



LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL SISTEMA ADVERSARIAL

GONZALO RUA

Rua, Gonzalo

La función del juez en el sistema
adversarial / Gonzalo Rua. - 1a ed. - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires : Instituto de
Estudios Comparados en Ciencias Penales
y Sociales - INECIP, 2026.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-91084-4-6

1. Derecho Penal. I. Título.

CDD 345





ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LAS CRÍTICAS A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL SISTEMA ADVERSARIAL	5
3. BASES PARA LA TEORIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	10
4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL SISTEMA COMPOSICIONAL	14
5. LOS RIESGOS DE UNA INADECUADA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS COMPOSICIONALES	20
6. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO	22
7. LA DEBIDA PREPARACIÓN DEL CASO ANTES DE LA AUDIENCIA DE JUICIO	26
8. PALABRAS FINALES	29

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de reforma de los sistemas penales en América latina operado en las últimas décadas, que viró de los viejos modelos mixtos hacia diseños acusatorios de tinte adversarial implicó un cambio de paradigmas muy fuerte en cuanto a los roles de las partes en el proceso y, como consecuencia de ello, en torno a la organización judicial, sus estructuras, como así también respecto de los objetivos y formas de trabajo de cada una de las instituciones que componen el sector justicia¹.

Uno de los primeros desafíos de los nuevos sistemas estuvo centrado en empoderar a las partes de un rol mucho más protagónico al que estaban acostumbrados. Recordemos que a comienzos de los 90's aún no se había implementado siquiera el juicio oral propio de los procesos mixtos en la justicia nacional y federal, mientras que ninguno de los países de la región había comenzado la implementación de sistemas acusatorios adversariales². Por el lado de los Ministerios Públicos Fiscales se requería una fuerte transformación, pasando de ser meras organizaciones diseñadas para emitir dictámenes a tener a su cargo no solo la investigación penal preparatoria, sino también el acompañamiento de la víctima y la toma de decisiones muy relevantes en materia de política criminal. Qué hechos investigar, cuáles tienen relevancia jurídico penal, qué casos pueden ser empujados a salidas alternativas a la pena implicó, necesariamente, la reestructuración de su organización, como así también la conformación de políticas públicas vinculadas al ejercicio de la acción penal.

En la defensa, ya sea pública o privada, también hubo una transformación muy relevante. El reconocimiento de facultades probatorias en cabeza de la defensa, una modificación sustancial sobre las potestades de intervención temprana en el proceso, y un rol mucho más activo en torno a la estrategia del caso implicaron un cambio considerable en su función³.

1 Conf. Binder, Alberto, La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, en AAVV., La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas, FES, Bogotá, 2016, p. 54; Ledesma, Ángela, Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores, en AAVV., El proceso penal adversarial, Revista de Derecho Procesal Penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 15; y Langer, Máximo, Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia; ibídem, p. 53.

2 Conf. González Postigo, Leonel y Fandiño, Marco, Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina, en AAVV., La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley, CEJA, Santiago de Chile, 2018, p. 579; y Rua, Gonzalo, La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina, en AAVV., Estudios sobre el sistema penal adversarial, Ed. Didot, 2018, p. 13.

3 El Código Procesal Penal Federal, aunque no de manera directa, reconoce el derecho de todas las partes realizar actividad probatoria. Así, el art. 260 establece lo siguiente: "Proposición de diligencias. Sin perjuicio de sus facultades de investigación autónoma, las partes tienen la facultad de proponer al representante del Ministerio Público Fiscal diligencias en cualquier momento de la investigación preparatoria cuando se tratare de medidas cuya realización puede verse frustrada de no ser practicadas en esa oportunidad o dependiera de ellas la resolución de una medida cautelar..." Si bien la norma no es del todo específica, permite concluir que existen facultades probatorias de la defensa.



