentra instalado en la justicia local de Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.

(17) Nuevamente, se advierte aquí que pese a las diferencias teóricas que fueron dilucidadas en la nota de pie de página nro. 5, los términos acusatorios y adversarial son utilizados a modo de sinónimo.

(18) Lo mencionado puede encontrarse en la nota titulada “Es ley el nuevo Código Procesal Penal Federal” publicada el 06/12/2018 en la página oficial de Argentina. gob.ar. Puede ingresarse a la misma a través del siguiente link: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/es-ley-el-nuevo-codigo-procesal-penal-federal>, [consultado el 21/11/2023].

(11) Ibidem, p. 1655.

(12) Ibidem, p. 1670.

(13) Ibidem, p. 1686 y ss. Si bien el art. es una crítica a la “santificación” del sistema adversarial como “EL” sistema por excelencia, señala con precisión cuales son las principales ventajas que se aducen frente al inquisitorialismo. Slansky explica, a lo largo de su trabajo, que todas estas ventajas no son fáciles de evaluar y afirma que la división teórica, muchas veces, es una visión simplificada de lo que sucede en la realidad.

(14) CS, “Casal”, Fallos 328:3399, 2005.

parcialidad del juzgador, que no es parte en el litigio, la clara distinción de funciones respecto a los distintos operadores del sistema, y la igualdad de armas para cada uno de los contendientes de la controversia jurídica (19).

De las constancias del proyecto de ley original se desprende que la sanción de un nuevo código de rito respondió a la generalizada crítica perpetrada a los modelos enjuiciamiento inquisitivos heredados de la época de la colonia y en la necesidad de transparentar y democratizar la administración de la justicia penal (20). También, a la larga tradición académica y jurisprudencial que permitió afianzar desde hace décadas la necesidad de orientar el trabajo y el diseño de la justicia penal a los estándares constitucionales y tratados internacionales (21). Asimismo, a la manda constitucional respecto a la participación ciudadana en los juicios criminales mediante la realización de juicios por jurados (22).

Con la sanción de dicha ley se asentaron los principios del sistema acusatorio que luego se mantuvieron en 2018 con la nueva ley 27.482, T. O. dec. 118/2019, modificatoria de la ley 27.063, la que efectuó una "...amplia y profunda reforma de su articulado mediante una extensa cantidad de sustituciones normativas y la incorporación de nuevas disposiciones al ordenamiento legal procesal penal" (23).

(19) Se impone mencionar que el Código no se encuentra aún vigente en todo el país. En el año 2019 comenzó su implementación en Salta y Jujuy. Con el correr de los meses, y pandemia de por medio, se hizo lo mismo con un conjunto de arts. para todas las jurisdicciones. Al día de la fecha, el Cód. Proc. Penal Federal no se encuentra implementado en toda la jurisdicción federal.

(20) Proyecto de Ley original, expte. del Senado N.º 363/2014, p. 1. Puede encontrarse en el enlace de acceso público del Honorable Congreso de la Nación https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html específicamente, en la solapa de Secretaría Parlamentaria/Información Parlamentaria/Debates/DEBATES DE LAS LEYES 27.001 A LA ACTUALIDAD [consultado el 21/11/2023].

(21) Ibidem, ps. 1-2.

(22) Ibidem, p. 2.

(23) Cfr. DECTO-2019-118-APN-PTE sobre el EX-2018-65060212-APN-DSGA#SLYT "Considerando", párrafo cuarto.

Los pilares del sistema acusatorio se encuentran previstos específicamente en los arts. 8º —sobre imparcialidad e independencia—, 9º —acerca de la separación de funciones— y el art. 2º —igualdad entre las partes, es decir igualdad de armas y contradicción de aquel cuerpo normativo—. Sobre estas disposiciones profundizaremos en los siguientes capítulos, pero entendemos que la consagración de estos principios es la cristalización del cambio radical de paradigma hacia un diseño del sistema de corte netamente acusatorio (24). Es decir, que habrá un juez que hará las veces de árbitro en una contienda que disputarán, por un lado, la acusación, representada por el Ministerio Público Fiscal, y la defensa. La separación de funciones le reconoce al fiscal su verdadera naturaleza de titular de la acción penal, mientras que al juez su carácter de árbitro del litigio y garante de asegurar que el combate sea justo.

Por otra parte, el art. 2º también establece un conjunto de principios que no son, necesariamente, propios del sistema acusatorio, pero sí suelen ser notas características de este. En ese sentido, como se refirió *supra*, Langer señala que hay elementos que son considerados principios dentro del sistema acusatorio que tal vez para otros autores no lo sean. El art. 2º establece que "[d]urante todo el proceso se deben observar los principios de [...] oralidad, publicidad, [...] concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización".

Estos elementos son, al decir de Alvarado Velloso, reglas procedimentales que se manifiestan invariablemente en forma binaria o como pares antinómicos (25). Sin embargo, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios, ya que sin estos no hay proceso; poca importancia ontológica posee que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, pues no resulta ser lo determinante del proceso (26). En otro decir, las reglas que impone el art. 2 en el sistema establecido

(24) HAIRABEDIAN, Maximiliano, "Código Procesal Penal Federal Comentado: doctrina y jurisprudencia aplicables", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2021, p. 43.

(25) ALVARADO VELLOSO, Adolfo A., "Teoría General del Proceso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 117.

(26) Ibidem, p. 118.

podrían ser propias de un sistema tanto inquisitivo como acusatorio. Un proceso inquisitivo puede ser oral, inmediato, desformalizado. Es decir, no son características propias de los principios que hacen al sistema acusatorio —imparcialidad del juzgador y la igualdad de armas—.

Véase el caso específico del debate oral previsto en el Cód. Proc. Penal, el cual es usualmente caracterizado como la “parte acusatoria” del sistema mixto que prevé dicho código de rito. Y esto se debe a que contiene varias de estas reglas especificadas en el art. 2° del Cód. Proc. Penal Federal (27). Ahora bien, lo cierto es que, pese al contenido de estas directrices, en su art. 389 autoriza a los jueces a interrogar a las partes, testigos, peritos e intérpretes asumiendo un rol activo en el conflicto que, al menos, no debería ser característico de los sistemas en los que el magistrado tiene carácter de umpire imparcial.

Concluida la introducción al marco teórico, continuaremos con el desarrollo de aquellos principios cuya afectación podría traer aparejada el desconocimiento total del sistema sobre el cual se apoya el nuevo Código.

II.2. ¿Qué es la verdad en el sistema acusatorio?

Truth isn't truth.
Rudolph Giuliani (28)

II.2.a. Introducción

Comprendo que debo dejar asentadas algunas consideraciones que facilitarán la exposición del tema.

(27) Ob. Citada HAIRABEDIAN, Maximiliano “Código...”, ob. cit., p. 43.

(28) Rudolph Giuliani es un abogado, ex alcalde de Nueva York y ex fiscal de distrito sur de Nueva York, reconocido por haber sido el fiscal que dirigió la acusación contra los jefes de las “cinco familias”, así como por ser el alcalde que aplicó el modelo de “tolerancia cero” fundado en la “teoría de las ventanas rotas”. Por este motivo se le atribuyó el descenso de la criminalidad de dicha ciudad y se lo erigió como una de las personalidades políticas más fuertes del siglo XX. La frase elegida para el capítulo fue manifestada por Giuliani como abogado de Donald Trump al momento de ser entrevistado por la NBC news en el marco de la investigación del fiscal especial de los Estados Unidos sobre las acusaciones de interferencia rusa en las elecciones presidenciales de 2016. En esa ocasión, mientras se discutía acerca de las dilaciones de Trump para testificar, Giuliani explicó que “la verdad”

El problema de la verdad en el proceso es, en el fondo, un problema de elección del tipo de modelo de justicia. Esto no va necesariamente de la mano con la ideología filosófica que tenga cada uno con relación a la teoría del conocimiento. En ese entendimiento, determinar cuál es la teoría de conocimiento correcta respecto a la realidad y su posibilidad de ser apprehendida, no solo sería una tarea que excede mis capacidades, sino que no resulta de interés para el trabajo. Distinta es la situación cuando debemos deducir a qué tipo de teoría del conocimiento y de “verdad” nos referimos en el marco del modelo de justicia adoptado e impuesto por un bloque normativo.

II.2.b. Concepto y background filosófico

En primer lugar, es conveniente brindar un concepto de “verdad”. Para ello podemos recurrir a la Real Academia Española, la cual la define en su primera acepción como la “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente”. En su segundo significado la describe como la “conformidad de lo que se dice con lo que se siente o piensa” (29).

De ambos enunciados podemos inferir que la “verdad” es una relación de conformidad entre un intelecto y “x”, pudiendo ser “x” desde algo externo al ente, como también lo que el ente manifiesta en un sistema de ideas.

Seguidamente, con relación a lo que se mencionó *supra*, cabe resaltar que hay distintas teorías del conocimiento, que son aquellas que especulan acerca de si es posible el conocimiento

no es la verdad, sino que es una versión de “la verdad” de alguien. La razón de la elección de la cita, por la que Giuliani fue ampliamente criticado, es destacar la dificultad respecto a la cuestión acerca de “la verdad” en el proceso y, principalmente, puesto en duda en un sistema acusatorio. El ex alcalde de Nueva York no se manifiesta respecto a este punto como un filósofo, sino como un litigante al buscar explicar que “la verdad” no es más que una “versión de la verdad” de lo que puede probarse en un proceso, y en este caso, a partir de testimonios que se contraponen. De esta forma, hago más las palabras de Steiner-Dillon, las cuales pueden consultadas en STEINER-DILLON, James R., “Is truth truth?”, Kentucky Law Journal, vol. 109, nro. 3, 2020-2021, ps. 477-522.

(29) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, 23ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es/verdad> [Consultado el 21/11/2023].

to de la realidad. Se puede afirmar, a grandes rasgos y de manera simplificada, que a lo largo de la historia se vislumbraron dos posturas generales respecto a dicha posibilidad.

Por un lado, nos encontramos con aquellos que entienden que la realidad es externa a nosotros, es decir, que escapa o es independiente al sujeto.

Quienes siguen esta postura entienden que la realidad objetiva puede ser comprendida mediante los sentidos del sujeto cognoscente (30). Esto conduce a aceptar que la “verdad” será cierta correspondencia entre lo que nosotros pensamos y lo que sucede fuera de nosotros, en la realidad objetiva —definición que coincide con la primera acepción de la RAE y que posee íntima relación con el realismo filosófico—.

Mientras que, por el otro, nos encontraremos con los que afirman que la realidad es aquello que construimos con nuestras mentes. Quienes adhieren a estas teorías entienden que el mundo no es en absoluto independiente de los observadores, o bien, siendo independiente, resulta inaccesible a nuestro conocimiento debido a que nuestra percepción e interpretación está cargada de subjetividad —teoría que se correspondería con la segunda acepción, la cual se relaciona con el idealismo metafísico— (31).

Dentro de la primera acepción que he mencionado, es Aristóteles quien delimita a la “teoría de la correspondencia” al definir a la verdad afirmando que decir que el Ente no es o que el No-ente es, es falso, y decir que el Ente es y que el No-ente no es, es verdadero (32). La “verdad” sería como una “pepita de oro escondida” aguardando por ser descubierta y traída a la luz (33).

(30) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.), Manual de razonamiento probatorio, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 10.

(31) Ibidem, p. 11.

(32) ARISTÓTELES, p. 198.

(33) WEIGEND, Thomas, “Should we search for the truth, and who should do it?”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 36, nro. 2, 2011, p. 395.

En contraposición, tal y como nos enseña Popper, las teorías subjetivas son aquellas que tratan de definir la verdad en función de las fuentes u orígenes de nuestras creencias, o en función de nuestras operaciones de verificación, o de algún conjunto de reglas de aceptación, o simplemente en función de la calidad de nuestras convicciones subjetivas (34).

Ahora bien, se ha dicho históricamente que los distintos enfoques sobre la definición de “verdad” poseen un impacto directo en la función y estructura del proceso criminal. Weigend afirma que, si entendemos que el objetivo del proceso es la búsqueda o revelación de la realidad objetiva en un momento determinado, es este resultado el que legitimará el proceso, y todas las normas procedimentales optimizadas para la búsqueda de la “pepita de oro”. En cambio, si se adopta una postura subjetivista en la que se acepta que lo que emerja de una discusión racional y justa entre las partes puede denominarse “verdad”, el contenido de las normas procedimentales que regula esta “discusión racional y justa” cobrará más importancia que el resultado mismo del proceso, adquiriendo estas reglas importancia meridiana (35).

Sobre esa base filosófica, se ha ligado, tradicionalmente, al sistema inquisitivo con la teoría de la correspondencia; y, de otra banda, se ha mencionado que el sistema acusatorio adversarial reflejaba las teorías del consenso (36).

Entiendo que afirmar esto sería caer en un análisis superficial que pasa por alto las complejidades y particularidades que pueden presentar ambos modelos dependientes de circunstancias históricas, normativas y coyunturales. Incluso, es difícil aseverar que los sistemas procesales existentes se presenten en una forma pura (37).

Lo cierto es que, cuando nos situamos en el marco de un estado de derecho liberal y del pro-

(34) POPPER, Karl R., “Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico”, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1991, 1ª ed., 3ª reimpresión, ps. 275-276.

(35) WEIGEND, ob. cit., p. 396.

(36) Ibidem, p. 394 y ss.

(37) Cfr. Ibidem, p. 398.

ceso penal, en el que se establecen un conjunto de garantías en favor del acusado, el margen de discusión comienza a recortarse. Así, para lograr una condena, el representante del estado deberá probar que el imputado ha consumado el hecho previsto en una norma. Partimos de una premisa: el acusador deberá demostrar que su hipótesis condice con lo que sucedió en la llamada realidad.

Sobre este punto es bueno aclarar que no es lo mismo hablar de “realidad” y de “verdad”. En el marco de nuestro sistema, aceptamos que la realidad es externa al sujeto cognoscente y puede ser conocida, en mayor o menor medida. Se puede sostener, entonces, que la realidad no es ni verdadera ni falsa. La realidad es. Lo que puede adquirir el carácter de verdadero o no verdadero son nuestras ideas o lo que manifestemos respecto a la realidad (38). A su vez, esa realidad se encuentra recortada. Y este recorte está dado por el marco jurídico. Ese suceso extraño al ente cognoscente tiene, necesariamente, un carácter relevantemente jurídico.

La que será verdadera o no verdadera, en este caso, será la hipótesis que presente el fiscal respecto de los hechos de la realidad que se investigan. En esa línea, Guzmán expresa que en el proceso no pueden volver a reproducirse desde la experiencia los hechos pasados jurídicamente relevantes. Por descontado, lo que se intentará probar en un juicio es la veracidad de la afirmación sobre la existencia de un hecho, es decir, un enunciado descriptivo que afirma el acontecimiento de una situación que posee relevancia jurídica (39). Lo que sucedió en la realidad se induce de las huellas que el acontecimiento pudo haber dejado en las cosas y en las personas, que por conservarse durante un tiempo pueden ser conocidas con posterioridad; y también mediante los resultados o conclusiones de experimentaciones, operaciones o razonamientos que puedan disponerse sobre tales huellas, para descubrir o valorar su posible

eficacia reconstructiva con relación al hecho del pasado (40).

El proceso penal se manifiesta, entonces, como un método regulado de investigación histórica, que permite un conocimiento que se corresponde, en la medida de lo posible, con la realidad y tiene como fin la solución de conflictos jurídico-relevantes. Dicho conocimiento, como es sabido, no es absoluto, puesto que hay circunstancias que condicionarán su obtención. Todo lo mencionado nos lleva a considerar que la correspondencia con la realidad se erige como un ideal a alcanzar, pero que no por ello se debe abandonar la posibilidad de obtenerlo con un elevado grado de certeza. Es que, aunque se pudiera considerar que el objetivo del proceso sea que la verdad vea la luz, lo cierto es que la posibilidad de acceder al conocimiento es limitada (41).

Maier nos enseña que el orden jurídico penal pone límites al estudio de un caso tanto mediante reglas jurídicas formales como materiales (42).

Asimismo, si bien no es el objeto de este trabajo, interesa señalar que, al no existir un grado absoluto de conocimiento de la verdad, se establecen estándares que harán a la certeza sobre lo que se afirma. Si bien el proceso no es infalible, los mecanismos instalados en este tienen como objetivo asegurar, en gran medida, que para confirmar la hipótesis acusatoria y desvir-

(40) Cfr. CAFFERATA NORES, José I. y VV.AA., “Manual...”, ob. cit., ps. 98-99.

