

El principio acusatorio como garantía de imparcialidad en el proceso de reforma de la administración de justicia penal*

I. La crisis de la justicia penal

La administración de justicia penal en América Latina en general, y en Argentina en particular, se caracteriza por la persistencia de una constante situación de crisis. En los últimos años, esta crisis se ha agudizado significativamente y, en consecuencia, se ha visto mucho más expuesta a los ojos del público. Los principios inquisitivos que informan el sistema jurídico-penal de la gran mayoría de los países de nuestra región, en este sentido, se han constituido en la principal causa que determina el modo en que funciona práctica y cotidianamente la justicia penal.

El modelo de justicia penal vigente en nuestros países en los últimos dos siglos, entonces, es el principal causante de la situación actual. A pesar de los procesos de independencia desencadenados en la región respecto de las metrópolis ibéricas, la herencia jurídico-cultural en el ámbito de la justicia penal ha sobrevivido el transcurso del tiempo. Ello explica el hecho de que en la actualidad el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo continúe siendo el modelo de la gran mayoría de los países latinoamericanos.

Quinientos años de cultura inquisitiva generaron un sistema de justicia penal burocrático, rígido, secreto, lento, ineficiente y extremadamente injusto que, además, ha resultado casi imposible de abandonar. En este contexto, la justicia penal opera sin satisfacer ningún interés legítimo. Por un lado, cualquier investigación empírica —en algunos casos, sin necesidad de investigación alguna—, demuestra la violencia e irracionalidad con que opera cotidianamente el aparato punitivo. En este sentido, se puede afirmar que la administración de justicia penal de nuestros países, en general, es una fuente de violación sistemática de los más fundamentales derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales. Al mismo tiempo, la administración de justicia penal resulta incapaz de atender las necesidades sociales mínimas que se supone debe satisfacer, en particular las siguientes: a) dar respuesta a todos o a gran parte de los casos incorporados al sistema; b) dar respuesta a conflictos sociales que presenten, mínimamente, mayor complejidad que los casos comunes procesados por el sistema —v. gr., delitos contra la propiedad—; c) dar respuesta a los delitos más graves —especialmente aquellos cometidos por órganos estatales—; d) dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad —v. gr., económica, ecológica, informática—; e) satisfacer los intereses legítimos de quien ha resultado víctima del delito; y f) brindar soluciones alternativas a la sanción penal o a la pena privativa de libertad.

El esquema de enjuiciamiento penal inquisitivo es, en este sentido, el principal responsable del estado de la situación actual. Decisiones legales expresas que

* Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Sistemas penales y derechos humanos", en San José, el 30 de mayo de 1997.

estructuran un procedimiento penal fundado en principios autoritarios y perimidos, que establecen la persecución estatal obligatoria de todos los hechos punibles —principio de legalidad procesal de los delitos de acción pública— y que imponen la sanción penal de privación de libertad como respuesta inevitable frente al comportamiento punible, constituyen una valla insuperable para la realización de una política de persecución penal eficaz, racional y respetuosa de los derechos humanos.

II. Los derechos del imputado

El panorama de violación sistemática de los derechos humanos es, en este contexto, el problema más grave, especialmente si tenemos en cuenta las consecuencias concretas que producen las prácticas arbitrarias e injustas de los órganos de la justicia penal. Para comprender su magnitud y gravedad basta con señalar tres circunstancias presentes, como regla, en los países de la región sometidos a la cultura jurídica propia de Europa continental.

En primer lugar, se ha demostrado reiteradamente que esos países administran la imposición del castigo recurriendo, en la mayoría de los casos y como regla, al encarcelamiento preventivo de personas inocentes. Ello demuestra que la justicia penal utiliza el encierro preventivo como adelanto de pena e impone sanciones penales vulnerando el principio de inocencia, principio fundamental del Estado de derecho. En los países de América Latina con sistema jurídico continental europeo, más del 65 % de las personas privadas de su libertad se encuentran sometidas a detención preventiva, según indica una investigación de hace algunos años¹. Ello significa que de cada cien individuos en prisión, 65 son procesados y, en consecuencia, jurídicamente inocentes. Una investigación más reciente indica que el porcentaje no ha variado sustancialmente en los últimos años (1993-1995)².

En segundo término, los sistemas de justicia penal de América Latina se caracterizan por no realizar juicios para la imposición de una sentencia condenatoria. La garantía de juicio previo, reconocida en las disposiciones constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, es un principio fundamental del Estado de derecho, que exige la realización de un juicio penal con ciertas características. Así, la exigencia de juicio previo comprende la realización de un juicio oral, público, contradictorio y continuo, ante un tribunal imparcial, que posibilite el ejercicio efectivo del derecho de defensa y cuyo resultado debe ser una sentencia fundada exclusivamente en los elementos de prueba válidamente incorporados durante el juicio. Por este motivo, no cualquier modelo de "juicio" satisface la exigencia de juicio previo impuesta constitucionalmente.

¹ Cf. CARRANZA, MORA MORA, HOUED y ZAFFARONI, *El "preso sin condena" en América Latina y el Caribe*, ps. 643 y siguientes.

² CARRANZA, *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*.

Los sistemas de juicio penal escrito aún vigentes en algunos países —por ej., Chile y Paraguay—, de manera evidente, vulneran ese principio³. Además, se debe destacar que ciertos modelos de enjuiciamiento —por ej., Costa Rica (su código derogado), Cuba, varias provincias de Argentina y ámbito nacional, aunque ciertamente más modernos que los sistemas escritos—, a pesar de organizar un juicio oral, tampoco satisfacen la exigencia de juicio previo. El sistema inquisitivo reformado del cual el CPP Córdoba (1939-1970) es una buena expresión, derivado del modelo establecido por el Código francés de 1808, es, en este sentido, un ejemplo de juicio oral que no satisface el contenido de la exigencia de juicio previo. Ello pues ese modelo, denominado “sistema mixto”⁴, en la práctica, impide que el juicio se convierta en la etapa central del procedimiento y, en consecuencia, lo vacía de contenido e importancia, pues los principios inquisitivos de la investigación extienden su influencia a todo el procedimiento, transformando la investigación en la etapa fundamental que reduce —o elimina— la centralidad que debe revestir el juicio. CAFFERATA NORES destaca este fenómeno a partir de la experiencia de cincuenta años de vigencia de este modelo en la provincia de Córdoba: “El juicio quedó reducido, en muchos casos, a un ejercicio de comprobación acerca de la eficacia de las pruebas (que no debían ser definitivas) en orden a la certeza necesaria para condenar: ‘los jueces de instrucción se han convertido en verdaderos tribunales de sentencia’”⁵; también aclara que los autores de esta última frase fueron altos magistrados y funcionarios del poder judicial. ZAFFARONI, por su parte, ha afirmado en diversas ocasiones que, de hecho, el juicio se ha transformado en algo similar a un recurso de revisión contra el auto de prisión preventiva que opera, en la práctica, como verdadera sentencia.