La transformación de esos roles, de meros actores de reparto a protagonistas del litigio, demandó una enorme atención no solo teórica, sino también de capacitación. Transformar ese rol diría más bien secundario o de mero dictaminador a uno mucho más protagónico e intenso en el proceso acaparó toda la atención conceptual y teórica de los sistemas penales⁴. Como complemento de ello había que desarticular el rol muy activo que habían mantenido los jueces en el viejo modelo inquisitivo o en el propio sistema mixto, que no es más que un maquillaje para montar el viejo aparato conceptual inquisitivo en un diseño que no tiene ansias de cambios ni de transformaciones⁵. Como clara consecuencia de ello, el rol del juez entre un sistema inquisitivo y uno mixto no sufrió cambios sustanciales. El paradigma jurisdiccional, bajo el diseño de un juez de instrucción súper poderoso, al que le cabían las funciones investigativas, requirentes y decisorias, como así también las vinculadas a ser –o, mejor dicho, parecer– garante del respeto por los límites al ejercicio de la acción penal, debía ser desmontado. Ese modelo de juez, al que algunos hoy parecen añorar⁶, requería de manera inmediata ceder espacio para el ingreso de las nuevas funciones de las partes.

Como lógica consecuencia de ello, el vaciamiento de esas funciones que reposaban en la judicatura, implicó definir al rol del juez como una función puramente pasiva que solo debía intervenir como resorte de las peticiones de las partes. Sustentados en que resultaba suficiente el vaciamiento de sus funciones para alcanzar la imparcialidad del tribunal, se sostuvo una función un poco, diría yo, displicente del conflicto y de las maneras de resolverlo.

Ahora, qué significa definir su función a través de un rol pasivo, hasta dónde debía llegar esa pasividad y si es la mejor manera de conceptualizar una función que sigue siendo fundamental en el proceso penal es una pregunta que empieza a aparecer con mayor insistencia en esta nueva etapa de las reformas a los sistemas penales.

No hay duda de lo relevante que es la función judicial en el proceso penal⁷. Recaen sobre la judicatura el manejo y la conducción del litigio, la adopción de decisiones orales en audiencias, la gestión del conflicto y el respeto por las garantías penales, todo ello dentro de un marco de independencia

⁴ La mejor prueba de ello es la enorme cantidad de talleres y cursos sobre el rol de las partes en el litigio oral. Recién en los últimos años comenzamos a observar cierta preocupación por definir el rol del juez en el nuevo modelo procesal. Durante mucho tiempo nos hemos ocupado de enseñar destrezas de litigación, acompañada por una mirada displicente sobre la nueva función que a los jueces les correspondía en el nuevo sistema. La Escuela de Jueces que se montó en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y en el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) son un claro ejemplo de la demanda de una nueva capacitación y conceptualización.

⁵ Como se advertirá, en el sistema mixto se mantiene la investigación en cabeza de los jueces y son éstos también quienes pueden realizar instrucciones suplementarias, interrogar testigos, etc.

⁶ Resulta llamativo cómo, en los últimos años, se vislumbra cierta tendencia a considerar que el juez debe volver a tener sobre sí el control de toda decisión que tenga que ver con la falta de impulso de un caso o del avance del mismo, aún con acuerdo de partes.

⁷ De hecho, tal como definimos, el juez en el sistema mixto presentaba una degradación funcional, toda vez que recaían sobre aquel, funciones meramente administrativas. Es el sistema adversarial el que devuelve la centralidad de su función consistente en resolver conflictos. Al respecto conf. Rua, Gonzalo y Leonel González, El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias, en *Sistemas Judiciales, Inecip/ Ceja*, Santiago de Chile, año 17, N° 21, p. 80 y sigs. El texto puede ser consultado en www.sistemasjudiciales.org



e imparcialidad. De modo que si no teorizamos sobre cuál debe ser su función y cómo definirla estaremos condenados a trabajar sobre casuística antes que sobre principios, sobre preferencias personales antes que sobre visión sistémica del proceso penal y, de ese modo, lejos estaremos de definir una función que requiere de contornos más precisos a los efectos de brindar claridad a las partes a la hora de litigar.

En el presente texto, cuya base fue tomada de la exposición que brindé en el seminario de derecho procesal penal del INECIP, intentaré en primer lugar definir cuáles son las consecuencias de mantener un rol difuso de la judicatura y cómo definir su función en cada una de las etapas y procesos en los que interviene un juez.

2. LAS CRÍTICAS A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL SISTEMA ADVERSARIAL

En el último tiempo, quizás como consecuencia de la implementación progresiva del sistema adversarial en la justicia federal argentina⁸, se observan fuertes críticas hacia el nuevo diseño procesal, como así también sobre la función que el nuevo ordenamiento legal otorga a los jueces.