(41) Sustenta la teoría aquí asumida, lo dicho por la CS en “Casal” al entender que al tribunal de casación le corresponde agotar la revisión de todo lo que sea revisable a partir de la aplicación de la teoría del máximo rendimiento —*Leistungsfähigkeit*— al tribunal de casación, a fin de salvaguardar la “...correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto”. La reconstrucción histórica exige el entendimiento de que hay vestigios externos al ser y que dan cuenta de una cierta realidad objetiva. Es imperioso, entonces, que en el caso se haya alcanzado un determinado grado de certeza que dé cuenta de aquella sustancia externa la cual alega y subsume en delito el órgano acusador, ya que lo resuelto incluso será susceptible de ser observado por un tribunal superior que pueda revisar cuestiones tanto de hecho como de derecho, sin distinción.

(42) MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, I, p. 855.

(38) Cfr. CAFFERATA NORES, José I. y VV.AA., “Manual de Derecho Procesal Penal: segunda edición revisada y corregida”, Ed. Intellectus, Córdoba, 2003, p. 96 y ss.

(39) GUZMÁN, Nicolás, “La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, 2011, 2ª ed., p. 22 y ss.

tuar el estado de inocencia del que goza un acusado, se alcance un elevado nivel de certeza de que lo que se afirma haya sucedido en la realidad (43). Otra discusión es si, por las normas que conforman al proceso, este se encuentra optimizado para el descubrimiento de la verdad.

Dicha virtud es propia de un sistema cognoscitivista, el cual se opone por completo a uno de carácter decisionista (44). Binder explica que esta es la primera elección que surge a partir de toda una historia de abusos previa a la Ilustración. Señala correctamente, al igual que Ferrajoli, que la verdad no se erige como el objetivo del proceso, sino como una garantía (45). La verdad es, por regla, necesaria en tanto constitucionalmente concebimos un derecho penal de acto.

El art. 9° del Cód. Proc. Penal Federal, el cual establece la separación de funciones, delimita la función del fiscal. Este será quien tendrá a su cargo la investigación y recolección de los elementos probatorios necesarios para demostrar que ese suceso, relevantemente jurídico, ocurrió (46).

Además, el art. 135 del Cód. Proc. Penal Federal reconoce que el representante de la vindicta pública deberá actuar bajo los principios de objetividad y de buena fe, lo cual se alinea con la postura aquí asumida.

Hairabedián indica que, mediante el mentado principio, el fiscal debe “buscar la verdad” por medio de las pruebas de cargo y de descargo, que puedan ser adversas o favorables al imputado (47).

(43) Cfr. CAFFERATA NORES, José I. y VV.AA., “Manual...”, ob. cit., ps. 98-99.

(44) Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 2016, 10ª ed., ps. 33-90.

(45) BINDER, Alberto M., “Derecho Procesal Penal”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2021, V, 21-40. Binder explica que la “búsqueda de la verdad” es una opción política que surge de años de arbitrariedades fruto del absolutismo monárquico.

(46) Cfr. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Código...”, ob. cit., p. 73.

tado (47). Dicha “búsqueda de la verdad” no es otra cosa que la correspondencia entre la acusación con el suceso externo. Por lo que es el mismo bloque normativo el que reconoce que, en cierta medida, la realidad objetiva puede ser conocida.

Y esto es, como se afirmó, una garantía para el imputado: el acusador se ve compelido por el principio de buena fe a no ocultar pruebas a la defensa (48).

Lo aludido va de la mano con lo instituido por la Corte IDH en “Donoso vs. Panamá” al entender que “...los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado” (49).

Así se pronunció Maqueda al aseverar que “...a pesar de que el Ministerio Público Fiscal es una de las ‘partes’ en la relación ‘triangular’ en la estructura de nuestro sistema criminal, sus integrantes tienen el deber de actuar con objetividad, ello implica que deben procurar la verdad y ajustarse a las pruebas legítimas en sus requerimientos o conclusiones, ya sean contrarias o favorables al imputado” (50).

Sin embargo, Maier comprende que el proceso penal es un instrumento cuya finalidad es la “paz jurídica”, que puede ser alcanzada sin ha-

(47) Cfr. Ibidem, 286. También, cfr. LA ROSA, Mariano y ROMERO VILLANUEVA, Horacio, “Código Procesal Penal Federal”, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019, II, p. 48 y ss.

(48) De igual manera, la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido que el fiscal americano es “...the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done”. Cfr. SCOTUS, “Berger v. United States”, 295 U. S. 78, 88 (1935).

(49) CIDH, Caso “Donoso vs. Panamá”, sentencia del 27 de enero del 2009.

(50) CS, “Quiroga Edgardo Oscar s/ causa N.º 4302”, Fallos 327:5863, 2004.

berse llegado a la “verdad” y no por ello carecer de sentido. Razón por la que sostiene, también, que la verdad debe ser tomada como un ideal, tal como ya fue mencionado (51). Respecto a si debe ser considerada como una garantía, expresa que no interpretar esto en conjunto con los principios de derecho penal de acto y el *in dubio pro reo*, sería equivalente a cantar loas al sistema inquisitivo (52).

En consonancia, estas premisas se ven receptadas en el art. 22 y ccdd. del Cód. Proc. Penal Federal, en el que se consagra el nuevo paradigma de gestión de la conflictividad en un juego armónico con el principio de oportunidad y las herramientas que ofrece el código de rito en búsqueda de respuestas ágiles y eficientes. Ya advertía Cafferata Nores que la verdad consensual se presenta como una medida alternativa o auxiliar de solución para ciertos casos penales. Esto se fundamenta en ciertas tendencias modernas que priorizan la reparación del daño causado por el ilícito por sobre el castigo, otorgándole a la víctima un mayor protagonismo en la resolución del caso (53).

Sentado cuanto precede, corresponde concluir qué teoría de la verdad se corresponde con el sistema actual. Entiendo que a partir de las limitaciones propias del marco normativo y el modelo que siguió el Cód. Proc. Penal Federal, se impone una teoría de la correspondencia entre los enunciados y la realidad.

(51) MAIER, ob. cit., p. 853 y ss.

(52) La aclaración de Maier puede resultar obvia, pero es importante en un contexto en el que cada libro de texto que hace un repaso histórico por el sistema inquisitivo reseña que “la verdad” se erigió como uno de sus lemas principales, lo cual abrió la puerta a la utilización de mecanismos intolerables por parte de la persecución estatal. Uno puede preguntarse cómo “la verdad” pasa de ser un emblema de los sistemas decisionista a ser una de las garantías más importantes del imputado en un modelo cognoscitivista. Maier sostiene que esto debe entenderse desde un derecho penal de hecho o acto —que establece que la punibilidad se vincula a una acción u omisión disvaliosa que se encuentra descrita en un tipo penal y no a elementos personales vinculados a la personalidad del autor— y en el *in dubio pro reo* —que exige la certeza sobre la atribución del hecho punible—, Cfr. Ibidem, p. 853 y ss.

(53) Cfr. CAFFERATA NORES y VV.AA., “Manual...”, ob. cit., p. 105.

Para ello, debemos partir desde el punto de vista filosófico que acepta que la realidad puede ser percibida, al menos, en gran medida. De esta forma, se asegura que el acusador debe probar, en el marco de un proceso y con la certeza necesaria, que su hipótesis se corresponde, con una alta probabilidad, a la realidad. En ese entendimiento, se respeta necesariamente el derecho penal de hecho o acto, y se supera la barrera impuesta por el *in dubio pro reo*. Lo dicho no quiere decir que la verdad sea el objeto del proceso, sino que esta se irá tornando necesaria, en menor o mayor intensidad, a medida que el proceso vaya avanzando y concluya, hipotéticamente, con una sentencia condenatoria (54).

En ese entendimiento, la búsqueda debe equilibrarse con los principios fundamentales del sistema acusatorio. Estimo, entonces, que debemos prestar especial atención a las siguientes cuestiones: 1) La implantación de un sistema acusatorio no significa por sí solo que se desprece a “la búsqueda de la verdad” por “correrla” de su lugar de finalidad del proceso. La verdad será necesaria y funciona como una garantía para el acusado. 2) No porque el juez haya dejado de buscar la verdad, esta perderá objetividad. De hecho, el fiscal será el encargado de su búsqueda con las responsabilidades que eso conlleva. Resulta sumamente forzoso argumentar lo contrario. 3) Son nulas las posibilidades de permitir que un juez pueda producir pruebas sin recaer en una contradicción sistémica.

II.3. ¿Cuál es la función del juez en el desarrollo del debate?

II.3.a. Imparcialidad

Gran cantidad de tinta ha sido derramada para desterrar la cultura inquisitorial que reina en distintos sectores de Latinoamérica. A pesar de ello, se ha afirmado que el cambio de un código a otro no es suficiente para la modificación de ciertas prácticas o costumbres con un profundo arraigo (55).

(54) La cual deberá estar precedida por una hipótesis fiscal que haya alcanzado un elevado grado de certeza debido a las pruebas presentadas durante el proceso.

(55) BINDER, Alberto, “Elogio de la audiencia oral y otros ensayos”, Coordinación Editorial, México, 2014, p. 63.

En la tradición inquisitiva, el juez no solo posee facultades de juzgamiento, sino también de investigación. Incluso, se asevera que solo en este tipo de sistemas puede alcanzarse la verdad, pues es la finalidad del proceso y el objetivo del juez —aseveración que ha tratado de ser retrucada en el apartado anterior— (56). Si lo dicho fuese admitido, nos veríamos obligados a aceptar que quien debiese ser encargado de dirigir un proceso de manera imparcial, termine convirtiéndose en parte, poniendo en crisis una de las garantías fundamentales con las que cuenta el ciudadano en un Estado de derecho (57).

La CS ha reconocido que “[l]a garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado” (58).

Esta se deriva de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio establecidas por el art. 18 de la carta magna; indirectamente, también en su art. 114, inc. 6 (59); y es consagrada, mediante el art. 75 inc. 22, expresamente en los arts. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1

(56) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)", *Ratio Juris*, vol. 9, nro. 18, Colombia, 2014, p. 214 y nota al pie 12.

(57) Así, el mismo juez que decide si un imputado deberá soportar el proceso privado de su libertad, es el mismo que resolverá o proveerá medidas investigativas para hallar la "verdad real" de lo sucedido. El imputado se verá envuelto en una contienda en la que se enfrentará tanto al fiscal como al juez de instrucción, lo que supone una desventaja natural.

(58) CS, "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones", Fallos 328:1491, 2005.

(59) Al establecer que será atribución del Consejo de la Magistratura "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurarla independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia", Cfr. DARAY, Roberto R. y otros, "Código Procesal Penal Federal, análisis doctrinal y jurisprudencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, I, p. 72.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que forman parte del bloque constitucional (60).

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional, su bloque normativo y los principios republicanos sobre los que reposa debe entenderse al juez como el único funcionario de un sistema al que se le exige que no represente y que no "gestione" ningún interés (61).

Análogamente, el resguardo de la garantía, en lo que a la presente tesis respecta, puede ser contrastado del juego armónico de los arts. 1°, 2°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 59, 60, 90, 134 y 135 del Cód. Proc. Penal Federal.

Específicamente, se encuentra contemplado en el art. 8° del Cód. Proc. Penal Federal, el cual dispone que "[l]os jueces deben actuar con imparcialidad en sus decisiones. Se debe garantizar la independencia de los jueces y jurados de toda injerencia externa y de los demás integrantes del Poder Judicial. En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará al Consejo de la Magistratura sobre los hechos que afecten su independencia y solicitará las medidas necesarias para su resguardo".

La palabra "imparcial" posee raíces latinas y está formado por el prefijo negativo "in", cuyo significado es "no", y "partialis", que se entiende como "parte". Ahora bien, cuando nos referimos al término "imparcialidad", este debe entenderse como la descripción de una cualidad. Y dicho carácter debe poseer quien se encuentra en calidad de sentenciar el litigio, aquel que "no es parte" (62).

Alvarado Velloso explica que se verificará el cumplimiento de dicha garantía a favor del ciudadano en aquel juzgador que no se encuentra colocado en posición de parte —imparcialidad— ya que nadie puede ser acusador, defensor y juez al mismo tiempo; en aquel que carezca de todo interés subjetivo en la solución

(60) LLERA, Carlos, "Garantía de imparcialidad y temor de parcialidad", Thomson Reuters, 2019, p. 1.

(61) BINDER, "Elogio...", ob. cit., p. 19.

(62) Cfr. ALVARADO VELLOSO, "La imparcialidad...", ob. cit., p. 221.

del litigio —imparcialidad— y quien pueda actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes —independencia— (63).

De lo mencionado, se puede desprender que la imparcialidad propia de la acción de juzgar requiere, entonces, el alejamiento del juzgador de la tarea de investigar y de la potestad probatoria (64).

Por su parte, nuestro máximo tribunal la definió como “...la ausencia de prejuicios o intereses [del juzgador] frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia” (65).

(63) Asimismo, Alvarado Velloso entiende que la imparcialidad está conformada por la ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso; independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencias o persuasión de la parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, ajenidad a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de la figuración periodística, etc.; no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso; evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; fallar según su propio conocimiento privado del asunto. A mayor abundamiento cfr. *Ibidem*, p. 221 y ss.

(64) VITALE, Gustavo L. y GONCEVAT, Eduardo G., “Los ‘jueces de instrucción’ son inconstitucionales (a propósito de la “experiencia piloto)”, *Revista Pensamiento Penal*, 2005, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/04/doctrina30086.pdf>, [consultado el 21/11/2023].

(65) No obstante lo mencionado, la Corte reconoce que, aunque la imparcialidad no podría ser absoluta por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no implica no que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de este frente a la cuestión que deba resolver. Cfr. Fallos 328:1491. De igual manera, lo reconoce MCKEE al mencionar que “[e]ach of us, be we student, teacher, lawyer, judge or just thoughtful participant in the democratic process, is a product of social, cultural and economic forces that shape us in many different ways and pull us in many different directions. We are aware of some of these influences, but each of us is also the product of social forces that we are unaware of that are even more powerful, more enduring, and I believe often far more insidious than the forces we are aware of and can therefore guard against” además “[a]s I suggested earlier, I doubt that we can begin to approach the ideal of objective analysis unless we first recognize our human frailties,

Su importancia también ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha expresado que “[l]a Convención Americana en su art. 8.1 establece que toda persona tiene el derecho de ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. Así, esta Corte ha señalado que ‘toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete’” (66).

De otra banda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que “...puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando este pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate; mientras que el segundo involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito” (67).

Esto ha hecho deducir al cimero tribunal que, en cada caso, “...lo que debe intentar determinarse en el supuesto de parcialidad subjetiva es la convicción personal de tal juez en tal ocasión y en el de parcialidad objetiva deben verificarse algunos hechos que permitan poner en duda su imparcialidad” (68).

Ahora bien, específicamente, en lo que respecta a la pregunta inicial que dio pie al presen-

and admit that we are as vulnerable to society's messages as everyone else. We judges must resist the temptation to assume that we are beyond the reach of the forces that shape the mindsets and beliefs of our non-jurist peers” puede consultarse en MCKEE, Theodore A., “Judges as Umpires”, *Hofstra Law Review*, vol. 35, issue 4, article 3, 2007, ps. 1711 y 1715.

(66) CIDH, Caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 140. Asimismo, Cfr. CIDH, Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 169, y CIDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia de 31 de enero de 2001, serie C.N.º 71, párr. 77.

(67) CS, Fallos 328:1491, 7.

(68) CS, “Telldín, Carlos Alberto y otros”, T.639.XLII, 2009, 9.

te trabajo, cabe recordar que el caso Llerena se centró en el conflicto que producía la acumulación de las funciones de investigación y de decisión o resolución de la controversia. Si bien esta doctrina no podría aplicarse *mutatis mutandi* en su totalidad al caso del tribunal de decisión que decide producir prueba frente a un testigo —debido a que lo que se resalta en el precedente citado es la preconcepción que podría tener formada el juez correccional que procesa a un acusado y luego lo juzga, dando pie a que se genere un temor sobre la neutralidad de este—, no es menos cierto que un rol activo del juez podría generar una preconcepción a la hora de tomar la decisión final, quebrando de esta forma la imparcialidad y, ulteriormente, la igualdad de armas. De ahí la importancia de precisar el alcance de la facultad de los jueces de “pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante”.

En ese contexto, La Rosa y Romero Villanueva explican que, como proyección de la garantía, debe ser negada la posibilidad de disponer y realizar pruebas al juez de la etapa del juicio, lo que trae como obvio resultado que los jueces sentencien sobre las pruebas arrimadas por el Ministerio Público Fiscal, el imputado y las demás partes (69).