Por último, el procedimiento penal propio de nuestros países afecta gravemente la garantía del imputado que requiere la intervención de un tribunal imparcial que resuelva el caso⁶. El procedimiento inquisitivo histórico afectaba la imparcialidad al confundir las funciones acusatorias y decisorias en el inquisidor. También afectaba el derecho de defensa pues no se preveían facultades defensivas. Caída la inquisición, los reformistas europeos exigieron el retorno a las formas del sistema acusatorio y, por ende, la separación de las funciones acusatorias y

³ Cf. la doctrina de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos sobre los requisitos que debe cumplir el juicio penal en O’DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, cap. 5, ps. 151 y ss. En el tratamiento de la exigencia de un proceso penal público, por ej., se indica que se ha decidido que el sistema de enjuiciamiento escrito es incompatible con el derecho a un proceso público (p. 168).

⁴ Este modelo se caracteriza por una etapa de instrucción acorde con los principios inquisitivos —escrita, secreta, formalista y no contradictoria, a cargo de un juez inquisidor que, al mismo tiempo, investiga, persigue y resuelve— seguida por un juicio oral, público, continuo y contradictorio organizado según las formas acusatorias. Sobre este tema, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 334 y siguientes.

⁵ CAFFERATA NORES, *Introducción al nuevo Código procesal penal de la provincia de Córdoba*, p. 72.

⁶ Sobre la necesaria relación entre sistema acusatorio e imparcialidad, aquél como requisito de ésta, cf. ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, ps. 413 y ss.; y BOVINO, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, ps. 50 y siguientes.

decisorias, y su asignación a órganos distintos. Se destaca, en este sentido, que uno de los aspectos fundamentales del sistema acusatorio consiste en la distinción entre persecución y decisión, "con lo que se busca obligar la persecución técnica y eficiente de los delitos y *mantener la imparcialidad* de los jueces en los casos sometidos a su conocimiento"⁷.

La reforma del siglo XIX que concluyó en el establecimiento del sistema inquisitivo reformado significó un cambio trascendente respecto del derecho de defensa. En el ámbito del principio de imparcialidad, sin embargo, el alcance de la reforma fue significativamente menor. El sistema inquisitivo reformado representó la continuación de la indiferencia por la exigencia de imparcialidad. Ello pues continuó con la confusión de funciones acusatorias y decisorias en la figura del juez de instrucción (inquisidor) y, además, estructuró un procedimiento organizado alrededor de principios claramente inquisitivos. Ellos determinaron íntegramente la regulación de la etapa de investigación y, además, extendieron su influencia a ciertos elementos de la etapa de juicio que, supuestamente, debían ser expresión de los principios acusatorios.

Los autores han destacado, en este sentido, la imposibilidad material del juez de instrucción para actuar imparcialmente cuando se le impone el deber de decidir acerca de la *necesidad* de las medidas de investigación y, al mismo tiempo, acerca de la *legalidad* de las medidas que personalmente considera necesarias⁸. Basta señalar que los jueces que toman medidas expresivas del interés persecutorio de oficio —v. gr., inicio de la investigación, procesamiento, imposición de medidas cautelares, elevación a juicio, etc.— se hallan imposibilitados, necesariamente, para controlar sus propios actos, es decir, para actuar imparcialmente, como lo exigen los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos. En síntesis, la etapa de investigación del modelo inquisitivo reformado representa un obstáculo insuperable para respetar la exigencia de imparcialidad del tribunal. La etapa de juicio, a pesar de que debería desconocer todo principio inquisitivo y ser estructurada conforme a principios acusatorios, también sufre interferencias inquisitivas. Ellas reconocen ciertas facultades persecutorias a los miembros del tribunal para actuar en favor de la persecución penal y contra el imputado que, por su carácter inquisitivo, también afectan la imparcialidad del tribunal. En este sentido, el ordenamiento procesal reconoce al tribunal de juicio la facultad para ordenar, de oficio: a) la instrucción suplementaria durante la preparación del juicio; b) la producción de prueba cuando las partes no solicitan ninguna; c) la conducción personal del interrogatorio de quienes declaran en el juicio; d) la realización de la inspección

⁷ Cf. BARRIENTOS PELLECCER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 41.

⁸ Cf., sobre este tema, RUSCONI, *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*, ps. 97 y siguientes.

de un lugar, un reconocimiento de personas o un careo; e) la recepción de nuevas pruebas⁹.

En síntesis, resulta evidente que los principios estructurales del sistema inquisitivo (reformado o no) definen un procedimiento penal que se opone, desconoce o vulnera derechos fundamentales reconocidos en nuestros ordenamientos jurídicos positivos. A pesar de ello, los países de América Latina han adoptado, como regla, sistemas de enjuiciamiento penal íntegramente inquisitivos, como los procesos escritos, o predominantemente inquisitivos, como el modelo inquisitivo reformado establecido en los primeros países que adoptaron el juicio oral —v. gr., Cuba y Argentina—. Estos sistemas de enjuiciamiento, junto con otras características del resto del sistema de justicia penal —v. gr., ley penal sustantiva, ley penitenciaria, organización judicial, limitaciones en recursos humanos y materiales—, han conducido a la situación insostenible actual y, en cierta medida, han preparado el escenario para un proceso de reforma integral que debería haber tenido lugar mucho tiempo atrás.

III. La necesidad de la reforma

Distintos factores, entre ellos la magnitud de la crisis de la administración de justicia penal, posibilitaron el nacimiento y desarrollo de un proceso de reforma estructural de la justicia penal que hoy se ha extendido a casi todos nuestros países. Países como Guatemala, Argentina (provincias de Córdoba y Tucumán), Costa Rica y El Salvador ya han adoptado y puesto en vigencia un nuevo procedimiento penal marcadamente acusatorio que intenta superar los problemas propios de los sistemas anteriores. Otros países, además, cuentan con proyectos o anteproyectos de códigos procesales penales que, en más o en menos, se asemejan a los anteriores, como sucede, entre otros, con Bolivia, Chile, Paraguay y Venezuela.

Es importante destacar que las alteraciones producidas por un proceso de reforma como los señalados constituyen una modificación sustancial del sistema de enjuiciamiento penal. En este sentido, un proceso tal no representa una "reforma" del procedimiento penal sino, en todo caso, el abandono de un modelo procesal y la adopción de otro modelo, cualitativamente distinto. Por el contrario, no se puede hablar de "reforma" si los cambios consisten en dotar de mayor eficiencia administrativa a los órganos del viejo sistema o en transformaciones parciales que no afectan las bases de ese sistema, como sucede, por ejemplo, en Perú, donde la reforma ha adquirido un matiz tecnocrático que se reduce, en lo esencial, a producir sentencias sin la realización de un verdadero juicio pero con mayor velocidad.