Lo aludido va de la mano con lo establecido por el art. 134 y 135 del Cód. Proc. Penal Federal. El art. 134 desestima el diligenciamiento de prueba cuando está prohibido por ley. Así, de la armónica lectura con el art. 135, podrá advertirse que el inc. “c” establece que los jueces no podrán incorporar de oficio prueba alguna. Hairabedián explica que eso no significa que el juez se quede de brazos cruzados, sino que podrá, en caso de deficiencias groseras, comunicar al superior del fiscal su falta de diligencia o anular actuaciones en las cuales el imputado no haya contado con una defensa técnica efectiva (70), pero dichas deficiencias no autorizan a suplir la producción de prueba por parte del juez.

(69) LA ROSA y ROMERO VILLANUEVA, “Código...”, ob. cit., I, ps. 114-115.

(70) Cfr. HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Código...”, ob. cit., ps. 288-289.

II.3.b. Principio acusatorio

Como ya se mencionó, una de las consecuencias de la acumulación de funciones es la afectación al principio republicano, el cual se encuentra expresado en el principio acusatorio (71).

En ese orden de ideas, el Dr. Carlos S. Fayt explicó que el “...principio acusatorio consiste en que juez y acusador no sean la misma persona, se trata del desdoblamiento formal del Estado en dos órganos específicos: uno que acusa y otro que decide” (72).

Por su parte, Ferrajoli ya había indicado que “[l]a separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás” (73), lo cual es recogido por la Corte en Llerena y puesto en comparación con el modelo asumido en nuestra Constitución (74). A mayor abundamiento, el autor indica que, dentro de su modelo garantista, el axioma 9, “Nulla accusatio sine probatione” o principio de carga de la prueba, refleja que, quien acusa, es el encargado de probar dicha acusación (75).

(71) Fallos 328:1491, 9.

(72) Fallos 327:5863, disidencia del Dr. Fayt.

(73) FERRAJOLI, “Derecho...”, ob. cit., p. 567 y ss.

(74) Fallos 328:1491, 9. En esa línea, la CS, en su considerando 15, ya expresaba que “...desde los albores de nuestra organización judicial ya se vislumbraba como horizonte a alcanzar, el afianzamiento de esta separación de funciones. Así fue que el propio Manuel Obarrio en la exposición de motivos del viejo Código de Procedimientos Criminal Nacional de 1889, destacó que “la conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por la sentencia definitiva absolutoria o condenatoria, está arriba de toda discusión. El juez que dirige la marcha del sumario, que practica todas las diligencias que en su concepto han de conducir a la investigación del delito y sus cómplices, está expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que pueden impedirle discernir con recto criterio la justicia...este peligro no existe cuando la instrucción está a cargo de un juez que cesa en sus funciones luego de terminada, para pasar la causa a otro que se encargue de su fallo”.

(75) FERRAJOLI, “Derecho...”, ob. cit., p. 733.

Así, se sostiene que la “garantía de separación” es una condición esencial de la imparcialidad (76). Por lo que podemos afirmar que, para salvaguardar la garantía de imparcialidad, es necesario el respeto del principio acusatorio, tal y como prevé nuestra carta magna.

En ese sentido, queda claro que quien posee la carga de llevar adelante la imputación y de probarla no será otro que el acusador (77). Caso contrario, si en la misma persona convergiesen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa, y posteriormente juzgar su responsabilidad en este, generaría *iudex suspectus* (78). Es que, “...cualquier exceso de jurisdicción que evidencie un interés acusatorio resultará incompatible con el principio de imparcialidad” (79).

Esto se ve receptado en el art. 9° del Cód. Proc. Penal Federal, el cual regula la separación de funciones. Este dicta que “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal...”

Desde otro punto de vista, se ha argumentado que se realiza una “exacerbación del principio acusatorio” cuando se “limita la iniciativa probatoria del tribunal en un juicio oral”, puesto que en ningún caso se podría alterar los hechos discutidos en el juicio oral. Quienes defienden esta postura, aducen que el órgano jurisdiccional, al producir prueba, no se decantaría ni a favor ni en contra de la acusación o de la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues, antes de practicar la prueba, no sabe a qué parte puede beneficiar o perjudicar (80). Asimismo, aclaran que el fundamento

de esta iniciativa probatoria únicamente puede encontrarse en la búsqueda de la debida convicción judicial para así poder otorgar una efectiva tutela de los intereses en litigio, por lo que debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil (81).

Estas aseveraciones no podrían admitirse en el marco de un proceso respetuoso del principio acusatorio, y menos en uno de corte adversarial. Es que, catalogar como “interpretación exacerbada del principio acusatorio” a la limitación probatoria del tribunal en un juicio oral, es no comprender realmente el alcance del principio, que no busca otra cosa que el juez no posea un rol activo, motivado por la “búsqueda de la verdad” ante el marco fáctico que surge de la contienda entre el acusador y la defensa del acusado.

El hecho de que el tribunal desconozca el resultado de una prueba como para ordenarla, no se erige como un argumento convincente para sostener que se está respetando la garantía de imparcialidad. La cuestión se centra en que el sentenciante abandona su carácter de tal y se transforma en una parte más, so pretexto de formar la convicción judicial suficiente o incluso, en búsqueda de la verdad.

Es el fiscal quien, en base a su teoría del caso y la producción de las pruebas pertinentes, intentará generar la convicción suficiente al juez (82) para que este falle a su favor. No es el juez quien debe suplantarlo ante su inacción.

Asimismo, esto debe interpretarse a la luz del principio *in dubio pro reo*. La Corte ha subrayado que “[c]omo corolario de la presunción de inocencia, se enmarca el principio de *in dubio pro reo*, en función del cual al valorar la prueba resulta imperativo absolver al imputado en caso de duda; pues el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación” (83).

(76) Ibidem, p. 567.

(77) Ibidem.

(78) Fallos 328:1491, 10.

(79) CS, “Antognazza, María Alexandra”, Fallos 330:4945, 2007, 7, de la disidencia de Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni.

(80) PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, non secundum conscientiam y su repercusión actua”, Bosch Editor, Barcelona, 2007, p. 149 y ss.

(81) Ibidem, p. 149 y ss.

(82) O al jurado.

(83) CS, “Rojas, Lucía Cecilia y otros”, Fallos 342:2319, 2019.

Cabe preguntarnos, entonces, ¿Podría ser considerado imparcial el juez que decidiese “practicar prueba” de oficio en el marco del debate oral por el hecho de desconocer a que parte puede beneficiar dicho diligenciamiento? Lo manifestado por la CS y una correcta exégesis de los principios y garantías que venimos mencionando, hace vislumbrar que asumir esta posición no podría tener favorable acogida en nuestro bloque normativo.

Si el juez intentara producir prueba, no lo haría en pos de la “búsqueda de la verdad objetiva” ejerciendo el rol de un historiador, sino que lo haría actuando en conjunto con el fiscal y con la finalidad de condenar al imputado, quebrando de esta forma con todas las garantías que este posee. ¿Por qué? Porque si tuviese dudas a la hora de resolver, no debería recurrir a otras pruebas que las propuestas por el fiscal, sino que debería absolver por duda.

II.3.c. Actuación del Tribunal en el debate

El art. 290 del Cód. Proc. Penal Federal establece la dirección del debate y poder de disciplina jurisdiccional: “El juez que presida, dirigirá la audiencia, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos, moderará la discusión y los interrogatorios impidiendo intervenciones impertinentes, sin coartar por ello el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa y ejercerá las facultades de disciplina.

También podrá limitar el tiempo de uso de la palabra a las partes que debieren intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien hiciere uso manifestamente abusivo de su derecho”.

En lo que aquí interesa, Daray explica que moderar la discusión y los interrogatorios consiste en el cumplimiento del debido respeto al tribunal y a las personas intervinientes en el debate (84). Además, el presidente del tribunal será el encargado de que se produzcan las declaraciones del imputado, de los testigos y peritos (85).

(84) DARAY, ob. cit., p. 351.

(85) Ibidem.

Nada dice la norma citada sobre la producción de prueba por parte del tribunal en el desarrollo del debate. Esto se encuentra en conformidad con el art. 9º del Cód. Proc. Penal Federal que fija la separación de funciones. Debe concebirse, entonces, que su actuación queda limitada a ser un mero “arbitro” (86) entre las partes de la controversia, como si de un combate pugilístico se tratase. De hecho, no debe olvidarse la naturaleza “deportiva” del modelo acusatorio adversarial, tan criticada por Pound y otros autores (87).

En palabras de Frankel, el magistrado del modelo adversarial es “...neutral, imparcial, calmo, arbitro no-contencioso, que se encuentra en frente de partes adversarias, procurando que observen las reglas del juego adversarial” (88).

Así, el rol de los jueces en la audiencia de juicio oral se encuentra notoriamente limitado. Esto se debe a que en esta etapa se sustancia la prueba, en la cual el magistrado tiene la obligación de adoptar un rol pasivo a efectos de mantener su imparcialidad y dar cumplimiento cabal con el principio acusatorio. Además, no debe entrometerse en la producción de estas y su actuación tendría que estar ceñida a resolver

(86) Ibidem, p. 75. Asimismo, cfr. LA ROSA y ROMERO VILLANUEVA, “Código...”, III, ob. cit., p. 223 y ss.

(87) “A no less potent source of irritation lies in our American exaggerations of the common law contentious procedure. The sporting theory of justice, the “instinct of giving the game fair play,” as Professor Wigmore has put it, is so rooted in the profession in America that most of us take it for a fundamental legal tenet [...] in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference. We resent such interference as unfair, even when in the interest of justice. The idea that procedure must of necessity be wholly contentious disfigures our judicial administration at every point. It leads the most conscientious judge to feel that he is merely to decide the contest, as counsel present it, according to the rules of the game, not to search independently for truth and justice”, POUND, Roscoe, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, United States Law Review 72, nro. 1, 1938, p. 34, asimismo FRANK, Jerome, “Courts on Trial”, Princeton University Press, New Jersey, 1949, 80-102.

(88) FRANKEL, Marvin E., “Adversary Judge,” Texas Law Review 54, nro. 3, 1976, p. 468.

las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes (89). Lo alegado se ve reflejado al imponer al magistrado que no debe coartar "...el ejercicio de la acusación ni la amplitud de la defensa..."

Esta forma de entender la actuación del juez en el marco del debate no fue acogida históricamente por la cultura anglosajona.

En efecto, Zelinsky recuerda que la analogía judge-umpire, fue utilizada por primera vez por el juez Hicks, quien sostuvo, en *State v. Crittenden*, que el juicio no es una mera lucha entre abogados, en la que el juez actúa como un árbitro en las disputas que pueden generarse entre estos (90).

Incluso, la Ohio Court of Common Pleas consideró, en *Morrison & Snodgrass Co. V. Hazen*, que el tribunal podría hacer preguntas directas a los testigos, en tanto que el magistrado que preside un juicio con jurado no es "...a mere umpire of a game of ball, to call balls and strikes" (91).

Sin embargo, entiendo que, bajo nuestro sistema, es aplicable la concepción del juez Jackson, quien, desde su perspectiva, consideraba que la independencia judicial se podía comprobar a partir de una comparación con los requisitos para ser un árbitro deportivo (92). Asimismo, es la postura del juez Roberts, quien explicó, con claridad, que los magistrados son como "...[u]mpires. Umpires don't make the rules; they apply them [...] They make sure everybody plays by the rules [...] And I will remember that it's my

job to call balls and strikes and not to pitch or bat" (93).

Siguiendo esta línea, Kavanaugh delimita algunos principios y buenas prácticas del "umpire-judge" que podrían ser aplicados en el marco del debate.

Sobre todo, cabe remarcar la importancia que le da a su función limitada, la cual consiste en seguir los principios y reglas establecidas, con consistencia (94). Asimismo, al igual que Roberts, explica que el juez está para aplicar la ley, no para crearla (95).

Estas definiciones van de la mano con el rol del presidente del tribunal como moderador del debate, función que debería quedar ceñida a evitar que las partes dialoguen entre sí o con los declarantes, de manera que canalicen sus inquietudes con arreglo a derecho. Deberá verificar que las preguntas o derivaciones sean conducentes para lograr la reconstrucción del hecho, sin afectar, claro está, la teoría del caso de las partes (96).

III. La problemática de las preguntas aclaratorias en el proceso acusatorio adversarial

En esta segunda etapa de la tesis, me abocaré, en concreto, a tratar el problema que trae aparejada la intervención de los jueces en la realización de preguntas aclaratorias sobre testigos. Para ello, me serviré, claro está, del estudio teórico realizado en la primera parte del trabajo a

(89) Cfr. RUA, Gonzalo y GONZÁLEZ, Leonel, "El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias" en "Sistemas Judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia", publicación anual de CEJA e INECIP N.º 21, 2017, 100.

(90) ZELINSKY, Aaron S. J., "The Justice as Commissioner: Benching the Judge-Umpire Analogy", *The Yale Journal Online*, 119:113, 2010, p. 114.

(91) *Ibidem*, p. 115.

(92) En su caso, y en prácticamente en toda la bibliografía anglosajona, se refieren al umpire del béisbol. Cfr. *Ibidem*, p. 116.

(93) Extracto del Statement del Juez John Roberts en su proceso de nominación para ser Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, el cual fue criticado por parte de la "doctrina" angloamericana, con motivo de que la función del Juez de la Corte Suprema no podría asimilarse al del juez de juicio. Su respuesta surge de la pregunta "What kind of Justice would you be Judge Roberts?", la cual originó parte de la cita. De todas formas, su concepción de la actuación del juez sirve para ilustrar la función del magistrado en el debate.

(94) Es decir, que el magistrado ante casos análogos no debería resolver de forma diversa.

(95) KAVANAUGH, Brett M., "The Judge as Umpire: Ten Principles", *Catholic University Law Review*, vol. 65, Issue 3, article 12, 2016, 683-692.

(96) LA ROSA Y ROMERO VILLANUEVA, III, ob. cit., p. 226.

los fines de otorgar la mayor rigurosidad posible a la postura que aquí adopto.

Para comenzar, como se ha mencionado en la introducción, las complicaciones que podrían surgir en caso de que un tribunal interroge, pregunte, solicite aclaraciones a un testigo, han sido tratadas en extenso por autores y tribunales extranjeros.

En la práctica procedimental podría darse que: a) se le reconozca a un tribunal la facultad de interrogar a los testigos con total libertad, b) se le reconozca al tribunal la facultad de interrogar a los testigos de manera limitada, c) no se le reconozca al tribunal la facultad de interrogar a los testigos de manera absoluta.

Las opciones a) y b) se encuentran relacionados con la vigencia del principio inquisitivo. El mejor ejemplo que puede traerse a colación para la opción a) son los actuales arts. 384 y 389 del Cód. Proc. Penal, que regulan la facultad del presidente del tribunal y de los jueces para interrogar libremente a los testigos (97). En este caso, quien comienza el interrogatorio es el presidente del tribunal, seguido luego por los restantes jueces y posteriormente las partes “con la venia del presidente” (98).

Para la opción b), el limbo, corresponde la redacción del art. 364 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires, el cual prevé que “[e]xcepcionalmente, si al término de cada exposición quedasen dudas sobre uno o más puntos, los miembros del Tribunal, podrán formular preguntas aclaratorias sobre los mismos a quienes comparezcan a declarar al juicio”.

Por último, en la opción c) se encuadra en el principio dispositivo. El claro ejemplo es la redacción del art. 264 del Cód. Proc. Penal Federal previo a la reforma de la ley 27.482, que poste-

riormente se convirtió en el art. 297. La norma establecía, únicamente, que los jueces no podrían formular preguntas.

Las dos primeras alternativas no son otra cosa que prueba de oficio. Esta facultad es análoga a la reconocida y cuestionada “medida para mejor proveer” del proceso civil, las que otorgan al juez “...poder de esclarecimiento litigioso” en tanto “no se lesione” el derecho de defensa en juicio (99).

Cicciaro entiende que el nuevo sistema impuesto a través del Cód. Proc. Penal Federal se dirige, tendencialmente, a configurar un juez prácticamente amordazado hasta su sentencia, cuando el proceso civil —en el que rige primordialmente el principio dispositivo— se encamina a dotar de mayores facultades al juzgador (100). Asimismo, critica el rigor sobre la neutralidad que se le exige a los jueces en el marco de dicha configuración (101). Postula, en varias oportunidades, que la “verdad objetiva” es el fin del proceso y se pronuncia en contra de la teoría del caso en tanto si el hecho probado no se corresponde con la realidad, el juez deberá tenerlo por cierto porque se encuentra verificado de producir prueba (102). En ese marco, afirma que debería permitirse “cierta actividad”

(99) GIANTOMASSI, Fiorella, “Juez y Parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo”, *Revista Derechos en acción*, vol. 5, nro. 5, Universidad Nacional de La Plata, 2017, p. 242. El art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com. el cual prevé en su art. 36, que aún “...sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán [...] 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán: a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito; b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el art. 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeran necesario...”.