⁹ Los ejemplos corresponden al CPP Nación, típico exponente del sistema inquisitivo reformado. Un análisis crítico de su regulación en BOVINO, *El debate*, ps. 167 y siguientes. **¿en este mismo ejemplar?**

El término "reforma" no debe ser entendido, entonces, como una serie de modificaciones dirigidas a reestructurar o reconfigurar el procedimiento penal anterior —o el texto normativo que lo organizaba—, sino como una transformación que afecta los componentes fundamentales de la estructura de la administración de la justicia penal en sentido amplio. Un modelo determinado de Código procesal penal representa una opción político-criminal determinada, cargada de sentido, representativa de valores y expresiva de decisiones fundamentales acerca del modo en que debe ser organizada la persecución penal —especialmente la persecución penal pública— y, fundamentalmente, acerca del valor que se concede al respeto efectivo de los más elementales derechos humanos. También representa un aspecto específico, diferenciado y diferenciable, de los demás componentes de la administración de justicia, cuya relevancia influye poderosa y decisivamente sobre los demás elementos de esa totalidad conceptual denominada "sistema de justicia penal", "justicia penal" o "sistema penal", y, en consecuencia, sobre los resultados de toda intervención estatal de carácter punitivo.

Dado el alcance estructural asignado al proceso de transformación y, además, la innegable vinculación entre todos los elementos, sectores, regulaciones jurídicas y operadores del sistema de justicia penal, estos procesos comienzan —al menos en la mayoría de los países—, pero de ningún modo terminan, con la adopción de la nueva legislación procesal. La unidad político-criminal entre derecho penal sustantivo y formal, derecho penitenciario y otras ramas jurídicas requiere, ineludiblemente, la adecuación de todas ellas a las exigencias propias del nuevo modelo de justicia penal que se pretende instaurar.

IV. El principio acusatorio

Para lograr esos objetivos, varios países de la región han adoptado o proyectado un modelo de procedimiento penal que cuenta con ciertas características comunes. El nuevo modelo que se propone en el proceso de reforma presenta, en general, características marcadamente acusatorias¹⁰. Ello pues la experiencia histórica ha demostrado de modo inequívoco la imposibilidad del sistema de enjuiciamiento inquisitivo para garantizar en un grado aceptable el respeto de los derechos humanos de las personas. En consecuencia, la única opción posible, si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios derivados del sistema acusatorio.

Es sólo a través de un enjuiciamiento penal estructurado sobre estas bases que resultará posible organizar una política de persecución penal respetuosa de los

¹⁰ El carácter acusatorio del modelo, de todos modos, es el propio del procedimiento del derecho continental que, en este sentido, aún se halla lejos del régimen acusatorio propio del enjuiciamiento penal del derecho anglosajón. Cf., sobre las principales características del modelo estadounidense, CARRIÓ, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cap. III, ps. 43 y siguientes.

derechos humanos. En este contexto, por otra parte, consideramos que los elementos de este modelo procesal son un requisito indispensable de dos garantías fundamentales cuyo cumplimiento, hasta hoy, no hemos logrado consolidar. Nos referimos a la exigencia de *imparcialidad*, por un lado, y al respeto al *principio de inocencia*, por el otro. Esta afirmación no implica, de ningún modo, que el modelo acusatorio no represente, también, un presupuesto de las demás garantías procesales del imputado, pero en esta exposición centraremos nuestra atención en los principios señalados.

V. El sentido histórico del principio acusatorio

En el marco de un sistema acusatorio material, el principio acusatorio significa que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un sistema de acción privada¹¹ como en un sistema de acción popular¹², el órgano llamado a cumplir funciones decisorias necesita de la intervención de un particular que cumpla las funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez, defina el objeto de discusión.

Con la caída histórica del sistema inquisitivo —sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio en Europa continental—, se mantuvo el principio material de la persecución penal pública de los delitos, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació en nuestra tradición jurídica el principio acusatorio que hoy denominamos formal y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El principio, redefinido en términos estrictamente formales, fue una de las conquistas de la Ilustración y aún hoy estructura el procedimiento penal.

Como consecuencia de la redefinición formal del principio analizado se exigió la separación de las funciones requirentes y decisorias —que antes reunía el juez inquisidor— y su atribución a dos órganos estatales diferentes. Esta separación fue sólo formal porque la función requirente también fue depositada en un órgano estatal (el ministerio público), si bien distinto del tribunal, con lo cual se mantuvo el principio material de la persecución pública. La característica esencial del sistema acusatorio consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público, y las tareas decisorias, a cargo de los tribunales. En este sentido, se afirma que: "el principio acusatorio conlleva la afirmación de que la acusación sea formalmente mantenida en el proceso por aquellas partes que están legitimadas para ello, sin que en ningún caso pueda ser sostenida la misma por el Tribunal llamado a fallar el asunto penal... el principio acusatorio formal [supone] un desdoblamiento de funciones estatales en orden a la atribución de

¹¹ Ver, por ej., el sistema germano (cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 63 y siguientes).

¹² Ver el procedimiento griego y romano (cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 25 y ss.).

las diferentes tareas acusadora y decisora a órganos distintos, de los propios del Estado, llamados a desempeñar misiones de contenido no equivalente"¹³.

A pesar de la claridad de esta exigencia, ni siquiera los sistemas procesales denominados "modernos", como nuestro CPP Nación, logran cumplir con ella.

La justificación de esta brecha entre funciones persecutorias y jurisdiccionales, según se explica, obedeció a la necesidad de respetar ciertos derechos reconocidos al imputado. En este sentido, se afirma, generalmente, que el principio acusatorio se estableció para garantizar el derecho de defensa. Al respecto, MAIER ha manifestado: "En verdad, cuando las ideas se aclararon por su racionalización, se advirtió que se trataba de realizar un sistema inquisitivo en esencia —por los principios materiales que lo informaban— bajo formas acusatorias (acusatorio meramente formal); ello se advierte no bien se observa que, en realidad, el poder penal sigue perteneciendo al Estado en su totalidad, quien persigue la aplicación de ese poder y lo aplica, desdoblando esa labor en dos funciones, que pone en cabeza de distintos órganos, *al solo efecto de permitir al eventual oponente una defensa eficaz*, evitando que quien juzga sobre la existencia de una infracción y aplica el poder penal sea también quien afirma la existencia y pide la aplicación de la ley (acusatorio formal)"¹⁴.

Sin embargo, creemos que esta vinculación directa entre principio acusatorio y derecho de defensa puede ser cuestionada. Se debe señalar que resultaría posible garantizar el derecho de defensa en un grado aceptable aun si ignoráramos el principio acusatorio¹⁵. En este sentido, el deber de formular la acusación, para permitir la defensa del imputado, puede ser respetado con prescindencia del órgano encargado de formularla. La fijación clara y precisa del hecho imputado permite, por sí misma, el ejercicio del derecho de defensa, y el conocimiento de esa imputación no depende de que ésta sea presentada por el ministerio público y no por el juez instructor. El mejor ejemplo de esta circunstancia quizá sea el de la ampliación de la acusación durante el debate. Para poder defenderse, el imputado debe ser advertido acerca del nuevo contenido de la acusación ampliada, y para cumplir con esa exigencia no importa, en realidad, si fue el tribunal o el ministerio público quien planteó la modificación del objeto del juicio.

Consideramos que, en verdad, el principio acusatorio tiene una vinculación mucho mayor con la realización de una garantía distinta al derecho de defensa: la imparcialidad del tribunal. Esta vinculación ha sido, a nuestro juicio, menospreciada por la doctrina tradicional, pero hoy comienza a ser rescatada, especialmente en el marco de movimientos de reforma que reconocen la necesidad de dotar al procedimiento penal propio de la tradición continental de

¹³ ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, p. 23.

¹⁴ MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1b, p. 137 (destacado agregado).

¹⁵ Esto es lo que sucede, precisamente, con los códigos modernos, pues ellos garantizan, al menos mínimamente, el derecho de defensa pero, por otro lado, ignoran exigencias mínimas del principio de imparcialidad.

rasgos más acusatorios. Así, por ejemplo, el reciente trabajo de Alejandro ÁLVAREZ¹⁶, y, también, la posición del jurista guatemalteco BARRIENTOS PELLECCER, quien destaca que uno de los aspectos fundamentales del sistema acusatorio consiste en la distinción entre persecución y decisión, "con lo que se busca obligar la persecución técnica y eficiente de los delitos y *mantener la imparcialidad* de los jueces en los casos sometidos a su conocimiento"¹⁷.

Para comprender mejor la vinculación entre el principio analizado y la garantía de imparcialidad debemos recordar que mientras la Ilustración mantuvo la persecución penal pública, fue instrumentadora, en el ámbito político, del principio de la división de los poderes del Estado. Este principio tuvo como una de sus principales consecuencias la diferenciación estricta de las tareas ejecutivas, legislativas y judiciales a cargo de los órganos del Estado y, como producto de esa diferenciación, el nacimiento del principio de independencia judicial. Se intentaba garantizar que los jueces, para poder cumplir su función, no recibieran presión alguna al decidir los casos, y que se limitaran a la aplicación casi mecánica de la ley.

En este contexto, el restablecimiento del principio acusatorio en su aspecto formal, como criterio determinante de la estructura del procedimiento penal, sólo es imaginable —cuando la persecución sigue siendo estatal— si distinguimos la función jurisdiccional de las demás funciones del Estado. Así, mientras que el reconocimiento del derecho de defensa es el reconocimiento de uno de tantos derechos en el ámbito del procedimiento penal¹⁸, el principio acusatorio parece determinado en mayor medida por las nuevas bases estructurales del sistema político.

En el ámbito anglosajón, esta vinculación se manifiesta más claramente durante el desarrollo histórico del sistema de enjuiciamiento penal. En el momento en que Estados Unidos adoptó el sistema de persecución penal pública, no alteró el procedimiento de partes propio de su derecho, y mantuvo el principio acusatorio formal como principio fundamental de su procedimiento penal, principio que llega hasta la actualidad. En ese ámbito, la división entre funciones requirentes y decisorias no se relaciona con el derecho de defensa, sino, precisamente, con la imparcialidad del juzgador.

Este desarrollo puede ser explicado sobre la base de dos circunstancias diferentes. En primer lugar, el derecho estadounidense no establece el derecho de defensa como tal, esto es, como principio general del que derivan ciertas exigencias que la actividad persecutoria debe respetar, como es regla en nuestra tradición jurídica¹⁹. Antes bien, existen diversos derechos constitucionales del

¹⁶ ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*.

¹⁷ Cf. BARRIENTOS PELLECCER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 41.

¹⁸ Si bien el derecho de defensa se vincula al nuevo status político de las personas, al reconocimiento de la dignidad del ser humano, esa vinculación también se puede hallar en relación con los demás derechos, de modo genérico.

¹⁹ El art. 18 de nuestra Constitución Nacional, por ejemplo, sólo garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio, sin enunciar específicamente las diversas exigencias que comprenden el

imputado que integran lo que nosotros denominaríamos, genéricamente, derecho de defensa —v. gr., derecho a ser representado por un abogado, derecho a confrontar los testigos de la acusación—. Por otra parte, se debe tener en cuenta que si bien el fiscal estadounidense ingresó al sistema de persecución penal desplazando a la víctima, su ingreso no representó una modificación estructural del procedimiento penal²⁰, a diferencia de lo que ocurrió con la inquisición en el ámbito europeo. En el proceso que configuró el sistema de persecución pública en los Estados Unidos, el órgano del Estado encargado de la persecución heredó un procedimiento estructurado profundamente sobre la base de la intervención persecutoria de los particulares cuyo origen proviene del sistema acusatorio inglés de persecución penal organizado alrededor de la acción popular²¹.

En nuestro contexto cultural, en cambio, las cosas fueron diferentes, pues el principio acusatorio material, vigente en Europa hasta el siglo XIII, desapareció con el advenimiento de la inquisición y, luego de varios siglos, resurgió con un nuevo contenido, ahora sólo formal. Independientemente de cómo se haya justificado el principio históricamente, se puede afirmar que él se vincula, objetivamente, con la posibilidad de intervención de un tribunal imparcial.

La misma garantía de imparcialidad, como tal, ha sido definida más recientemente con un mayor grado de precisión —mientras que en el derecho estadounidense ya fue reconocida en el texto constitucional—. A pesar de ello, los principios de juez natural y de independencia del poder judicial, principios ambos que intentan hacer efectiva la garantía de imparcialidad²², fueron principios aceptados en el siglo pasado. En ese marco procesal que instrumentó principios garantizadores de la imparcialidad en un contexto político que definía y distinguía la función jurisdiccional, el principio acusatorio es un elemento necesariamente integrante del nuevo sistema.

VI. Principio acusatorio e imparcialidad

Como hemos dicho, tanto el principio del juez natural como el de independencia judicial son principios instrumentales que, en cuanto al justiciable, intentan realizar la garantía de imparcialidad. Estos principios suelen ser respetados aun en países con sistemas de procedimiento inquisitivos. Sin embargo, la práctica generalizada de los países de la región ignora o vulnera otra exigencia del principio de imparcialidad: la exigencia de imparcialidad del juez frente al caso. Si

derecho de defensa. Así, el contenido concreto de este derecho ha sido desarrollado en detalle por la doctrina y la jurisprudencia. Como ejemplo de ese desarrollo en la doctrina, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, D, ps. 539 y siguientes.

²⁰ Sobre el desarrollo histórico de la persecución penal pública en Estados Unidos, cf. CÁRDENAS, *The Crime Victim in the Prosecutorial Process*, ps. 357 y ss.; Van Alstyne, *The District Attorney. A Historical Puzzle*, ps. 127 y ss.; LANGBEIN, *The Origins of Public Prosecution at Common Law*, ps. 313 y ss.; BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, ps. 45 y siguientes.

²¹ Sobre el sistema inglés de persecución penal privada, cf. ROBINSON, *Private Prosecution in Criminal Cases*, ps. 300 y ss.; ROZENBERG, *Private Prosecutions*, ps. 62 y ss.; Sidman, *The Outmoded Concept of Private Prosecution*, ps. 754 y ss.; BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, ps. 36 y siguientes.