(100) CICCARI, Juan E., “Acerca de la pasividad de los jueces y sus limitaciones para formular preguntas (A propósito del nuevo Código Procesal Penal)”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, nro. 18, IJ Editores, Buenos Aires, 2015, p. 9.

(101) *Ibidem*.

(102) *Ibidem*, p. 10.

de los jueces a los fines de la obtención de la verdad (103).

Estas aseveraciones, que son usualmente esgrimidas por quienes se inclinan por un rol más activo del juez en el marco del proceso, han sido objetadas en gran medida en el capítulo referido a la verdad e imparcialidad (104). Nótese que tales tesis parten, a mi entender, desde una concepción errónea con relación a la finalidad del proceso.

Afirmar que la “verdad” es el fin de este, en el entendimiento de que únicamente así puede alcanzarse la misma, hace a la adopción de posturas que impliquen un potencial desbalance en la contienda legal. Se pretende colocar nuevamente al juzgador como el paladín de esta. En este tipo de sistemas, su rol no es otro que juzgar y resolver un conflicto sobre la base de los hechos alegados y probados por las partes, no siendo otro el objeto del proceso que la paz jurídica —cfr. art. 22 del Cód. Proc. Penal Federal respecto a la solución de conflictos y art. 9° de la ley 27.148 Orgánica del MPF (105)—. Si practicáramos el punto de vista referido a que “al juez se le debería permitir cierta actividad” —¿cuánto es “cierta actividad”? ¿una pregunta?, ¿dos?— comenzarían a borronearse los pilares que componen al sistema acusatorio, es decir, la separación de funciones e imparcialidad. El juez abandona su rol de árbitro para formar “parte” del litigio penal en tanto se le reconocen ciertas actitudes que deberían ser facultades exclusivas del fiscal. La “contienda” se vuelve en un dos contra uno, quedando el acusado en una inexorable situación de desventaja, recayendo entonces en las arraigadas prácticas del inquisitivo (106).

(103) Ibidem, p. 11.

(104) Véase en el apartado sobre la imparcialidad, el comentario al texto de PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba...”, ob. cit.

(105) El al art. 9° de dicha ley reconoce como principio funcional del MPF “e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”.

(106) Hay quienes sostienen que si el tribunal interroga a favor del acusado no se vulnera la igualdad de armas, sino que se equiparan. Desde mi punto de vista dependerá del concepto que se sustente respecto a este pilar del sistema. La igualdad de armas no es otra cosa que las

Desde esta perspectiva, en el capítulo referido a la verdad en el proceso acusatorio, expuse que el representante del Estado debía actuar, en razón propia de sus funciones, de manera objetiva, velando por el esclarecimiento de la verdad. Pues bien, será el fiscal, en su rol de representante de los intereses de la sociedad, el encargado de llegar al conocimiento del hecho investigado a través de todos los medios legales disponibles con estricto respecto al debido proceso. Recordemos que la “verdad” es una elección política, en tanto nuestro sistema reposa sobre un derecho penal de acto y que este acto debe haber ocurrido en la realidad (107). Si la acusación realizada por el fiscal fuese falsa, podría recaer sobre el una responsabilidad puesto que una conducta negligente puede conducirlo a una sanción disciplinaria (ver la ley 27.148 —Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal— en sus arts. 67 y 68, inc. e) o incluso, si su comportamiento u omisión fuesen dolosos, a ser perseguido por el delito previsto en el art. 248 o 274 del Cód. Penal, respectivamente (108).

mismas posibilidades y oportunidades para que las partes puedan presentar su caso. Entiendo que el posicionamiento de dos partes contra una hace a la afectación de la imparcialidad, en tanto si la defensa tiene la oportunidad de presentar su caso, la igualdad de armas estaría salvada, sin embargo, no la imparcialidad. Otras posturas indican que la desigualdad de armas se da por la simple desproporción que existe entre el poder de organización estatal y quien soporta la persecución penal. Cfr. GÓMEZ URSO, “Código...”, ob. cit., ps. 680 y 681. Por su parte, Ruiz Vadillo indica que “[s]e dice que las partes en el proceso penal tienen una igualdad de ‘armas’. No me parece que sea así, y estimo que es absolutamente correcto que impere la desigualdad, porque en posición desigual se encuentran los que acusan y los que son acusados. Es tarea del Derecho tratar desigualmente a los desiguales para obtener una cierta igualdad” en RUIZ VADILLO, Enrique, “Valor de las diligencias practicas por la policía judicial en el proceso penal”, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nro. extraordinario 13, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1999, p. 297.

(107) En la misma línea de otros autores ya mencionados, Bentham ya lo definía así al decir que la verdad constituye una “garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo”. Cfr. BENTHAM, Jeremy, “Tratado de las pruebas judiciales”, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 17, citado en ZAMORA-ACEVEDO, Miguel, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Revista Acta Académica, vol. 54, Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, 2014, p. 149.

(108) Esto encuentra sustento específico en el art. 9°, 90 y 91 del Cód. Proc. Penal Federal.

En otras palabras, al fiscal se le exige una elevada certeza de que el hecho que se imputa haya sucedido realmente, sino lo que correspondería sería que desista de la acusación impulsada (109).

Por eso hablo de un dos contra uno, puesto que si el juez encuentra contradicciones o incluso oscuros que no fueron aclarados a raíz del defectuoso desempeño del fiscal a la hora de querer desvirtuar la presunción de inocencia de la cual goza el imputado, deberá estar a la duda. El hecho de que el juez intervenga “en búsqueda de la verdad” no resulta más que un esfuerzo para colaborar en la construcción del caso acusatorio.

La incorporación de la facultad del tribunal para poder solicitar aclaraciones a los testigos en Cód. Proc. Penal Federal no es ociosa. Y aquí nos encontramos con dos regulaciones que son el núcleo del análisis. Por un lado, el art. 297 de la ley 27.063, y por el otro, el art. 5° de la ley 27.146. Tal y como se mencionó, adviértase que, en su anterior formulación, el art. 297 de la ley 27.063 —el que fuera el art. 264 pre-reforma— prohibía a los jueces la realización de preguntas a los testigos y nada contiene respecto de dicha facultad.

En el marco de las sesiones extraordinarias para reformar la ley 27.063, el agregado al texto legal de dicha facultad fue, incluso, debatida.

La opinión vertida por el exdiputado Montenegro en las sesiones extraordinarias para reformar la ley 27.063 se encuentra en línea con el posicionamiento de Cicciaro. En efecto, explicó que le parecía “rara” la objeción a la facultad de los jueces de formular preguntas aclaratorias, y

(109) En palabras de Binder “...un juez del sistema adversarial no busca la verdad, sino que la exige a los acusadores. Y si los acusadores no cumplen con esta exigencia —estricta que se expresa con el principio de carga de la prueba— entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación. La clarificación del principio de exigencia de verdad a los acusadores [...] es de mucha mayor importancia que cualquier discusión sobre la teoría de la verdad, en particular porque la idea de verdad que utilicemos en el proceso deberá ser aquella que mejor fortalezca este principio político”. Cfr. BINDER, Alberto, “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 223.

afirmó que dotarlos de la misma era importante. Así también, indicó que le parecía relevante que las partes “...pudiesen determinar si esas preguntas están dirigidas de alguna manera a que el juez pueda tomar una posición o no, y si el juez pasa a ser parcial, serán las partes las que tomen la medida que deberá llevarse adelante” (110).

Al contrario, el dictamen de la minoría expreso, acertadamente, su preocupación respecto a la incorporación de esta facultad. Indicó que, justamente, “...lo acusatorio consiste en que el juez le exige la verdad al acusador. Y esa exigencia de verdad se refleja, entre otras cosas, en la producción de la prueba, que se realiza en el juicio oral. Si el juez interroga a los testigos está interviniendo en la producción de prueba, y por ende pierde su imparcialidad”. Asimismo, “Es sabido que, en definitiva, toda pregunta es “aclaratoria”. Por ende, abrir esta ventana genera el consecuente riesgo de que los jueces y juezas vuelvan a las viejas prácticas (que, lamentablemente, son las actuales de la justicia federal): conducir el interrogatorio del testigo como ellos/as consideren adecuado, sin respetar el rol del Ministerio Público Fiscal y de la defensa. Los sistemas acusatorios deben tender a generar jueces/zas no solo imparciales, sino que además limiten sus intervenciones al máximo en el debate oral” (111), posicionamiento que ha sido remarcado hasta el hartazgo, tal el caso de Falcone y Falcone (h) (112).

Asimismo, una de las motivaciones para rechazar la reforma por parte de quien fuera diputado por Río Negro, Claudio Doñate, fue la “...distorsión del principio acusatorio, generando exactamente lo opuesto a lo que dice que se pretende lograr con este proyecto”. Así, expuso que tal era el caso “...del art. 264 por el que se establece claramente que los jueces no podrán

(110) “Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación, 18ª Reunión, 2ª Sesión Extraordinaria (Especial), diciembre 6 de 2018 período 136º”, p. 47.

(111) Ibidem, p. 35.

(112) “Se sabe que cuando el juez produce prueba o inicia el interrogatorio del testigo en el juicio lo hace con alguna idea preconcebida. Nadie ofrece prueba ni interroga a los órganos de prueba desde la neutralidad”. Cfr. FALCONE, Roberto A. y FALCONE, Roberto (h.), ps. 140-141.

formular preguntas. Este es un principio basal del sistema acusatorio. Justamente, lo acusatorio consiste en que el juez le exige la verdad al acusador y el proyecto reformula esta prohibición. La propuesta que hoy estamos debatiendo dice textualmente: "Los jueces no podrán formular preguntas directas. Solo podrán pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante". Continuó afirmando que "...es sabido que la pregunta de un juez es aclaratoria. Por ende, abrir esa ventana genera un grave riesgo de que los jueces vuelvan a las viejas prácticas". Para sostener esto, trajo a colación el resonante caso de Lucía Pérez (113) y la actuación de los jueces en el marco del juicio: "...hablamos mucho sobre el caso Lucía Pérez y se me ocurrió mostrar este ejemplo en relación a las preguntas que le hacían particularmente a la testigo o a la perito que exponían sobre la violencia de género mientras que los jueces, en lugar de escuchar lo que la fiscalía quería que la testigo dijera, le empezaron a preguntar y a interrumpir para expresar lo que ellos pensaban" (114).

III.1. Análisis del art. 297 del Cód. Proc. Penal Federal y del art. 5° de la ley 27.146

En primer término, a fin de facilitar el estudio de ambos artículos, entiendo que corresponde reflejar a los mismos dentro del presente apartado.

El art. 297 del Cód. Proc. Penal Federal prevé que:

"Art. 297.- Interrogatorio. Los testigos y peritos, luego de prestar juramento o promesa de

(113) En el primer juicio por el caso de Lucía Pérez se condenó a los acusados por venta de estupefacientes y se los absolvió por el femicidio y el abuso sexual. Posteriormente, el Tribunal de Casación anuló la sentencia y ordenó la realización de un nuevo juicio oral que concluyó con la condena de uno de los acusados a perpetua por abuso sexual con acceso carnal agravado por el suministro de estupefacientes y por resultar la muerte de la persona ofendida en concurso ideal con femicidio y al otro se le aumentó la pena por considerarlo partícipe secundario de dicho delito. Las manifestaciones hechas por el diputado que cuestionaba la actuación de los jueces en el debate parlamentario se dio en el marco del primer juicio cuya sentencia terminó anulada por perjuicios y suposiciones basadas en estereotipos de género-causa N.º 5635 (IPP 20776-16 y 21137-16) "Fariás, Matías Gabriel - Offidani, Juan Pablo s/ abuso sexual con acceso carnal agravado y femicidio".

(114) "Diario de sesiones...", p. 40.

decir verdad y haber sido instruidos sobre las prescripciones legales previstas para el falso testimonio, serán interrogados por las partes, comenzando por aquella que ofreció la prueba.

"No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen, salvo si fuera indispensable por considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

"En el examen directo no se admitirán preguntas sugestivas o indicativas salvo que se autorice el tratamiento para el testigo hostil. En el contraexamen las partes podrán confrontar al testigo o perito con sus propios dichos o con otras versiones. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar al testigo o perito.

"Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. Los jueces harán lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidirán luego de la réplica de la contraparte.

"Los jueces no podrán formular preguntas directas. Solo podrán pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante.

"Los testigos y peritos que, por algún motivo grave y difícil de superar, no pudieren comparecer a declarar a la audiencia del juicio, podrán hacerlo a través de videoconferencia o a través de cualquier otro medio tecnológico apto para su examen y contraexamen".

El art. 5° de la ley 27.146 establece:

"Igualdad entre las partes, contradicción e intermediación.

"Art. 5° - Los jueces garantizarán el ejercicio del derecho de las partes a exponer sus posiciones en las audiencias y a contradecir las de la contraparte. Podrán imponer límites razonables a la duración de dichas exposiciones.

"Los jueces no pueden suplir la actividad de las partes y deben resolver exclusivamente con base en las pretensiones y las pruebas producidas por ellas. En las audiencias podrán exclusivamente formular preguntas aclaratorias a testigos y peritos".

En segundo lugar, se impone brindar una definición del término "aclarar". La Real Academia Española conceptualiza dicho término como "Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo", "Hacer que la voz se perciba más clara" o "Explicar algo, hacerlo fácil de comprender", entre otros (115).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que es principio inconcuso de hermenéutica que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente (116). No obstante, al sumergirnos en las consideraciones volcadas con anterioridad, comprendo que estamos ante enunciados legales que, contrapuestos, su claridad y precisión se desvanecen, dejando un manto de incertidumbre sobre la verdadera intención del legislador al momento de plasmar dicho término en el cuerpo legal (117).

La problemática en torno a las preguntas aclaratorias termina siendo una cuestión de hermenéutica y de atribución de "sentido". Es decir, ¿qué significado le otorgamos al término "aclarar" en el enunciado en el que se encuentra inserto? ¿qué significado se le puede dar al concepto de "pregunta aclaratoria"?

Estimo que a esta facultad del juez se le puede atribuir un sentido amplio y otro restringido.

El significado amplio concibe a un juez como a un agente activo, que no se limita al intercambio dialéctico entre defensa y fiscalía, y se encuentra facultado para intervenir en el relato testimonial mediante la formulación de preguntas a los fines de "aclarar", "esclarecer", "profundizar" o explicitar los puntos oscuros o ambiguos del testimonio. Esto le permitirá al juez valerse de la declaración efectuada para ahondar en la mis-

ma. Lo que en la práctica puede concluir en la producción de prueba.

De otra arista, se postula una tesis restringida, que aboga por una intervención judicial más circunscrita y cautelosa. Bajo este prisma, sostengo que el juez debe ejercer su atribución únicamente en circunstancias excepcionales, como cuando el testimonio del testigo es inaudible, incomprensible o se presenta de manera titubeante.

En el campo de la interpretación legal, el ilustre académico polaco Wróblewski nos enseña que este ejercicio es denominado "interpretación doctrinal" (118). En consonancia con lo planteado *supra*, el autor expresa que esta práctica consiste en elucidar el sentido de la norma jurídica y que esto requiere de una elección entre significados que difieren (119). Para ello, ofrece diversas directrices que no son más ni menos que valiosas herramientas destinadas a dotar de metódicos y coherentes fundamentos al interprete, denominadas directivas lingüísticas, sistémicas y funcionales, y que ayudaran a navegar el contexto normativo (120).

Exégesis lingüística

Como fuera mencionado, la directiva lingüística revela ciertas limitaciones que no pueden ser obviadas. Entiendo que la aplicación de esta no permite inclinarse de manera definitiva por una postura amplia o restringida, ya que el lenguaje empleado en las normas pertinentes es susceptible de ambas interpretaciones.

Al establecer el art. 297 del Cód. Proc. Penal Federal que los jueces "solo podrán pedir aclaraciones cuando no hayan comprendido lo ex-

(115) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la lengua española", 23ª ed., [versión 23.4 en línea] en <https://dle.rae.es/aclarar> [consultado el 21/11/2023].

(116) CS, "Piñeiro, María Elvira", Fallos 320:61, 1997; CS, "Kunel, Carlos Miguel", Fallos 320:305, 1997; CS, "Bertinat, Pablo Jorge y otros", Fallos 323:1625, 2000, entre otros.

(117) Véanse las discusiones en el marco de la reforma del Cód. Proc. Penal Federal que fueron citadas con anterioridad.

(118) El autor indica que la interpretación legal se desenvuelve en cinco niveles. La "interpretación doctrinal" que pertenece a la dogmática jurídica y es propia de este trabajo. La "interpretación legal", efectuada por un órgano del estado para vincular a otros, la "interpretación auténtica", ejecutada por el legislador, la "interpretación operativa", realizada por quienes ejercen la judicatura en el caso concreto y por otras fuentes, como las partes en un proceso, opinión pública, etc. Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", Editorial Civitas, Madrid, 1988, ps. 27-29.

(119) Ibidem, p. 29.

(120) Ibidem, p. 46 y ss.

presado por el declarante”, se abre un margen hermenéutico que la directiva lingüística, por sí sola, no logra colmar. ¿Se refiere esto a que no se escuchó correctamente su declaración por la fonética del declarante? ¿O implica también una comprensión más profunda del relato en su conjunto?

En este sentido, se hace patente la necesidad de trascender el análisis puramente lingüístico y adoptar un enfoque exegético más integral, que considere no solo el texto de la norma, sino también el contexto sistémico y funcional en el que se inscribe.

En este punto cobra especial relevancia lo expuesto a lo largo del trabajo. En primer lugar, uno de los pilares del sistema acusatorio adversarial, que no es otro que la imparcialidad y la separación de funciones. Esta característica troncal se vería comprometida si un juez toma las riendas del debate y empieza a realizar de manera amplia preguntas que tiendan a esclarecer el núcleo del relato del testigo.

Si se entiende aplicable una tesis amplia dentro del sistema bajo estudio, podemos valernos de los siguientes supuestos en caso de que la declaración del testigo sea ambigua y el juez decida intervenir en el interrogatorio.

Casos:

A) El testigo produce el testimonio, pero al juez hay varias partes de sus declaraciones que le resultan ambiguas, poco coherentes o acordes a la teoría del caso de la parte. La declaración no logra generar la convicción suficiente en el magistrado.

Ejemplo práctico: el juez pregunta y logra, gracias a la declaración, generar la certeza para tener el hecho imputado por probado. En un juicio por lesiones graves, un testigo de la acusación describe al perpetrador como un hombre de estatura media y cabello oscuro. Sin embargo, su relato carece de detalles específicos que vinculen al acusado con el acto delictivo. Ante la vaguedad de la descripción, el juez interviene con preguntas dirigidas a esclarecer la identificación: “¿Podría el testigo especificar alguna característica distintiva del acusado que observó durante el incidente?”. A través de esta intervención, el testigo recuerda y declara que el supues-

to ladrón llevaba un tatuaje prominente en el cuello y en la mano derecha, idéntico al que posee el acusado. De esta forma el juez genera la convicción suficiente cuando en un primer momento tenía dudas de su autoría.

B) El testigo produce el testimonio, pero hay varias partes de sus declaraciones que al juez le resultan ambiguas, poco coherentes o acordes a la teoría del caso de la parte. La declaración no logra generar la convicción suficiente en el magistrado. El juez pregunta y la deposición favorece al imputado.

Ejemplo práctico: en un juicio por robo agravado por el uso de arma, el testigo describe al perpetrador blandiendo “algo que parecía un arma”. La falta de certeza en su testimonio no convence al juez de que el acusado haya utilizado un arma real, lo cual es crucial para la calificación del delito ya que el arma nunca fue hallada. Al preguntar “¿Podría el testigo especificar si vio claramente un arma y, de ser así, describir sus características distintivas?”, el testigo admite no haber visto un arma concreta, sino una forma que le hizo suponerla. Esta aclaración favorece al imputado, ya que la presunción de un arma no cumple con el estándar de prueba requerido para el delito de robo agravado.

C) El juez estima que, gracias a lo que viene declarando el testigo, se estaría probando la teoría del caso del acusador por lo que decide hacer algunas preguntas esclarecedoras para confirmar su postura. Gracias a su interrogatorio, beneficia al imputado y se derrumba la certeza construida para condenar al acusado.

Ejemplo práctica: en un juicio por homicidio simple, un testigo clave afirma haber visto al acusado huir de la escena del crimen poco después de escuchar un alboroto. La fiscalía se apoya en este testimonio para establecer la presencia del acusado en el momento del delito. Sin embargo, el juez, percibiendo una ambigüedad en la noción de “poco después”, interroga al testigo para precisar el tiempo: “¿Puede indicar el testigo con exactitud cuánto tiempo transcurrió entre el ruido que escuchó y el momento en que vio a la persona huir?”. El testigo, al ser presionado por la precisión, aclara que pasaron al menos 20 minutos, un lapso durante el cual el acusado tiene una coartada sólida, confirmada por múltiples testigos. Esta aclaración, surgida

de la pregunta del juez, afecta directamente la certeza que había sido construida hasta el momento de ese interrogatorio.

Respuestas:

A) El magistrado actúa como un “forty-niners” (121) en tanto, si la declaración le resultó poco clara, el art. 3° del Cód. Proc. Penal Federal prevé el principio de inocencia, consagrado por la Constitución Nacional en su art. 18, la DUDH en su art. 11, DADH en su art. 26, la CADH en su art. 8° inc. 2 y el PIDCP art. 14.2. En caso de que la declaración del testigo le haya resultado ambigua y el acusador no haya logrado que el testigo sea certero en su interrogatorio o contrainterrogatorio, el magistrado debe estar a la duda, ya que no es propio de su función. En el caso de las lesiones graves, el encargado de develar una descripción más refinada de la persona que habría observado el testigo es el acusador. Si mediante la descripción brindada por el declarante el juez no puede acreditar la identidad del testigo, debe estar a la duda, ya que el fiscal no actuó como correspondía.

B) El magistrado actúa bajo la tesis expuesta en tanto, si la declaración le resultó poco clara, el art. 3° del Cód. Proc. Penal Federal prevé el principio de inocencia, consagrado por la Constitución Nacional en su art. 18, la DUDH en su art. 11, DADH en su art. 26, la CADH en su art. 8° inc. 2 y el PIDCP art. 14.2. Habría llegado al mismo resultado aplicando dicho principio, por lo tanto, las preguntas no eran necesarias y solo parecerían ser necesarias en caso de buscar una condena. Cuando el testigo menciona que había algo que “parecía un arma”, no está describiendo con precisión aquello que había visto, por lo tanto, el juez no puede tener por acreditado el agravante. De esta manera, preguntando solo confirma que el testigo estaba suponiendo que lo que vio era un arma, por lo que se verifica

que la simple y lisa aplicación de la duda podría haber evitado el temor de parcialidad.

C) El juez viola nuevamente la imparcialidad al actuar como una parte más en el proceso. El caso se complejiza porque, *prima facie*, el hecho atribuido al imputado parecía estar acreditado con la certeza necesaria para una condena. Pero, gracias a la intervención del juez, surge que esto es incorrecto. De esta manera, la dificultad se da porque estamos ante un inocente que iba a ser injustamente condenado. Aquí hay quienes dicen que este supuesto es una salvedad, debido a que el juez interrogó en beneficio de aquel sobre el que pesa una imputación y balancea el natural desequilibrio existente en la igualdad de armas y en pos del paradigma de reducción de poder punitivo (122). Lo cierto es que el juez puede haberse inmiscuido en la teoría del caso de la defensa, peligrando su estrategia procesal. Así, la asistencia podría haber tenido información adicional que respaldaba la coartada del acusado, como pruebas de su ubicación en otro lugar, que planeaba revelar en un momento procesal oportuno para maximizar su impacto. La pregunta del juez podría precipitar la revelación de esa información, potencialmente disminuyendo su efecto estratégico.

En todos los casos, el juez que interroga decide abandonar su rol de tercero imparcial y tomar la posta como si fuera una parte. Quienes se posicionan a favor de la amplitud suelen alegar que el magistrado no sabe qué es lo que le va a contestar el testigo declarante. Lo cierto es que, si el órgano jurisdiccional decide despojarse de su papel de árbitro e inmiscuirse en el terreno del azar, propio de las casas de juego, cada pregunta se convierte en una apuesta en la que el resultado es incierto y el destino del proceso puede girar en una dirección u otra con la misma imprevisibilidad con que la esfera blanca decide su paradero final en la ruleta.

Un juez que interroga de manera excesiva o sugestiva no solo afecta la percepción de imparcialidad, sino que también puede influir en la opinión pública y en la reputación de las partes, especialmente del acusado. Cicciaro menciona, en su férrea crítica a la ausencia de la facultad del juez de interrogar libremente al testigo,

(121) “Forty-niners” fue el sobrenombre colocado a aquellas personas que arribaron durante la “California Gold Rush” en 1849 en búsqueda de oro a partir del descubrimiento James W. Marshall en Sutter’s Mill. La referencia hace juego con la concepción explicada por Weigend en el capítulo sobre la verdad al delimitar aquella concepción en la que procedimiento no es otra cosa que la búsqueda de una “pepita de oro” en la que el juez no es otra cosa que un operario en búsqueda de esta o un “truth seeker”.

(122) Cfr. GÓMEZ URSO, ob. cit., ps. 680-681.

que la incorporación de la potestad para realizar preguntas aclaratorias se queda a medio camino de lo que él entiende que corresponde en el marco de este tipo de procesos. Por lo que, consecuente con su opinión, parecería lógico deducir que este apoyaría una tesis amplia en la que el marco de discrecionalidad del juzgador es mayor al de una postura más restrictiva.

Exégesis sistémica

Continuando con el análisis, debe prestarse especial atención a otros elementos en juego.

Para ello corresponde involucrarse plenamente en el articulado del Cód. Proc. Penal Federal.

El art. 135 restringe la posibilidad de que el juez incorpore prueba de oficio alguna. Queda vedado cualquier aporte que pueda realizar el magistrado que decide interrogar para conocer los alcances de las declaraciones de un testigo puesto que está produciendo nueva información. En concordancia, el art. 5° de la ley 27.146, los jueces no pueden suplir la actividad de las partes y deben resolver exclusivamente con base a sus las pretensiones y las pruebas producidas por ellas. El hecho de que no puedan suplir la actividad de las partes es un claro indicador de que el magistrado no podrá convertirse en un litigante y empezar a salvar los baches que ha dejado el acusador o incluso ejercer la ineficaz defensa del asesor técnico (123).

Todo esto se encuentra circunscripto a la actuación como director del debate, encargado de moderar la discusión y los interrogatorios. El art. 290 es claro al preservar “el ejercicio de la acusación” y la “amplitud de la defensa”. Es decir, la descripción de aquel juez similar al árbitro de un combate se vuelve aún más patente poniendo en consideración todos los elementos que vengo mencionando.

Si al juez se le encuentra prohibida la posibilidad de producir prueba de oficio, no sería coherente que pueda originarla mediante la ampliación de la declaración del testigo. Por ello

(123) El art. 111 del Cód. Proc. Penal Federal expresa, en lo pertinente, que “[...] juez no podrá suplir la actividad de las partes, y deberá sujetarse a lo que hayan discutido”.

no debe confundirse la posibilidad de moderar el debate y los interrogatorios con la de formular preguntas aclaratorias que supongan una extensión en el testimonio del deponente.

Consecuentemente, aquel juez que comienza a formular preguntas aclaratorias para obtener cierta extensión en la deposición del testigo no hará otra cosa que afectar a la separación de funciones previsto en el art. 9 que indica claramente que los jueces no deben realizar actos de investigación. Nótese la cantidad de barreras que el legislador le impuso al juez que quisiera formular las mismas.

Consecuentemente, el rol más activo del juez podría desafiar la versión de los hechos que presentó la defensa del acusado, afectando su derecho a una defensa técnica eficaz e incluso, perjudicar la estrategia del fiscal. La figura de este puede causar otra presión en la declaración del testigo. Asimismo, la peligrosidad de que el juez pueda llevar sus preguntas aclaratorias a preguntas conclusivas está constantemente latente y el peligro de afectar la faz subjetiva del principio de imparcialidad es altamente elevado.

Por añadidura, la publicidad del proceso puede verse afectada al influir en la opinión pública por el obrar desplegado. Recordemos que en una sociedad que se encuentra inclinada hacia la necesidad de punir todos los crímenes, puede entender la actuación del juez como si fuera un héroe que está tratando de salvar el juicio, cuando lo cierto es que lo más probable es que este afectando la teoría del caso de los partisanos.

Incluso la concentración, la inmediación y la celeridad, principios que buscan la agilidad procedimental, podrían verse amenazados ante un juez que prolonga el juicio ilegalmente mediante la extensión de la adopción de una postura que lo distancia de su rol de umpire.

Por último, la simplicidad y deformalización pueden verse comprometidos por el hecho de que el magistrado añada una capa de complejidad y formalidad al proceso, alejándolo de ser un mecanismo eficiente y accesible para la resolución de conflictos penales, en tanto en vez de aplicar las resoluciones previstas, decide desviarse y actuar como una parte.

Exégesis teleológica

Desde un punto de vista de la finalidad del proceso, el art. 22 del Cód. Proc. Penal Federal establece que tanto jueces como fiscales 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.

Esto responde al cambio de paradigma que adopta un derecho penal de conflicto por sobre un derecho penal de infracción, reformulando la finalidad y objeto del proceso penal (124). Así, Villar indica que "...frente al antiguo juez recolector de prueba, nos encontramos ante un magistrado absolutamente imparcial que va a resolver el conflicto que las partes le traigan en una audiencia oral y pública" (125).

El antiguo juez de la inquisición es desprovisto de las potestades investigativas en pos de la "verdad", en tanto no se erige como el fin del proceso. Actualmente, el propósito no es otro que la solución de un conflicto social que es generado por un ilícito penal. Por ello, el entendimiento de que la posibilidad de realizar preguntas aclaratorias o solicitar aclaraciones pueda generar el nacimiento de nueva prueba, hace a uno inclinarse, desde un punto de vista teleológico, a un posicionamiento más restringido que asegure la imposibilidad de que se genere nuevas evidencias que dificulten la teoría del caso de las partes.

En conclusión, podemos observar como una tesis amplia no encuentra cobijo en nuestro sistema dado que vulnera el debido proceso acusatorio. Sin embargo, tal y como he referido, hoy es extremadamente difícil encontrar procesos acusatorios o inquisitivos completamente puros, sino variantes de estos que sostengan sus características principales. Por eso, la pregunta aclaratoria podría concebirse en el caso de una mera cuestión fonética, algún modismo o como mucho un término extremadamente técnico y no de alcance de declaración. Simplemente, si

el testigo no se escucha lo que ha dicho, ha tartamudeado, se ha puesto nervioso y erró en la forma de expresarse, el juez podrá solicitar que aclare el testimonio o le pregunte si puede aclarar este, pero no como una ampliación de su deposición. En este caso el juez se encontraría actuando como un árbitro que dirige el debate y media en el interrogatorio a fin de que este pueda ser comprendido por las partes, es decir, los encargados de acreditar o no sus enunciados mediante su actuación. En efecto, la interpretación reviste armonía con el articulado anteriormente explorado.

Defensas posibles ante las preguntas aclaratorias formuladas por el Tribunal

El debate se estaba desarrollando con normalidad. El interrogatorio de testigos iba sobre ruedas y todo parece indicar que el día terminaría sin sobresaltos. Repentinamente, el magistrado, rememorando aquellos días de gloria en los que el descubrimiento de la verdad era la finalidad de lo que ahora llaman "proceso penal", decide que el testigo ofrecido por la acusación estaba declarando a medias, por lo que entiende que corresponde su intervención para poder expresar lo que este sabía. El defensor, incrédulo, reacciona en un estado de alerta ante la manifestación del juez mediante la cual advirtió que "haría algunas preguntas aclaratorias" respecto a lo que depuso el testigo. Recordó inmediatamente que el Cód. Proc. Penal Federal prevé:

1. Objeción (art. 297, párrafo cuarto)

En lo pertinente, el art. 297 establece que "...[l]as partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. Los jueces harán lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidirán luego de la réplica de la contraparte".

La primera defensa con la que puede contar el letrado (sea acusador o defensor el perjudicado) será la de objetar la pregunta que considera "inadmisible". Jauchen las define como "incidencias" mediante las cuales el abogado, fundando su disconformidad, solicita el rechazo de una actividad procesal por no ajustarse a las normas o principios de este (126). Entiendo

(124) VILLAR, Eduardo, "Implementación del Código Procesal Penal Federal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 1ª ed., p. 35.

(125) Ibidem.

(126) JAUCHEN, Eduardo, "Estrategias de litigación penal oral (sistema acusatorio adversarial. Teoría y práctica)", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 456.

que la objeción dirigida a la pregunta aclaratoria formulada por el magistrado ingresa dentro de la constelación de preguntas que son consideradas inadmisibles y el artículo no especifica si la pregunta debe ser realizada por la otra parte. Incluso, si así lo dijera, el objetor podría argumentar que cuestiona la pregunta del juez porque el magistrado abandona el estrado y empieza a participar como un litigante más.

De esta manera, la parte tiene la oportunidad de detener la pregunta realizada por el juez y explicar por qué no corresponde que este comience a producir prueba de acuerdo al sistema en el que se encuentran insertos.