²² Así lo destaca, entre otros, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 741 y siguiente.

bien nuestros códigos regulan las causas de apartamiento tradicionales para el juez sospechado de parcialidad, no reconocen ni consideran problemático el efecto que la propia estructura de un procedimiento inquisitivo produce, necesariamente, respecto de la imparcialidad del juez frente al caso concreto. Esta falta de reconocimiento implica la inexistencia de mecanismos que permitan apartar al juez sospechado y, al mismo tiempo, cumplir con la exigencia de imparcialidad garantizada en los textos constitucionales y en los pactos internacionales de derechos humanos. Un buen ejemplo de ello es, por ejemplo, el procedimiento denominado "correccional" que, en el sistema federal argentino, estructura una etapa de investigación, a cargo de un juez instructor, y una etapa de juicio oral, en la que interviene como único juzgador el mismo juez que llevó a cabo la investigación preliminar.

Si tenemos en cuenta la relevancia de la garantía de imparcialidad en el marco del procedimiento penal, se torna necesario estructurar un modelo de enjuiciamiento que permita la realización acabada de esta garantía en el tratamiento de todos los casos penales. Resulta indispensable destacar especialmente que el efectivo respeto de las demás garantías fundamentales se tornaría ilusorio si no se garantizara la imparcialidad del tribunal que habrá de intervenir en el caso. En este sentido, la imparcialidad judicial es considerada "principio de principios", identificable con "la esencia misma del concepto de juez en un Estado de derecho"²³. También se ha señalado que no se trata de una garantía procesal más, "sino que constituye un principio básico del proceso penal", cuya vulneración impide "la existencia de un juicio penal justo"²⁴. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo demás, definió la imparcialidad en el conocido caso "Piersack"²⁵ como ausencia de prejuicios o parcialidades en el juzgador que debe ser considerada tanto subjetiva como objetivamente. En el aspecto objetivo, todo juez en relación al cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe ser apartado, ya que lo que está en juego, según se manifestó, es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

En consecuencia, el principio de imparcialidad exige una estricta separación de funciones requirentes y decisorias. Ello significa que resulta ilegítimo toda decisión legal que otorgue a los jueces facultades inquisitivas y le permitan intervenir activamente a favor de la actividad procesal persecutoria.

VII. La imparcialidad en el enjuiciamiento penal tradicional

A pesar de las exigencias impuestas por la garantía de imparcialidad, tanto los ordenamientos que establecen un proceso penal escrito como los códigos orales denominados "modernos" desconocen, como regla, la obligación de respetar el principio citado. Afortunadamente, no sucede lo mismo con los códigos más recientes que, en general, pretenden adecuarse al principio acusatorio. Estos

²³ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 742.

²⁴ LOZADA, *Imparcialidad y jueces federales*, p. 70.

²⁵ Sentencia del 1/10/82.

nuevos ordenamientos legales establecen, entre otras, las siguientes decisiones: a) el tribunal no puede iniciar la investigación preliminar de oficio, sin requerimiento en este sentido del ministerio público; b) la investigación preparatoria está a cargo del ministerio público y el juez actúa como control de esa investigación; c) las funciones requirentes son atribuidas al ministerio público, como titular de la acción penal pública, y el tribunal posee escasas facultades para actuar de oficio; d) la investigación se desformaliza y se restringe la posibilidad de introducir al debate oral prueba producida durante la etapa de investigación, con lo cual la etapa de juicio adquiere mayor significado; y e) durante todo el procedimiento se depende en mayor grado de la actividad de las partes y menos de la del tribunal.

Si se mantiene el sistema de los códigos orales mal llamados "modernos", en cambio, la confusión entre funciones requirentes y decisorias afecta necesariamente la imparcialidad y, en consecuencia, impide que los jueces cumplan con su obligación de actuar como garantes de los derechos fundamentales del imputado. Analicemos este problema en relación a las facultades inquisitivas del juez instructor.

En un modelo en el cual el juez decide sobre la necesidad de iniciar la investigación, de procesar al imputado o de detenerlo preventivamente, la confusión de facultades requirentes y decisorias impide al tribunal actuar imparcialmente, pues en esos casos el juez decide sobre la *necesidad* y sobre la *legalidad* de la medida —generalmente persecutoria— que él mismo dicta. Independientemente del hecho de que la persecución penal no es, ni podría ser, una tarea propia del poder judicial —con lo cual se afectaría la división de poderes—, lo cierto es que se coloca en manos del juez una tarea imposible: actuar en representación del interés persecutorio y, al mismo tiempo, controlar la legalidad de sus propias decisiones que son expresivas de ese interés. Así, esa tarea le impone la obligación de intervenir a favor de la protección de intereses contradictorios que siempre se hallan en conflicto.

Imaginemos algunos supuestos. Supongamos que un juez civil se entera de que el sujeto "A" le debe dinero al sujeto "B", y que este juez demanda de oficio a "A", lo cita a contestar la demanda, y hace comparecer a "B" como testigo. Imaginemos ahora que el sujeto "C" demanda al sujeto "D" ante el mismo juez, y que el juez, de oficio y sin pedido alguno de "C", dicta una medida cautelar a su favor, embargando los bienes de "D". A nadie se le ocurriría sostener, en ninguno de los dos ejemplos mencionados, que este juez imaginario ha actuado imparcialmente, pues él, de modo manifiesto, ha intervenido en interés de una de las partes. A pesar del reconocimiento de esta circunstancia indiscutible, nuestra valoración cambia completamente, y sin fundamento racional alguno, cuando se trata de un juez penal que inicia la investigación de oficio —en el primer ejemplo, que demanda personalmente en "representación" del acreedor— o que ordena, sin requerimiento del acusador, la detención preventiva del imputado —en el segundo ejemplo, que embarga los bienes del deudor—. En estos casos, el juez penal a cargo de la investigación representa,

indudablemente, al interés persecutorio y, al mismo tiempo, debe controlar ese interés, es decir, sus propias decisiones.

Las facultades inquisitivas reconocidas a los jueces suelen ser justificadas apelando a la existencia del interés público en la persecución de los hechos punibles. Sin embargo, el carácter público de ese interés no quita, ni puede quitar, el carácter interesado a la persecución penal. El interés persecutorio, por otra parte, se opone al interés del imputado en resistir la persecución, esto es, en defenderse de la imputación formulada en su contra. En consecuencia, el juez penal no puede, de ningún modo, actuar como representante del interés persecutorio y, al mismo tiempo, controlar su propia actuación y, también, el eventual conflicto que surge entre los diversos intereses que se manifiestan en el procedimiento penal. En el caso del derecho administrativo, por ejemplo, se admite que existe un interés público en juego pero, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento penal, esta circunstancia no autoriza a que el tribunal competente para resolver el caso intervenga en el procedimiento como "litigante", en apoyo del abogado encargado de representar al Estado y en contra del administrado. A pesar de que el ordenamiento jurídico reconoce como uno de sus principios generales la imposibilidad de representar intereses contrapuestos, el principio no se aplica cuando se trata de jueces penales, sin que exista fundamento legítimo alguno para justificar esta decisión.

Los jueces penales no tienen la misión de perseguir penalmente, sino de decidir los casos que le son presentados. La función decisoria propia de los jueces penales —única función propia del poder judicial— no puede ser ejercida imparcialmente si el tribunal asume funciones requirentes que no le pertenecen, como sucede, por regla, en códigos como el CPP Nación. En este sentido, se ha señalado que la decisión de otorgar funciones investigativas o persecutorias a los tribunales vulnera "uno de los principios básicos de la jurisdicción, que consiste en que quien decide debe ser alguien extraño a quien ejerce la acción penal, investiga la comisión de delitos, fundamenta y formula la acusación"²⁶.

VIII. La imparcialidad en el procedimiento penal acusatorio

En los códigos procesales penales más recientes que hemos señalado se ha profundizado el carácter acusatorio formal del procedimiento, con las características ya enunciadas. En este sentido, en líneas generales, se otorga el ejercicio efectivo de la acción penal pública al ministerio público y a él se le atribuye las funciones requirentes; también se restringe, al mismo tiempo, la labor del tribunal a tareas decisorias. El esquema supone la intervención de un tribunal pasivo —un árbitro entre las partes— que controla y decide, y un acusador activo que investiga y requiere. Si bien el modelo reconoce explícitamente, en algunos casos, facultades inquisitivas al tribunal —v. gr., la facultad de ordenar la realización de una investigación suplementaria de oficio durante la preparación del debate, art. 348, CPP Guatemala—, las pautas estructurales del procedimiento están determinadas por el principio acusatorio,

²⁶ Cf. BARRIENTOS PELLECCER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 35.

que limita, como regla, las funciones del tribunal a tareas estrictamente decisorias.

En las legislaciones recientes, entonces, la función del tribunal consiste en ordenar la actividad procesal, controlar la legalidad de los requerimientos de las partes y brindar protección efectiva para que se respeten los derechos humanos del imputado. Esta función surge, en primer lugar, de disposiciones de carácter general contenidas en los códigos —v. gr., la obligación de ser garante del respeto de los derechos humanos contenida en el art. 16, CPP Guatemala—. La prohibición para que el tribunal ejerza funciones requirentes, por ejemplo, surge de reglas generales expresas del texto de los códigos actuales —v. gr., la atribución del ejercicio exclusivo de la acción penal pública al ministerio público del art. 24, CPP Guatemala—. Independientemente de las reglas mencionadas, contenidas en la legislación procesal, existen otras disposiciones que también definen la función decisoria y pasiva del tribunal. Estas disposiciones, más generales aun que las anteriores, tienen mayor jerarquía normativa, pues están contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Ello significa que las normas legales que regulan el enjuiciamiento penal, para no ser inválidas, deben adecuarse a ellas, y que el contenido de todas y cada una de las disposiciones de un texto legal debe ser determinado a partir de las exigencias derivadas de las reglas de mayor jerarquía normativa del sistema jurídico.

El principio de división de poderes, en este contexto, restringe la tarea de los jueces penales a funciones estrictamente decisorias, propias del poder judicial. La obligación de proteger los derechos humanos del imputado surge del contenido mismo de la función judicial y, además, de las obligaciones internacionales del Estado establecidas en los pactos de derechos humanos. Derechos tales como el principio de inocencia o el derecho de defensa, entre otros, representan un mandato expreso para que los tribunales se encarguen de su protección efectiva durante el procedimiento penal, aun cuando su violación signifique, en el derecho internacional de los derechos humanos, responsabilidad del Estado en su conjunto. Otras disposiciones de rango constitucional también se vinculan con el establecimiento del principio acusatorio como principio fundante de la organización de la persecución penal estatal. El ministerio público es, en muchos países, un órgano creado por el derecho constitucional y distinto del poder judicial, circunstancia que implica, necesariamente, la distinción de las tareas y funciones que le son propias de las atribuidas al poder judicial. Ésta ha sido la solución adoptada en el art. 120 de la Constitución Nacional por la reforma de 1994²⁷. La garantía de imparcialidad de los tribunales, finalmente, obliga a los jueces a no tomar partido por la causa persecutoria, y a mantenerse inactivos a

²⁷ La misma tendencia se expresa en la mayoría de los textos constitucionales modernos. Un buen ejemplo de esta tendencia es el de los países centroamericanos. Cf. CRUZ CASTRO, *Las funciones del Ministerio Público en las constituciones centroamericanas*. Sobre la ubicación institucional del ministerio público, cf. Rusconi, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público*.

la espera de decidir los requerimientos concretos del órgano estatal al que se le ha asignado la tarea de ejercer la acción penal pública. Todos estos principios generales deben ser tomados en cuenta a la hora de interpretar las reglas del procedimiento penal y, en consecuencia, respetados por los jueces en su actividad procesal.

La primera consecuencia que deriva de la aplicación de estos principios consiste en el hecho de que los tribunales no pueden ejercer facultades inquisitivas que no estén reconocidas expresamente en el texto legal. Los códigos más recientes contienen disposiciones que aclaran cuándo el tribunal puede, "de oficio o a pedido de parte", tomar ciertas decisiones u ordenar determinada actividad —así, por ejemplo, la atribución del tribunal de juicio de ordenar la investigación suplementaria durante la preparación del debate, art. 357, CPP Nación—. Ello significa que si una disposición no incluye expresamente la potestad del tribunal de actuar "de oficio" en favor de la parte acusatoria, el juez sólo puede actuar si la parte lo requiere concretamente. Esta interpretación no sólo surge del análisis literal de la ley, sino también de la aplicación de una pauta sistemática de interpretación que intenta otorgar sentido a cada término. Así, si se interpretara que el juez puede actuar de oficio aun cuando la disposición no mencione tal posibilidad, el término "de oficio" estaría absolutamente de más en aquellas disposiciones que sí lo contienen. Más allá aún, lo importante es recordar que los principios generales ya mencionados sólo permiten esta interpretación.

La segunda consecuencia que surge de la aplicación de esos principios generales se vincula con aquellas facultades inquisitivas del tribunal establecidas expresamente en el texto de los códigos. En este sentido, estos principios limitan el contenido y el alcance de tales facultades. De este modo, un criterio rector de interpretación obliga a que no puedan entenderse estas facultades de modo tal que su ejercicio vulnere los principios mencionados. Es decir que tales facultades sólo serán legítimas en la medida en que no afecten el contenido del principio acusatorio. De la misma manera, cuando existan dos o más interpretaciones posibles de este tipo de facultades, se debe preferir aquella interpretación que mejor responda a las exigencias del principio acusatorio.

En síntesis, el principio acusatorio es un principio estructural del derecho positivo propio del Estado moderno. De alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es, la actuación objetiva del juzgador, limitada a tareas decisorias que no se comprometan con la hipótesis persecutoria. El ordenamiento jurídico contiene principios generales que configuran los diversos aspectos y determinan la estructura del procedimiento, tanto en normas de jerarquía constitucional, internacional como legal. Estos principios generales, a su vez, dan sentido a las distintas disposiciones del ordenamiento procesal penal referidas a las facultades del tribunal, para que éste pueda actuar como tribunal imparcial.

En este contexto, el principio acusatorio es un presupuesto imprescindible de la imparcialidad y no tiene relaciones muy estrechas con el derecho de defensa.