2. Revocatoria (art. 346 del Cód. Proc. Penal Federal)

El artículo establece que “[d]urante las audiencias solo será admisible la revocatoria, que procederá contra los autos sin sustanciación y será resuelta de inmediato, previa intervención de las partes. Su planteamiento significará la reserva de impugnar la sentencia”.

En caso de que el juez no haga lugar a la oposición fundada por el perjudicado, este tiene la posibilidad de interponer recurso de revocatoria a fin de obtener una chance más de que el magistrado revea su postura y dejar asentado su disconformidad con la postura del juzgador. La finalidad de la revocatoria consiste en que deje sin efecto, por contrario imperio, una cuestión que hubieren previamente decidido (127).

Por su parte, Daray entiende que, contra la pretendida pregunta aclaratoria de alguno de los jueces, corresponde directamente el recurso de revocatoria, pues su formulación consistiría en una “decisión” tomada durante la audiencia (128). Opino que la objeción, como primera estrategia defensiva, ofrece al litigante una doble chance para que el magistrado revea su actuación y que la pregunta no sea realizada. En caso de que no se haga lugar al recurso, la disconformidad del letrado queda asentada para el momento de impugnar la sentencia.

(127) DARAY, ob. cit., ps. 564-565.

(128) Ibidem, p. 389.

3. Nuevo interrogatorio (art. 297, segundo párrafo del Cód. Proc. Penal Federal).

Interpuesta la revocatoria contra el tribunal, en caso de que esta sea rechazada, la parte debería tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa producto de la información incorporada a raíz de la pregunta aclaratoria. Lo dicho es armónico respecto al art. 297, segundo párrafo. Estimo que esta situación puede generarse al final del examen o en el contra examen, en tanto el código no establece en qué momento el juez puede realizar las preguntas aclaratorias, por lo que se habilitaría un re-directo un re-contraexamen.

Resulta necesario que esa información incorporada sea controvertida por el perjudicado con el fin de tener la oportunidad de demostrar que esta carece de credibilidad, confiabilidad, o veracidad y en consecuencia de ser aceptada como una prueba de cargo o descargo (129).

¿Qué pasa si el juez se niega a que la parte pueda interrogar? Una vez más, estimo que lo que corresponde es el recurso de revocatoria contra la decisión, y aquí ya no solo podría haber una cuestión de imparcialidad, sino de igualdad de armas, porque la parte no tendría la oportunidad de ejercer su defensa y que su teoría del caso se vea perjudicada por el obrar jurisdiccional.

4. Planteo de nulidad (art. 129 y ss. del Cód. Proc. Penal Federal)

En el supuesto de que el magistrado no sanee su conducta durante el debate y con la afectación de las garantías de imparcialidad e igualdad de armas, llegado al caso, deduzco que se encuentra habilitado el planteo de nulidad puesto que el art. 129 prevé que los actos realizados “...con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en este Código [no podrán ser valorados]. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal”.

(129) JAUCHEN, ob. cit., p. 389 y ss.

5. Recusación (arts. 59, 62 y 63 del Cód. Proc. Penal Federal)

Hairabedián advierte que el instituto tiene una íntima relación con la garantía de imparcialidad **(130)**. Su finalidad es que las partes no se vean despojados de un tercero imparcial. El elemento objetivo que habilite la interposición de esta es justamente la formulación de preguntas al juez que le puedan llegar a permitir introducir pruebas al debate. La parte deberá interponer el planteo en la audiencia al momento, en mi opinión, en el caso de que el juez rechace sus anteriores defensas. Es lógico que al litigante le resulte contradictorio que el mismo juez resuelva respecto a su recusación, en tanto se constituye como parte, pero su importancia radica en la posibilidad de que el órgano revisor pueda intervenir en su actuación.

6. Impugnación de sentencia (arts. 358, 359 y 360 Cód. Proc. Penal Federal)

Llegado el caso de que la decisión haya sido adversa a la parte que fue perjudicada con la pregunta realizada por el tribunal, la última posibilidad de atacar la actuación del jurisdiccional que produjo prueba en contra es mediante la impugnación de sentencia. En ese aspecto, entiendo que será requisito previo a esto haber formado una incidencia mediante la objeción, así como haber recurrido mediante revocatoria la decisión de continuar con la pregunta. ¿Si la parte pudo volver a preguntar y ejercer el derecho de defensa, la impugnación se vuelve improcedente? No, porque el daño ya está hecho de todos modos, y la sentencia resulta, cuanto menos, arbitraria en cuanto el juez introdujo prueba que valoró para decidir como lo hizo.

III.2. Doctrina y jurisprudencia internacional y nacional

El último segmento se encuentra específicamente dedicado a un estudio comparado de aquellos sistemas que presentan similitudes con el establecido por el Cód. Proc. Penal Federal. Su finalidad resulta ser la de examinar de qué manera se han abordado y gestionado la problemática objeto de la investigación en sistemas similares. La experiencia en el plano internacio-

nal y nacional pueden aportar valiosas perspectivas y enriquecer el análisis aquí realizado.

Doctrina y jurisprudencia internacional

- Estados Unidos

En los Estados Unidos, las “Federal Rules of Evidence” **(131)** estipulan en la “Rule 614” del título 28, apart. (b), que la corte podrá examinar al testigo sin importar la parte que lo haya llamado. Incluso, podrá ser el tribunal quien convoque al testigo para ser interrogado **(132)**. La facultad debe ser entendida en concordancia con la “Rule 611” que conviene que “...the court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to make those procedures effective for determining the truth, avoid wasting time, and protect witnesses from harassment or undue embarrassment”.

Sin embargo, las “Notes of Advisory Committee on proposed rules” sobre las reglas federales de evidencia, aclaran que el ejercicio de la facultad se convierte en abuso cuando “...the judge abandons his proper role and assumes that of advocate” **(133)**.

En igual sentido, el “California Evidence Code” indica en la sección 765 y 775 que la corte podrá llamar a testigos como si fuese una parte en el proceso en búsqueda de la verdad. La norma emerge como un punto de notable contradicción para un sistema eminentemente acusatorio, en tanto reconoce que el juez se coloca en el lugar de parte a la hora de interrogar y que la parte puede objetar sus preguntas como si fuese un litigante más **(134)**. Así lo afir-

(131) Conocidas por ser el conjunto de reglas respecto a la forma en la que se introduce evidencia en los casos civiles y penales de las cortes federales en Estados Unidos.

(132) Rule 614 of Title 28 - APPENDIX, apartado A.

(133) Notes of Advisory Committee on proposed rules Fed. R. Evid. 614.

(134) “The law of this state confers upon the trial judge the power, discretion and affirmative duty... [to] participate in the examination of witnesses whenever he believes that he may fairly aid in eliciting the truth, in preventing misunderstanding, in clarifying the testimony or covering omissions, in allowing a witness his right of explanation, and in eliciting facts material to a just determination of the cause”.

(130) HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 176.

man Gitelson y Gitelson al referir que el juez es el encargado de la búsqueda de la verdad en el proceso (135). También Goldstein al decir que los jueces, encargados de la verdad, deben interrogar a los testigos para asegurar un juicio justo, pero sin asumir el rol de abogado (136). Advierten Bergman, Hollander y Duncan que los jueces “disfrutan” la discrecionalidad de interrogar, o incluso llamar, a testigos sin el consentimiento de las partes (137).

De otra banda, se denuncia que los jueces pueden asumir el rol de un “second prosecutor” y que las correcciones por apelaciones suelen ser raras, e incluso muy tardías para reparar el daño causado (138).

(135) GITELSON, Alfred y GITELSON, Bruce, “A Trial Judge’s Credo Must Include His Affirmative Duty to be an Instrumentality of Justice”, Santa Clara Law Review, vol. 7, nro. 1, 1966, p. 7 y ss. Los autores entienden que los jueces tienen obligaciones positivas y una de ellas es producir la evidencia puedan probar o refutar hechos en controversia. Prácticamente, sugieren que el juez se debería comportar como una parte para asegurar la justicia. Va de suyo que estas posturas son impracticables en el Cód. Proc. Penal Federal.

(136) Además, sostiene que “In a jury trial, the judge should exercise greater restraint in his questioning because of the possible prejudicial consequences of his intervention”. Estos tipos de comentarios resultan ser contradictorios en cierto sentido a razón de que se le exige una auto restricción al juez que no sería moneda corriente en la práctica. Cfr. GOLDSTEIN, Lane, “Trial Technique”, Part V, § 19:2. In general—Court may ask questions, 3rd edition, Thomson Reuters, 2023, consultado en Westlaw Classic: [https://www.westlaw.com/Document/I65aee545457211da9fc4970c84dd55da/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I65aee545457211da9fc4970c84dd55da/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0) [consultado el 21/11/2023].

(137) BERGMAN, Barbara, HOLLANDER, Nancy y DUNCAN, Theresa, “Wharton’s Criminal Evidence”, § 8:10. Examination by court, 15th ed., Thomson Reuters, 2023, consultado en Westlaw Classic: [https://www.westlaw.com/Document/I988496e2a7ac11d9bfdfe1ccdad-bdc23/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I988496e2a7ac11d9bfdfe1ccdad-bdc23/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0) [consultado el 21/11/2023].

(138) THOMSON REUTERS PUBLISHER’S EDITORIAL STAFF, “Criminal Practice Manual”, Part XI. Examination of Witnesses Chapter 81. Objections § 81:15. Interrogation by the court—Improper judicial intervention, 2023, consultado en Westlaw Classic: [https://www.westlaw.com/Document/I50a77d73de8911d993af87d6e30268ba/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I50a77d73de8911d993af87d6e30268ba/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0) [consultado el 21/11/2023].

Pese al infructuoso intento de salvar la notoria contradicción entre un proceso que prioriza la imparcialidad y separación de funciones con una facultad como la de interrogar ampliamente a los testigos, lo cierto es que la coexistencia de estas dinámicas se manifiesta como una conjunción forzada y poco armoniosa, evidenciando una tensión intrínseca en el marco procesal que desafía los principios fundamentales del proceso acusatorio adversarial tal como fueron definidos al inicio de este trabajo.

La elevada litigiosidad que generan la desarmonía del *due process* americano, el cual debe ser custodiado por el mismo encargado de la *truth seeking*, da como resultado una infinita base de datos repleta de casos que solo demuestran lo ilógico de permitir una facultad como esta inmersa en un sistema que no la acompaña.

En “People v. Cook” la defensa de un condenado a triple homicidio apeló al máximo tribunal californiano cuestionando severamente la actuación del tribunal a la hora de interrogar a varios testigos. Arguyó que el tribunal de juicio suplantó al fiscal afectando gravemente el derecho constitucional al debido proceso con especial hincapié en la imparcialidad y en la no contaminación del jurado con la actuación del juez. Sin embargo, la Corte, pese a desestimar la apelación del condenado en tanto su representante no objetó las preguntas efectuadas por el juez, indicó que estas tenían como finalidad hacer más digerible la evidencia al jurado. Asimismo, recordó que el magistrado instruyó al jurado que no debían considerar como hechos lo que el juez pudiese creer o no respecto a los testigos, teniendo que formar su propia conclusión (139).

Dicha facultad se encuentra extendida en uno de los países que resulta ser uno de los estándares en lo que respecta al sistema acusatorio, y el resultado de ello no es otro que una elevada litigiosidad que se origina por incoherencias sistémicas.

En línea con lo sostenido, puedo citar a modo de ejemplo los casos “State v. Freeman” (140), “Peo-

(139) SCC, “People v. Cook”, 39 Cal.4th 566, 47 Cal. Rptr. 3d 22, 139 P.3d 492 (Cal. 2006).

(140) SCNC, “State v. Freeman”, 187 SE 2d 59 - NC: Supreme Court 1972. Pese a ser desestimada, la defensa

ple v. Camacho" (141), "United States v. Angulo-Hernández" (142), "People v. Retamozzo" (143), "United States v. Bland" (144) o "United States v. Barbour" (145).

apeló las preguntas realizadas por el tribunal en tanto parecía estar opinando respecto a la credibilidad del testigo, afectando su neutralidad. Asimismo, la Corte reconoció que la facultad del juez de preguntar a los testigos es una práctica habitual y necesaria para mejorar la comprensión de las declaraciones testimoniales. Sin embargo, advirtió de la peligrosidad del sesgo judicial, el error, y la necesidad de limitar al máximo el temor de imparcialidad.

(141) SCC, "People v. Camacho", 19 Cal. App. 4th 1737 - Cal: Court of Appeal, 2nd Appellate Dist., 7th Div. 1993. La defensa entendió la existencia de error judicial en tanto el tribunal contrainterrogó a uno de los testigos, pudiendo haber perdido la imparcialidad y contaminando la credibilidad de este. La corte desestimó el agravio introducido, resaltó el derecho del juez a interrogar e indicó que, de treinta preguntas realizadas, solo cinco fueron objetadas.

(142) U.S. Court of Appeals 1st. Cir., United States v. Angulo-Hernández, 565 F.3d 2 (1st Cir. 2009). Las defensas objetaron las preguntas y comentarios formulados por el juez en tanto podría influenciar indebidamente al jurado. Para ello, explicaron que el tribunal demostraba "...bias in favor of the government". La Corte decidió desestimar el argumento en tanto "[A] trial judge in the federal system retains the common law power to question witnesses and to analyze, dissect, explain, summarize, and comment on the evidence" y las preguntas realizadas fueron con el objetivo de clarificar los testimonios.

(143) SCNY, "People v. Retamozzo", 25 A.D.3d 73, 802 N.Y.S.2d 426 (2005). La Corte sostuvo que al acusado se le negó un juicio justo en tanto uno de los errores judiciales versó en las intervenciones del juez para contrainterrogar a un testigo, desplazando al fiscal y formulando preguntas que estaban dentro del ámbito de su competencia.

(144) U.S. Court of Appeals 8th Cir., "United States v. Bland", 697 F.2d 262 (8th Cir. 1983). La Corte criticó duramente la actuación del tribunal durante el juicio, quien interrogó como si fuera el acusador público. Sostuvo entonces que "A trial judge's isolated questioning to clarify ambiguities is one thing; however, a trial judge cannot assume the mantle of an advocate and take over the cross-examination for the government to merely emphasize the government's proof or to question the credibility of the defendant and his witnesses. A judge's slightest indication that he favors the government's case can have an immeasurable effect upon a jury. A trial judge should seldom intervene in the questioning of a witness and then only to clarify isolated testimony. A trial court should never assume the burden of direct or cross-examination". Finalmente, se ordenó un nuevo juicio en virtud de la falta de neutralidad e imparcialidad del juez.

(145) U.S. Court of Appeals 2nd Cir., "United States v. Brandt", 196 F.2d 653 (2d Cir. 1952), La corte cuestionó el

- Perú

El Cód. Proc. Penal de Perú establece en su art. 375, numeral 4° prevé que el "...Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío".

Cáceres e Iparraguirre comentan que el proceso peruano es un proceso eminentemente adversarial, motivo por el cual los sujetos procesales son los encargados de realizar todo el debate mediante la actuación de las pruebas de cargo y descargo por ellos aportados; encargándose el Juez penal solo la dirección de este (146). Ahora bien, explican que estos últimos podrán preguntar al testigo o perito cuando exista "algún vacío", que de alguna manera facilite formar "convicción" al magistrado sobre la verdad o certeza de algún hecho en particular afirmado por las partes (147).

Esta forma de concebir al proceso claro está, trae sus consecuencias. La contradicción parece un tanto obvia cuando se reconoce que la norma, inserta en un sistema adversarial que establece en su art. 4° la separación funcional entre juez y acusador y art. 2° la presunción de inocencia autoriza al juez a tener que "buscar la verdad" para "formar convicción".

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha reconocido la validez de las preguntas aclaratorias formuladas por el órgano jurisdiccional (148). De igual manera, se recurrido la

rol activo del juez al inquirir a los testigos poniendo en peligro la presunción de inocencia por la extensión del interrogatorio. Por la afectación a un juicio justo en virtud del error judicial, revocan la condena impuesta.

(146) CÁCERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D., "Código Procesal Penal Comentado. Concordado. Jurisprudencia. Índice analítico", Jurista Editores, Lima, 2021, ps. 996 y 997.

(147) Ibidem.

(148) CSJRP, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N.º 96-2021, Lima, rechazó un recurso de nulidad interpuesto contra las preguntas formuladas por el órgano jurisdiccional quien inquirió a fin de obtener aclaraciones y explicaciones respectivas.

intervención activa del juez en el interrogatorio con fundamento en la violación a la garantía de imparcialidad y al principio acusatorio **(149)**.