Respecto al derecho de defensa, se podría afirmar que en un procedimiento penal que no respete el principio acusatorio —y no garantice la imparcialidad— el derecho de defensa resultaría perjudicado —y también otros derechos—, pues éste consiste en presentar el descargo del imputado ante un juez o tribunal imparcial y no, como sucede en un procedimiento inquisitivo, en presentar su descargo ante un juez comprometido con el interés persecutorio y, por ende, parcial. Afirmación que conduce, nuevamente, a la cuestión de la imparcialidad.

IX. Imparcialidad y prisión preventiva

Como es más que manifiesto en la actualidad, el abuso del encarcelamiento preventivo de nuestros sistemas de justicia penal constituye una vulneración grave del principio de inocencia, principio que es otro de los pilares fundamentales del esquema de derechos humanos que protege a toda persona sometida a persecución penal.

La justicia penal no respeta el principio de inocencia pues en la práctica no se cumple con todos los requisitos y principios que regulan la privación de libertad de carácter procesal²⁸. A pesar de que se reconocen estas exigencias (excepcionalidad, fines procesales, proporcionalidad, provisionalidad, control judicial, mérito sustantivo, etc.) en el ámbito teórico o, incluso, en algunas legislaciones, en la práctica los jueces no cumplen con su obligación de proteger al imputado y verificar la existencia de todos y cada uno de los presupuestos que autorizan el uso legítimo del encarcelamiento preventivo. Ello sucede a pesar de que la libertad personal goza de la protección establecida en los instrumentos internacionales contra las detenciones ilegales y respecto de la necesidad de control judicial de toda privación de libertad, además de la protección garantizada en los textos constitucionales.

A nuestro juicio, esta imposibilidad fáctica para que los jueces intervengan efectivamente como garantes del derecho a la libertad de toda persona, incluso de las sometidas a persecución penal, deriva del incumplimiento de la exigencia de que toda cuestión referida a la privación de libertad sea sometida a control judicial por parte de un tribunal imparcial. Sólo de este modo el tribunal estará en condiciones que le permitan actuar como instancia de control de la legalidad de la detención cautelar de personas que gozan del estado jurídico de inocencia.

Es una práctica usual en los países de la región que los jueces dicten auto de prisión preventiva o, en su caso, una medida sustitutiva o auto de procesamiento, de oficio, es decir, sin que ningún representante del ministerio público requiera una decisión del tribunal en ese sentido. Como veremos, tal facultad vulnera todos los principios que dan contenido al principio acusatorio.

La comprensión sobre la que se basa esta práctica se funda, en ciertas ocasiones, como sucede en Guatemala, en el hecho de que el ministerio público no llega —o

²⁸ El derecho internacional de los derechos humanos impone al Estado el deber de cumplir con cuatro grupo de exigencias en este sentido: a) presupuestos sustantivos del encarcelamiento procesal; b) presupuestos formales o control judicial de la detención; c) derechos de las personas detenidas sin sentencia; y d) límite temporal del encarcelamiento.

en ocasiones no puede llegar— al tribunal cuando éste debe tomar tal decisión. Pero veamos la racionalidad de este argumento. El Estado ha encargado la persecución penal pública a un órgano estatal específico, el ministerio público, quien es titular exclusivo de la acción penal pública. Tomada esta decisión, si el ministerio público no ejerce las medidas necesarias para realizar una persecución penal eficaz, esa circunstancia no autoriza la violación de las reglas del procedimiento, mucho menos de los derechos fundamentales del imputado. A nadie se le ocurriría aceptar que si el ministerio público no llega a presentar la acusación, ésta pueda ser formulada por el tribunal, o que si el representante del ministerio público no llega al debate, uno de los jueces pueda abandonar su lugar en el tribunal y cumplir el papel de acusador durante el juicio oral. Tampoco se nos ocurriría aceptar, ante la circunstancia de que la policía no cumpla con una orden de aprehensión, que el juez salga a la calle a aprehender personalmente al imputado. Sin embargo, sí aceptamos que el tribunal dicte la prisión preventiva cuando el fiscal, como titular de la acción penal, no cumple con su deber de solicitar la medida de coerción.

La práctica subsiste no sólo en países que autorizan legalmente a dictar de oficio la medida cautelar, sino también en aquellos países en los cuales los jueces carecen de tal facultad. El ejercicio de la acción penal pertenece exclusivamente al ministerio público. Decidir acerca de la necesidad de que se imponga una medida de coerción que, por otra parte, inicia formalmente la persecución en la mayoría de los casos, es una tarea que sólo puede corresponder al titular de la acción penal y no al tribunal.

Si algún contenido es esencialmente intrínseco al principio acusatorio, por otro lado, éste es la necesidad del requerimiento del ministerio público para iniciar el procedimiento, es decir, se trata de una exigencia que impide que el tribunal dé inicio, de oficio, a la investigación o someta a proceso al imputado de oficio. La acusación penal, señala Barrientos Pellecer, corresponde al ministerio público: "El propósito es claro, el juez no puede proceder, por regla general, por iniciativa propia ni investigar o poner en marcha e impulsar el proceso a menos que el Estado, a través de un órgano independiente al Judicial lo inste"²⁹. Este requisito es tan determinante del principio acusatorio que es respetado aun por algunos códigos más antiguos —v. gr., el CPP Córdoba 1939-1970, el CPP federal argentino—. El único órgano estatal que puede habilitar una medida de tal trascendencia procesal es el titular de la acción, el ministerio público, y sin su requerimiento, el juez no puede tomar decisiones de tal magnitud en el proceso que, por lo demás, son impropias del poder judicial.

Retornemos al derecho privado para analizar la cuestión de la titularidad de la acción penal. Supongamos que el derecho civil establezca que, en los casos de responsabilidad extracontractual, el titular de la acción civil es el damnificado. A partir de esta regla, no aceptaríamos que el tribunal, por su propia voluntad, iniciara formalmente el proceso o dictara una medida cautelar. Y este rechazo

²⁹ Cf. BARRIENTOS PELLECCER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 168.

sería consecuencia de que entenderíamos que el tribunal ha usurpado las facultades que pertenecen exclusivamente al damnificado como titular de la acción civil. Por este motivo, no se puede desconocer que aceptar la idea de que el tribunal *inicie formalmente la persecución* significa aceptar que una de las principales funciones del poder persecutorio puede ser ejercida por un órgano distinto de aquel que es definido como titular de la acción penal.