A pesar de ello, la problemática es evidenciada en la práctica penal. Así, se ha planteado que el tribunal asumió el papel de defensor de legalidad con las preguntas aclaratorias a todas luces por Loa Gamboa en filmaciones en las que se demuestra el desarrollo de juicios orales en los que el presidente del tribunal decide interrogar a los órganos de prueba. El letrado manifiesta en cada oportunidad que la actuación debería ser excepcional, evitando reemplazar al acusador público, e incluso solicitando al juez que reformule sus preguntas **(150)**. También, expone que, gracias a la introducción de nueva información por la pregunta aclaratoria realizada por el colegiado, la defensa debería poder contraexaminar a los fines de salvaguardar la afectación de la defensa en juicio **(151)**.

- Chile

En similar situación se encuentra Chile, que, en su código de rito, específicamente en el art. 329, párrafo cuarto, establece que "[f]inalmente, los miembros del tribunal podrán formular

preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos".

La problemática fue tratada en profundidad por la Sala E de la Corte Suprema de Justicia de Chile en el caso Rol N.º 4164-09. La defensa pública interpuso recurso de nulidad contra la sentencia que condenó a su asistido por el delito de violación a una menor. La motivación principal de la impugnación radicó en la violación al debido proceso, que consiste en ser juzgado por un tribunal imparcial, el que habría sido desconocido durante el desarrollo del juicio oral e influyó en el resultado. Para ello, alegó que el tribunal no ajustó su intervención a lo normado en el art. 329 del Cód. Proc. Penal, puesto que sus preguntas dirigidas a la perito psicóloga significaron la producción de prueba, no ciñéndose su actividad a lograr que la profesional "aclare" su declaración.

La Corte hizo lugar a la petición de la defensa, anuló el juicio y lo retrotrajo a un nuevo debate oral. Explicó que "...las dudas del tribunal oral deben ser satisfechas por las partes, en este proceso, fiscal y/o querellante en su caso, y defensor. Ellos deben poner en conocimiento de los jueces todos sus argumentos y plantear los hechos de forma acabada y suficiente para que queden bien informados sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento..." Finalmente, consideró vulnerado el debido proceso, la garantía de imparcialidad, igualdad entre las partes y el contradictorio **(152)**.

Con atino, la incoherencia sistémica ha sido señalada por varios académicos, entre ellos Palomo y Correa. Los autores resaltan la importancia del rol pasivo del tribunal en el marco legal e indican que los jueces la utilizan como una fuente de ingreso de nueva información al abordar puntos no comprendidos en la declaración primitiva **(153)**. Paralelamente, proponen una

(149) CSJRP, Sala Penal Permanente, Recurso de Casación N.º 553-2020, Apurímac. A pesar de ello, la Corte sostuvo que "[l]a denuncia del quebrantamiento del rol del juez en el procedimiento principal, de pasividad relativa, no tiene base sólida alguna. El Código Procesal Penal no impone una limitación absoluta al juez, y le autoriza a dirigir la formación de la prueba, pedir aclaraciones y precisiones de las partes, así como, ante lagunas relevantes, a interrogar a los órganos de prueba. En el sub-lite no se advierte un exceso por parte del Juzgado Penal y, menos, que con ello, se afectó la garantía de imparcialidad judicial y el principio acusatorio".

(150) LOA GAMBOA, Paulino, "¿Se pueden objetar las preguntas del juez?", Youtube, publicado el 27/01/2022 en <https://youtu.be/hwQlbzTVGeU?si=ilhz9PMN5QhrgATs0> [consultado el 21/11/2023]. Asimismo, LOA GAMBOA, Paulino, "¿Puede el abogado pedir al propio juez que reformule sus preguntas?", Youtube, publicado el 11/01/2023 en https://youtu.be/KfK_MAO9IwA?si=L2vzQhBTlu8MuEpa [consultado el 21/11/2023].

(151) LOA GAMBOA, Paulino, "¿Puede el abogado volver a preguntar luego de las preguntas aclaratorias del juez?", Youtube, publicado el 07/01/2023 en https://youtu.be/fLTQkUt7P48?si=J2SI2vk3Vi_oXXAp [consultado el 21/11/2023].

(152) CSJCh., Sala E, Rol N.º 4164-09, 2009. Para un análisis más profundo, cfr. PALOMO VÉLEZ, Diego, "Sobre las dificultades que genera la comprensión de las posibilidades y extensión del interrogatorio judicial en el marco de un proceso penal acusatorio-adversarial", Revista de Derecho, año 17, nro. 2, Universidad Católica del Norte, 2010, ps. 301-324.

(153) PALOMO, Diego y CORREA, Rolando, "De vuelta con las preguntas aclaratorias de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el debido proceso y un sistema

interpretación restrictiva del instituto a fin de que el juez no abandone su sitio de observador y director del debate (154).

Baytelman y Duce coligen que los jueces, idealmente, deben permanecer imparciales y no interrogar al testigo en miras de producir prueba que no haya sido introducida por las partes. Empero, considero que no delimitan con exactitud el concepto de preguntas aclaratorias para brindarle al litigante una guía de cómo deben ser interpretadas las mismas (155).

Doctrina y jurisprudencia provincial

En lo pertinente, el Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires establece en su art. 364 que "[e]xcepcionalmente si al término de cada exposición quedasen dudas sobre uno o más puntos, los miembros del Tribunal, podrán formular preguntas aclaratorias sobre los mismos a quienes comparezcan a declarar al juicio".

Bertolino es claro al decir que la norma es "central" en orden al sistema acusatorio y de

acusatorio. La situación chilena", en ALVARADO VELLOSO, Adolfo y VV.AA., Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, nro. 3, Primera Época, Chile, 2015. Brindan, con mayor especificidad, un análisis de los casos de la Corte chilena Rol N.º 6165-2009, Rol N.º 1407-2010 y Rol N.º 8644-2014 donde el común denominador la violación al debido proceso por la actuación de productor de prueba operada por los tribunales.

(154) Ibid. Análogo a lo planteado en este trabajo, señalan que la legislación no definió el sentido de "pregunta aclaratoria" lo que genera, en consecuencia, un área de conflicto que requiere ser tratado. La solución propuesta respecto a la restricción del tipo de preguntas es afín también a lo aquí propuesto, calificando como aclaratorias "...por ejemplo, las siguientes: ¿El apellido de la persona que estaba con usted era Fernández o Hernández?; ¿El nombre de la persona que estaba con usted era Fernando o Hernando?; ¿La suma de dinero que usted refirió le fue entregada eran seiscientos mil o setecientos mil pesos?; ¿Por favor, puede repetir lo que dijo, no lo oí claramente?; ¿A qué se refiere con eso?; ¿Puede expresarlo de otra manera?; etc.". En igual sentido, ROJAS CHAMACA, Julio, "El Rol del Juez en la prueba: efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al art. 329 inc. 4 del Código Procesal Penal", en https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/JROJAS_efectosquegeneraeneljuicioorallaformulacion.pdf [consultado el 21/11/2023].

(155) BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, "Litigación Penal Juicio Oral y Prueba", Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016, p. 62, nota al pie de página 5.

partes puesto que se elimina el carácter inquisitivo que se practicaba en el proceso oral bonaerense. A pesar de ello, entiendo que su elaboración sobre el significado de lo que es una pregunta aclaratoria termina siendo tautológica sin brindar una solución a la controversia (156). Al contrario, Billone y Leiva son más certeras al restringir la interpretación de las preguntas aclaratorias a cuestiones más restringidas como "modismos" o "vocabulario técnico" (157).

Por su parte, Schiavo define como "muy polémica" la prerrogativa articulada. Al respecto, va un poco más allá y afirma que, pese al intento del legislador de limitar el accionar incluyendo el carácter de "excepcional" y "aclaratorio", el juez siempre perderá su calidad de "imparcial" al preguntar, transgrediendo el *in dubio pro reo* y el principio de iniciativa probatoria receptado en el art. 367 (158).

El tribunal de Casación Bonaerense resolvió anular el debate, veredicto y la sentencia condenatoria en orden al delito de homicidio simple en un caso en que se evidenció la búsqueda de la verdad histórica por parte del tribunal. Esto produjo una razonable sospecha de parcialidad, en tanto el órgano jurisdicción se desvió del rol de tercero desinteresado. La defensa planteó que el tribunal asumió por completo la labor de interrogar a los testigos, excediendo el concepto de "pregunta aclaratoria". Acertadamente, el tribunal casatorio explicó que la verdad no debe ser buscada por el juez ya que, en caso de no llegar a conocerla como resultado de la dialéctica adver-

(156) BERTOLINO, Pedro J., "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 11ª ed., ps. 605-606.

(157) BILLONE, María Fernanda y LEIVA, Paula Andrea, "Art. 364. 'Interrogatorios'", en TORRES, Sergio G. y BASILICO, Ricardo A., Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2022, II, ps. 532-533.

(158) No obstante, aclara que no por ello la facultad es inconstitucional. Indica que la garantía de imparcialidad es un derecho renunciabile por su titular, que para cada caso puntual será quien entienda que los actos previos han afectado la imparcialidad que debe guardar el magistrado al momento de decidir. Cfr. SCHIAVO, Nicolás, "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, ps. 348-352.

sarial, tiene dos herramientas jurídicas: el *in dubio pro reo* y el principio de inocencia. Asimismo, el *a quo* expresó en diversas oportunidades que preguntaba para “saber lo que pasó”, por “la búsqueda de la verdad” y el “abanico de posibilidad que el Tribunal desea escuchar” (159).

En otro caso, Casación anuló el debate a raíz de la impugnación efectuada por la defensa pública que planteó el retorno al sistema inquisitivo evidenciado por uno de los jueces que interrogó por más de cuarenta y cinco minutos a un testigo. Explicó que al deponente se le efectuó cuatro veces la misma pregunta y fue interrumpido en siete oportunidades (160).

Por otra parte, estimo que puede dividirse la regulación de las preguntas en tres columnas. Primero, aquellos que poseen una situación más problemática. Tales son los casos del Cód. Proc. de la provincia de Córdoba (161), Catamarca (162), Mendoza (163), Chaco (164). La regulación, prácticamente, no posee limitaciones ya que las preguntas a realizar serán las que el tribunal “estime necesarias” para la mejor comprensión de la declaración. Entiendo que la redacción es extremadamente vaga y atenta fácilmente contra el proceso de corte acusatorio y sus principios más básicos por los motivos que ya fueron expuestos.

En una segunda instancia se encuentran el Cód. Proc. Penal de Corrientes, que posee la misma regulación que el Cód. Proc. Penal Federal examinada en el presente (165), el Cód. Proc.

Penal de Entre Ríos (166), La Pampa (167), San Juan (168), Santiago del Estero (169). Estos contemplan normas que intentan reducir la posibilidad de que el órgano jurisdiccional interroge discrecionalmente a utilizar fórmulas tales como “excepcionalmente” o las ya estudiadas “preguntas aclaratorias”.

En una tercera instancia, ubicamos aquellas legislaciones como el Cód. Proc. Penal de la Provincia de Neuquén que directamente prohíbe la formulación de preguntas al magistrado. Al respecto, Piedrabuena estima que la reformulación hacia un proceso acusatorio implica una necesaria delimitación a las funciones jurisdiccionales. En ese entendimiento, celebra la norma que prohíbe al juez formular preguntas, destacando su coherencia con la garantía de imparcialidad y la imposibilidad de suplir la actuación de las partes (170). Análogamente, el Cód. Proc. Penal de Río Negro prohíbe la formulación de preguntas del juez (171). Igualmente, el de San Luis (172). Del mismo modo, el de Chubut (173).

aclaraciones cuando no hayan comprendido lo expresado por el declarante”.

(166) En su art. 440 dispone que el Tribunal podrá formular preguntas aclaratorias, pudiendo las partes oponerse en caso de que no tengan esta naturaleza, de lo que se dejará constancia en acta.

(167) Cfr. art. 329 que estipula que “[l]os jueces solo podrán hacer preguntas aclaratorias, sin suplir la actividad de las partes”.

(168) Cfr. art. 384: “Los jueces no pueden formular preguntas salvo que resulten aclaratorias”.

(169) Respecto a los testigos, el art. 391 establece que “Excepcionalmente, si al término de cada exposición quedasen dudas sobre uno o más puntos, los miembros del Tribunal, podrán formular preguntas aclaratorias sobre los mismos a quienes comparezcan a declarar al juicio”.

(170) PIEDRABUENA, Diego, “Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén”, ps. 1129-1131, en <https://www.scribd.com/document/564920102/Piedrabuena-Diego-h-Codigo-Procesal-Penal-de-La-Provincia-de-Neuquen-Comentado-y-Anotado> [consultado el 21/11/2023].

(171) Cfr. art. 179, en lo que compete, “[l]os jueces no podrán formular preguntas”.

(172) En su art. 189 establece que el juez no podrá formular preguntas a los testigos.

(173) Cfr. art. 192, 311 y 325.

(159) TCBA, “A. M. R. s/ recurso de casación”, 30/07/2013.

(160) TCBA, “García, Gabriel Israel s/ recurso de casación”, 03/04/2003.

(161) Su art. 396 prevé que el presidente y los vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias, para la mejor comprensión de la declaración.

(162) La facultad se encuentra regulada con la misma terminología cordobesa en el 391, segundo párrafo.

(163) Se encuentra previsto en el art. 399 con la misma redacción que el Código Procesal de Córdoba.

(164) También copiado al Código Procesal de Córdoba, ubicado en el art. 393.

(165) Cfr. art. 327. En lo pertinente, “[l]os jueces no podrán formular preguntas directas. Solo podrán pedir

IV. Conclusión

Cuando era chico mi abuelo y yo teníamos una tradición oculta. Cada vez que superara el ciclo lectivo escolar, él me obsequiaría un reloj de su colección. Lejos de lo que uno podría imaginar con la terminología utilizada, esta colección no estaba compuesta por piezas de lujo, sino más bien por objetos que para mí, caracterizado por la inocencia de un niño, tenían un importante valor emocional y representaban un atisbo de adultez.

Entre esos tesoros, uno se había hecho dueño de mi asombro, sobresaliendo del resto. Sin embargo, un día dejó de funcionar. ¿Cómo podía ser que mi reloj favorito dejara de funcionar? En efecto, el problema era técnico: uno de los engranajes había venido defectuoso de fábrica.

Tras una búsqueda infructuosa, dimos con un anciano con mucho oficio que me ofreció repararlo "con lo que tenía". Su solución parcial era incorporar un engranaje de otro reloj, en tanto el dañado no se fabricaba más. Sin embargo, me advirtió que lo más probable fuese que el sistema interno se dañase con el tiempo y costara repararlo en su totalidad.

Con la inexperiencia y ansias de un niño, acepté sin pensarlo y sin medir los costos a futuro. Desbordaba de alegría. Había arreglado uno de los regalos más preciados que tenía. Pero luego de unas semanas, el reloj empezó a presentar fallas. Se detenía. Las agujas comenzaban a rotar aleatoriamente y a veces sin sentido. Lo abrimos y todo su sistema estaba dañado. Aliviado de que este no se encontraba bajo los influjos de alguna posesión sobrenatural, confirmé que había olvidado su naturaleza para siempre.

El objetivo de este trabajo ha sido doble. Por un lado, brindar un análisis exhaustivo de la norma de la manera más objetiva posible. Fundando cada aseveración realizada. En virtud de dicho estudio, mi deseo fue brindar al operador judicial una interpretación lo más ecuánime posible de una facultad que, indubitadamente, necesita ser armonizada. Por el otro, brindar herramientas de defensa ante el error judicial.

Creo fervientemente que las posibilidades de argumentar que la facultad de formular preguntas a un testigo pueda complementarse a un

sistema acusatorio, son nulas. Estados Unidos resulta ser un caso paradigmático de estudio. Su elevado nivel de litigiosidad en torno a dicha prerrogativa es sumamente ilustrativo. Esto deviene de alternar finalidades procesales a gusto, echando por tierra los principios sobre los que reposa todo el sistema.

La imparcialidad del juzgador es uno de los pilares distintivos del acusatorio. Admitir que este se involucre activamente a socorrer a las partes solo pone en peligro el carácter subjetivo de esta garantía. Por eso, el legislador prohíbe toda inclusión de prueba de oficio que permitiese generarle la convicción suficiente sobre la tesis propuesta por el acusador.

Resulta impracticable justificar, desde un aspecto técnico, que en un proceso cuya finalidad es la resolución de conflictos, se le permita al tribunal que interroge al testigo con el objeto de alcanzar "la verdad" de lo acontecido. En pocas palabras, la actividad del juzgador ha sido limitada a la de un "árbitro" que controla la correcta ejecución de debate bajo las reglas procedimentales pertinentes. En ese entendimiento, no puede quitarles los guantes a los pugilistas para intercambiar golpes con ellos. Lo justo será el equilibrado control que ejerza para que el combate finalice de la forma más limpia posible.

Asimismo, creo que está claro que el presente trabajo no es una oda a la adversarialidad como la mejor forma de llevar a cabo un proceso penal. Soy consciente de la enorme cantidad de críticos que plantean que mediante este no se puede obtener justicia en tanto no tiene como objeto la verdad (174). Sino brindar una posición hermenéutica respecto al entendimiento de un instituto que tiene una naturaleza inquisitiva en la que el juzgador es quien tiene en cabeza dicha búsqueda. En consecuencia, es claro el esfuerzo del legislador por atemperar dicha facultad incorporando una terminología como "exclusivamente", "aclarar", "aclaratoria" o "acla-

(174) MENKEL-MEADOW, Carrie, "The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World", *William & Mary Law Review*, vol. 38, Issue I, 1996, 6. La autora afirma que "[b]inary, oppositional presentations of facts in dispute are not the best way for us to learn the truth [...] polarized debate distorts the truth, leaves out important information, simplifies complexity, and obfuscates rather than clarifies".

raciones". Y ahí es donde nace una necesidad. La necesidad de que el término valorativo posea una uniformidad en la atribución de sentido para aseverar el respeto al debido proceso. En este caso, sumamente restringido para que el órgano jurisdiccional no recaiga en errores que pueden ser terminantes.

A la hora de estudiar cómo debía entenderse a la verdad en el sistema que regirá eventualmente, traté de exponer con la mayor precisión posible dos circunstancias que entiendo de suma relevancia. En primer lugar, que no necesariamente el proceso acusatorio deje de buscar la llamada "verdad real". Dentro del cambio paradigmático se encuentra justamente poner en cabeza de acusador la búsqueda de la verdad y ofrecer, obligatoriamente, las pruebas de cargo y de descargo. En segundo término, que ya no se entiende más la verdad como un fin en sí mismo. Sino como un valor del proceso, cuya finalidad ahora es la resolución de conflictos (175).

Con el análisis del art. 297 del Cód. Proc. Penal Federal y el art. 5° de la ley 27.146 he intentado delimitar su sentido con la mayor rigurosidad sistémica y teleológica que me fue posible. Consciente de los obvios excesos en los que pueden caer el tribunal, intenté facilitar en cierta manera las herramientas defensivas de las cuales pueden disponer las partes.

La posibilidad de contar con jugosa doctrina y jurisprudencia en el plano internacional y provincial confirman lo advertido: incorporar una potestad que posee otra naturaleza a un sistema de tales características trae aparejada una litigiosidad obvia. Asimismo, nos nutren de una valiosa experiencia para entender que tipos de planteos y fundamentos responden a esta dificultad.

Concibo el dificultoso lugar en el que se encuentran los jueces que vienen formados con una estructura cognitiva ajena a este sistema. Damaška es muy preciso al decir "¿Querría algún juez profesional decidir un caso sin poder

hacer preguntas?" (176) cuando está en decisión la libertad de un ser humano, con la inherente y máxima responsabilidad que ello conlleva.

De esta manera, entiendo que cuentan con un gran desafío por delante en tanto deberán adaptarse a un sistema que les exige pasividad probatoria y actividad de vigía. Advierto, finalmente que la incoherencia sistémica no responde únicamente a una cuestión de técnica legislativa, sino también a una circunstancia política (177).

No obstante, luego del estudio realizado, me encuentro en lugar de afirmar que colocar un engranaje donde no corresponde para palear emociones encontradas, tiende a afectar el normal funcionamiento del reloj con resultados irremediables.

V. Bibliografía consultada

"Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación, 18ª Reunión - 2ª Sesión Extraordinaria (Especial) diciembre 6 de 2018 período 136°".

"Es ley el nuevo Código Procesal Penal Federal", <https://www.argentina.gob.ar/noticias/es-ley-el-nuevo-codigo-procesal-penal-federal>.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo A., "Teoría General del Proceso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, I.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)", *Ratio Juris*, vol. 9, nro. 18, Colombia, 2014.

ARISTÓTELES, "Metafísica", Ed. Gredos, Madrid, 1994.

(176) DAMAŠKA, Mirjan, "El derecho probatorio a la deriva", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 103.

(177) Comprendo que para un juez debe resultar dificultosa la firma de una sentencia en la que el resultado no haya sido el esperable por un erróneo planteo y ejecución de la teoría del caso. El escarnio público, mediático y social no es una cuestión menor cuando las críticas por una condena u absolución suelen ser destinadas a ellos. Pero tal y como explica Binder, en este tipo de sistemas, "...debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla". Cfr. BINDER, Alberto, "La implementación...", ob. cit., ps. 222-223.

(175) La contradicción es bien ejemplificada en GOLDBERG, Steven H., "Wait a Minute: This is Where I Came In: A Trial Lawyer's Search for Alternative Dispute Resolution", *Brigham Young University Law Review*, vol. 3, 1997, p. 677 y ss.

BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, "Litigación Penal Juicio Oral y Prueba", Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016.

BENTHAM, Jeremy, "Tratado de las pruebas judiciales", Ed. Comares, Granada, 2001.

BERGMAN, Bárbara, HOLLANDER, Nancy y DUNCAN, Theresa, "Wharton's Criminal Evidence", Thomson Reuters, 2023, consultado en [https://www.westlaw.com/Document/I988496e2a7ac11d9bfdfe1ccdadbdc23/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cb1t1.0](https://www.westlaw.com/Document/I988496e2a7ac11d9bfdfe1ccdadbdc23/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cb1t1.0).

BERTOLINO, Pedro J., "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 11ª ed.

BILLONE, María Fernanda y LEIVA, Paula Andrea, "Art. 364. 'Interrogatorios'", en TORRES, Sergio G. y BASILICO, Ricardo A., *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2022, II.

BINDER, Alberto M., "Derecho Procesal Penal", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2021, V.

BINDER, Alberto, "Elogio de la audiencia oral y otros ensayos", Coordinación Editorial, México, 2014.

BINDER, Alberto, "La implementación de la nueva justicia penal adversarial", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.

CIDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006. CIDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú", Sentencia de 31 de enero de 2001.

CIDH, "Caso Donoso vs. Panamá", sentencia del 27 de enero del 2009. CIDH, "Caso La Cantuta vs. Perú", sentencia del 29 de noviembre de 2006. C.S.J.Ch. Sala E, Rol N.º 4164-09, 2009.

C.S.J.R.P. Sala Penal Permanente, Recurso de Casación N.º 553-2020, 2020.

C.S.J.R.P. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N.º 96-2021, Lima, 2021.

CÁCERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D., "Código Procesal Penal Comentado.

Concordado. Jurisprudencia. Índice analítico", Jurista Editores, Lima, 2021.

CAFFERATA NORES, José I y otros, "Manual de Derecho Procesal Penal: segunda edición revisada y corregida", Ed. Intellectus, Córdoba, 2003.

CICCIARO, Juan E., "Acerca de la pasividad de los jueces y sus limitaciones para formular preguntas (A propósito del nuevo Código Procesal Penal)", *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, nro. 18, IJ Editores, Buenos Aires, 2015.

CS, "Casal", Fallos 328:3399.

CS, "Antognazza, María Alexandra", Fallos 330:4945, 2007. CS, "Bertinat, Pablo Jorge y otros", Fallos 323:1625, 2000; CS, "Kunel, Carlos Miguel", Fallos 320:305, 1997.

CS, "Piñeiro, María Elvira", Fallos 320:61, 1997.

CS, "Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N.º 4302", Fallos 327:5863, 2004. CS, "Rojas, Lucía Cecilia y otros", Fallos 342:2319, 2019.

CS, "Telleldín, Carlos Alberto y otros", T.639. XLII, 2009.

DAMAŠKA, Mirjan, "Adversary System", en DRESSLER, Joshua, *Encyclopedia of Crime and Justice, 2nd edition: volume 1*, Gale Group, 2nd edición, Estados Unidos, 2002.

DAMAŠKA, Mirjan, "El derecho probatorio a la deriva", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

DARAY, Roberto R. y otros, "Código Procesal Penal Federal, análisis doctrinal y jurisprudencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, I-II.

DECTO-2019-118-APN-PTE sobre el EX-2018-65060212-APN-DSGA#SLYT.

FALCONE, Roberto A y FALCONE, Roberto (h.), "El juicio oral adversarial", en FALCONE, Roberto, *El litigio adversarial*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, 1ª ed.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 2016, 10ª ed.

FRANK, Jerome, "Courts on Trial", Princeton University Press, New Jersey, 1949.

FRANKEL, Marvin E., "Adversary Judge", *Texas Law Review* 54, nro. 3, 1976.

GIAN TOMASSI, Fiorella, "Juez y Parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo", *Revista Derechos en acción*, vol. 5, nro. 5, Universidad Nacional de La Plata, 2017, 242.

GITELSON, Alfred y GITELSON, Bruce, "A Trial Judge's Credo Must Include His Affirmative Duty to be an Instrumentality of Justice", *Santa Clara Law Review*, vol. 7, nro. 1, 1966.

GOLDBERG, Steven H., "Wait a Minute: This is Where I Came In: A Trial Lawyer's Search for Alternative Dispute Resolution", *Brigham Young University Law Review*, vol. 3, 1997.

GOLDSTEIN, Abraham S., "Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure", *Stanford Law Review*, vol. 26, Issue 5, 1974.

GOLDSTEIN, Lane, "Trial Technique", 3rd edition, Thomson Reuters, 2023 consultado en [https://www.westlaw.com/Document/I65aee545457211da9fc4970c84dd55da/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I65aee545457211da9fc4970c84dd55da/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

GOMEZ URSO, Juan Facundo, "Código Procesal Penal. Comentado. Anotado", Buenos Aires, 2020, 1ª ed.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Prueba, hechos y verdad", en FERRER BELTRÁN, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

GUZMÁN, Nicolás, "La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica", Editores del Puerto, 2011, 2ª ed.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "Código Procesal Penal Federal Comentado: doctrina y jurisprudencia aplicables", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2021.

JAUCHEN, Eduardo, "Estrategias de litigación penal oral (sistema acusatorio adversarial.

Teoría y práctica)", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, 456.

KAVANAUGH, Brett M., "The Judge as Umpire: Ten Principles", *Catholic University Law Review*, vol. 65, Issue 3, article 12, 2016.

LA ROSA, Mariano y ROMERO VILLANUEVA, Horacio, "Código Procesal Penal Federal", Thomson Reuters, Buenos Aires, 2019, I-III.

LANDSMAN, Stephen, "The adversary system: a description and defense", American Enterprise Institute Studies in Legal Policy, Washington DC, 1984.

LANGER, Maximiliano, "The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories", *UCLA School of Law Research*, Paper nro. 13-41, 2013.

LLERA, Carlos, "Garantía de imparcialidad y temor de parcialidad", Thomson Reuters, 2019.

LOA GAMBOA, Paulino, "¿Puede el abogado volver a preguntar luego de las preguntas aclaratorias del juez?", Youtube, publicado el 07/01/2023 en https://youtu.be/FLTQkUt7P48?si=J2SI2vk3Vi_oXXAp [consultado el 21/11/2023].

LOA GAMBOA, Paulino, "¿Se pueden obviar las preguntas del juez?", Youtube, publicado el 27/01/2022 en <https://youtu.be/hwQlbzTVGeU?si=ilh9PMN5QhrgATs0> [consultado el 21/11/2023].

LOA GAMBOA, Paulino, "¿Se pueden obviar las preguntas del juez?", Youtube, publicado el 27/01/2022 en <https://youtu.be/hwQlbzTVGeU?si=ilh9PMN5QhrgATs0> [consultado el 21/11/2023]. Asimismo, LOA GAMBOA, Paulino, "¿Puede el abogado pedir al propio juez que reformule sus preguntas?", Youtube, publicado el 11/01/2023 [consultado el 21/11/2023].

MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, I.

MCKEE, Theodore A., "Judges as Umpires", *Hofstra Law Review*, vol. 35, issue 4, article 3, 2007.

MENKEL-MEADOW, Carrie, "The Trouble with the Adversary System in a Postmodern,

Multicultural World”, *William & Mary Law Review*, vol. 38, Issue I, 1996.

PALOMO VÉLEZ, Diego, “Sobre las dificultades que genera la comprensión de las posibilidades y extensión del interrogatorio judicial en el marco de un proceso penal acusatorio-adversarial”, *Revista de Derecho*, año 17, nro. 2, Universidad Católica del Norte, 2010.

PALOMO, Diego y CORREA, Rolando, “De vuelta con las preguntas aclaratorias de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el debido proceso y un sistema acusatorio. La situación chilena”, en ALVARADO VELLOSO, Adolfo y VV.AA., *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, nro. 3, Primera Época, Chile, 2015.

PICÓ I JUNOY, Joan, “El juez y la prueba Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual”, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

PIEDRABUENA, Diego, “Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén”, 1129-1131, en <https://www.scribd.com/document/564920102/Piedrabuena-Diego-h-Codigo-Procesal-Penal-de-La-Provincia-de-Neuquen-Comentado-y-Anotado>.

POPPER, Karl R., “Conjeturas y refutaciones: el desarrollo del conocimiento científico”, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1991, 1ª ed., 3ª reimpresión.

POUND, Roscoe, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, *United States Law Review* 72, nro. 1, 1938.

Proyecto de Ley original, expte. del Senado nro. 363/2014, https://www.hcdn.gob.ar/seccparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html específicamente, en la solapa de Secretaría Parlamentaria/Información Parlamentaria/Debates/DEBATES DE LAS LEYES 27.001 A LA ACTUALIDAD.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.4 en línea] en <https://dle.rae.es/aclarar>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.4 en línea] en <https://dle.rae.es/verdad>.

ROJAS CHAMACA, Julio, “El Rol del Juez en la prueba: efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo 329 inciso 4 del Código Procesal Penal”, en https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/JROJAS_efectosquegeneraeneljuicioorallaformulacion.pdf.

RUA, Gonzalo y GONZÁLEZ, Leonel, “El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias”, *Sistemas Judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia*, Publicación anual de CEJA e INECIP nro. 21, 2017.

RUIZ VADILLO, Enrique, “Valor de las diligencias practicas por la policía judicial en el proceso penal”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nro. extraordinario 13, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1999.

S.C.C., “People v. Cook”, 39 Cal.4th 566, 47 Cal. Rptr. 3d 22, 139 P.3d 492 (Cal. 2006).

SCC, “People v. Camacho”, 19 Cal. App. 4th 1737 - Cal: Court of Appeal, 2nd Appellate Dist., 7th Div. 1993.

SCNC, “State v. Freeman”, 187 SE 2d 59 - NC: Supreme Court 1972. S.C.N.Y., “People v. Retamozzo”, 25 A.D.3d 73, 802 N.Y.S.2d 426 (2005).

SCOTUS, “McNeil v. Wisconsin”, 501 U.S. 171, 181, n.2 (1991).

SCOTUS, “Berger v. United States”, 295 U. S. 78, 88 (1935).

SCHIAVO, Nicolás, “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

SKLANSKY, David Alan, “Anti-inquisitorialism”, *Harvard Law Review*, vol. 122, Estados Unidos, 2009.

STEINER-DILLON, James R., “Is truth truth?”, *Kentucky Law Journal*, vol. 109, nro. 3, 2020-2021.

T.C.B.A., “A. M. R. s/ recurso de casación”, 30/07/2013.

T.C.B.A., “García, Gabriel Israel s/ recurso de casación”, 03/04/2003.

THOMSON REUTERS PUBLISHER'S EDITORIAL STAFF, “Criminal Practice Manual”, Thomson Reuters, 2023, consultado en [https://www.westlaw.com/Document/I50a77d-73de8911d993af87d6e30268ba/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I50a77d-73de8911d993af87d6e30268ba/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0).

U.S. Court of Appeals 1st. Cir., United States v. Angulo-Hernández, 565 F.3d 2 (1st Cir. 2009).

U.S. Court of Appeals 2nd Cir., United States v. Brandt, 196 F.2d 653 (2d Cir. 1952).

U.S. Court of Appeals 8th Cir., United States v. Bland, 697 F.2d 262 (8th Cir. 1983).

VILLAR, Eduardo, “Implementación del Código Procesal Penal Federal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 1ª ed.

VITALE, Gustavo L. y GONCEVAT, Eduardo G., “Los “jueces de instrucción” son inconstitucionales (a propósito de la “experiencia piloto”)”, *Revista Pensamiento Penal*, 2005, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/04/doctrina30086.pdf>.

WEIGEND, Thomas, “Should we search for the truth, and who should do it?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 36, nro. 2, 2011.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

ZAMORA-ACEVEDO, Miguel “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, *Revista Acta Académica*, vol. 54, Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, 2014, 149.

ZELINSKY, Aaron S. J., “The Justice as Commissioner: Benching the Judge-Umpire Analogy”, *The Yale Journal Online*, 119:113, 2010.