Por último, se debe destacar que la prohibición, para el tribunal, de desempeñar tareas requirentes no puede ser ignorada recurriendo al argumento del interés social o público en la persecución de los hechos punibles. Ese interés social "presupuesto" ya está reconocido en el hecho de que la persecución penal es estatal —por ello existe el ministerio público— y en el contenido particular de las sanciones penales. Además, ese interés está reconocido junto con pautas consideradas esenciales que determinan la forma en que el Estado organiza la persecución penal. Ello significa que cuando se aceptaron estos principios generales de garantía —cuyo reconocimiento también expresa un interés social trascendente al individuo particular— se tomó una decisión acerca de la continua tensión entre los intereses contrapuestos de la persecución penal y de los derechos individuales. Toda definición que implique una nueva configuración del estado de esta tensión presupone, entonces, una nueva determinación del valor concedido al interés individual en el contexto procesal. Ello significa que el Estado se ocupa de la persecución penal y, también, que el Estado reconoce límites para realizar tal actividad, es decir, que el Estado ya ha otorgado el valor que reconoce al interés persecutorio y al interés individual. Ello indica que el Estado, obviamente, ya ha tomado en cuenta la importancia "social" o "pública" de perseguir los delitos. A pesar de que todo esto suene un poco obvio, es necesario recordarlo porque, cuando se discuten cuestiones que dependen del estado de la tensión entre ambos intereses, se vuelve a argumentar que los límites puestos a la persecución deben ceder o ser relativizado frente al interés social en la persecución penal. En estos términos, quien plantea la discusión ya ha obtenido una ventaja, pues nos ha convencido de que el reflejo de esa tensión (expresado en el derecho vigente) que estructura el procedimiento, es decir, los presupuestos estructurales del proceso penal, pueden ser ignorados y, por lo tanto, redefinidos por quien así lo desee. En el tema que nos ocupa, los tribunales sólo pueden actuar a requerimiento del ministerio público, único órgano estatal, para el derecho vigente, encargado de velar por los intereses sociales comprendidos en la persecución penal. El interés público significa, precisamente, que la acción penal se otorga al ministerio público, pero nada más que eso. Ese interés no podría justificar, por ejemplo, que todos los órganos y funcionarios estatales puedan intervenir en el proceso para realizar ese interés.

La posibilidad de que el juez dicte la prisión preventiva sin requerimiento del ministerio público, por otra parte, también produce consecuencias relacionadas con la imparcialidad del tribunal.

Como ya adelantáramos, el juez que decide sobre la necesidad de detener preventivamente para garantizar la realización del derecho penal sustantivo, y,

además, sobre la legalidad de esa detención, no puede actuar imparcialmente, controlándose a sí mismo. La división entre función requirente y decisoria es producto, precisamente, del reconocimiento de la imposibilidad de representar objetivamente intereses en conflicto —idea que sí resultaba posible en el marco de la lógica inquisitiva—. Porque la actuación de las partes se presume siempre interesada, se establece la necesidad de controlar la legalidad de sus actos y de sus requerimientos procesales. Sin embargo, mientras jamás toleraríamos que el ministerio público pudiera decidir, por su cuenta, la detención preventiva, aceptamos esa posibilidad cuando se trata de un juez penal. Pero la cuestión no depende tanto del órgano que dispone la detención, sino del hecho de que *el mismo órgano* interesado en obtener la detención pueda decidir sobre ella.

Así, cuando el juez penal "ejerce" la acción y ordena la prisión preventiva de oficio, no sólo usurpa una facultad exclusiva de titular de la acción, el ministerio público. Además de ello, toma posición manifiesta *en favor de la persecución penal* y contra el imputado, circunstancia que impide toda posibilidad de que actúe imparcialmente. Si volvemos a la analogía con el procedimiento civil, resulta obvia la parcialidad de un juez que demanda por su propia voluntad al deudor de un tercero. La decisión de dictar el auto de prisión preventiva de oficio tiene idéntico sentido, en cuanto a la imparcialidad del tribunal que lo ordena, a la decisión del juez civil de demandar de oficio al deudor. Lo que tienen en común ambos supuestos es que, en ellos, el tribunal ejerce, ante sí mismo, una acción que no le pertenece, sin pedido ni autorización algunas del verdadero titular de la acción.

Autorizar al juez a actuar como encargado y responsable de la persecución estatal, por otra parte, no puede exigirse como consecuencia del principio de legalidad procesal, que impone, como regla, la obligación de perseguir todos los delitos. El principio de legalidad sólo obliga al ministerio público —pues él es el titular de la acción penal pública—, y no a los demás órganos del Estado. Si bien se puede controlar al ministerio público, su incumplimiento no autoriza a que se atribuyan sus obligaciones a otro órgano estatal. No se puede aceptar que el juez penal ejerza la acción penal, del mismo modo que no aceptaríamos que el ministro de la defensa intervenga cumpliendo funciones persecutorias en un procedimiento penal. La vigencia del principio de legalidad como regulador del sistema de persecución obliga sólo a quien se encarga de la persecución, y nada más que a él, es decir, a quien el ordenamiento jurídico atribuye la titularidad de la acción penal pública. El juez no está obligado ni facultado para ejercer la acción penal por sí mismo. La necesidad de controlar, al menos en cierta medida, que el ministerio público cumpla su obligación legal de perseguir todos los hechos punibles, sólo significa eso, es decir, sólo significa que los tribunales pueden controlar la actuación del ministerio público. Ahora bien, "controlar" no significa "actuar en lugar de", es decir que controlar el ejercicio de la acción del ministerio público no significa actuar en lugar del ministerio público.

Por otra parte, el control del principio de legalidad, principio establecido sólo a nivel legal, no puede anteponerse a la necesidad de respetar otros principios de

rango normativo superior, tales como la garantía de imparcialidad y el principio de división de poderes. Ello significa que el interés de perseguir todos los delitos está subordinado al respeto de otros intereses de rango superior. En consecuencia, cualquier mecanismo de control que se adopte para asegurar el cumplimiento del principio de legalidad no puede desconocer o reducir el valor de esos intereses considerados más valiosos. Así, si un mecanismo determinado significa la imposibilidad de que el tribunal actúe de modo imparcial, éste debe ser desestimado, pues la imparcialidad es un valor que tiene mayor jerarquía normativa que la del principio que establece la obligación de perseguir todos los hechos punibles.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico vigente no permite que los jueces ordenen, de oficio, la detención preventiva u otras medidas de coerción en las etapas iniciales del proceso. El poder de requerir estas medidas representa, además, un elemento central del contenido de la acción penal, que no pertenece al tribunal, sino, exclusivamente, al ministerio público. Finalmente, permitir que el tribunal realice tareas propias del órgano acusatorio significa la vulneración de la garantía de imparcialidad. Esta garantía, debemos recordar, es un aspecto fundamental en el marco de un Estado de derecho, aspecto que determina toda la estructura del procedimiento penal.

Y no debemos olvidar en ningún momento que la existencia de un tribunal *imparcial* es un *presupuesto ineludible* para la realización de un proceso penal que respete de modo efectivo los derechos humanos³⁰.

³⁰ En el curso de la discusión planteada en el Congreso, una de las personas asistentes definió al principio de imparcialidad como una "metagarantía", sin la cual no resulta posible el respeto de las demás. Ésta es la idea que hemos tratado de transmitir en esta exposición, y, por supuesto, estamos de acuerdo con esta definición, si con ella entendemos que se trata de una garantía que actúa como marco jurídico que permite o facilita la realización efectiva de otras garantías fundamentales de las personas perseguidas penalmente —v. gr., derecho de defensa, control judicial de toda privación de libertad, etcétera—.