Las críticas más recurrentes se centran en dos puntos. La primera en un supuesto desinterés del sistema adversarial en la determinación de la verdad en el proceso penal⁹. La segunda se focaliza en el rol poco relevante que, al decir de sus críticos, tendría el juez en estos sistemas¹⁰. Ninguna de ellas la considero correcta. La primera, en la que no me detendré más que de manera liminar por no ser el centro de este trabajo, considero que no tiene ningún tipo de basamento. Al contrario de lo que se critica, es precisamente el sistema adversarial el que presenta los mecanismos más sofisticados para la determinación de la verdad en un proceso de conocimiento. Mientras el sistema inquisitivo o mixto no cuenta con controles sobre la calidad de la información que ingresa al debate –lo que

8 Nos referimos al Código Procesal Penal Federal (ley 27063) que se está implementando en forma progresiva en la Argentina.

9 Anclados en una vieja crítica que proviene de Taruffo que, posicionado en la defensa de los sistemas europeos continentales, expresa que “si hay algo que no le interesa en modo alguno al proceso adversary, esto es, precisamente, la verdad” (Taruffo, Michelle, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 127), se observan muchas voces contrarias a los postulados de un sistema adversarial y su supuesta despreocupación por la verdad. Quizás uno de los principales detractores, quien alerta de los riesgos de un sistema adversarial resulte Rusconi, quien ha manifestado sus diferencias con varios de sus postulados. Al respecto ver, entre otros textos, Rusconi, Maximiliano, *Sistema de enjuiciamiento en materia penal*, Ed. Hammurabi, 2017, Cap 2.

10 Esta visión es sostenida, entre otros por Martín, Adrián, en el ciclo de conferencias de la Asociación de Magistrados de Tucumán, en el que expuso bajo el título: *Repensando aspectos problemáticos de las reformas penales*. El mismo puede ser consultado en <https://www.youtube.com/watch?v=avNISRqAW9s>

aumenta el riesgo de error judicial por la posibilidad de sesgos cognitivos y prejuicios-, el sistema adversarial tiene filtros muy estrictos para determinar qué información puede ingresar al juicio (control de admisibilidad probatoria) y son las partes las que producen y controlan la forma en que esta se introduce al debate, dándole plena vigencia al principio de la contradicción¹¹. Como bien nos marca Tomás Jofré, en una fuerte crítica de época a los procesos inquisitivos, “el juez de instrucción trabaja en silencio sin que nadie lo perturbe, de un unilateral a quien nadie contradice, de un autoritario a quien nadie vigila...”¹² La falta de control sobre la calidad de la información es, sin dudas, un serio inconveniente para acercarnos a la verdad y ello impacta, precisamente, en los sistemas donde el juez mantiene fuertes lazos con la prueba. El principio de contradicción y un juez imparcial que no subroga a las partes resultan esenciales para arribar a la verdad¹³. No en vano se las ha definido como garantías de verdad. Sin ellas el litigio y el arribo a la verdad se vuelven una quimera.

Que la búsqueda de la verdad resulte una carga de los acusadores y no del juez¹⁴, no quiere decir bajo ningún punto de vista, como algunos detractores sostienen, que el juez no esté comprometido con la verdad¹⁵. Tan comprometido está que, en la etapa intermedia del proceso, no permitirá el ingreso de prueba débil, prejuiciosa, por fuera del objeto procesal, por cuanto ello puede generar error en el juzgador. Y tan comprometido está que, en el juicio mismo, no permitirá que le introduzcan información prejuiciosa, pudiendo impedir el ingreso de información no admitida o poco fiable, a través del litigio de las partes con el juego de las objeciones. Como vemos el juez tiene un compromiso con la verdad, y es por ello que no admitirá ninguna prueba que pueda afectar el juego de la contradicción de las partes, dejando una distribución equilibrada del espacio escénico del proceso¹⁶, porque es precisamente el poder de controvertir un hecho lo que fortalece la toma

11 Son los procesos mixtos los que avalan el ingreso de cualquier tipo de información. Bajo el paraguas de la libertad y amplitud probatoria admiten que el juez de juicio reciba documentos por simple lectura. Bajo el ropaje de los sistemas mixtos se admite que los jueces, previo al debate, tengan a su antojo un expediente donde la acusación ha reunido información sin control de partes. Y bajo las mieles de ese sistema también se admite que los jueces introduzcan información y se involucren en la acusación, dejando, cuanto menos, seriamente averiada su imparcialidad.

12 Jofré Tomás, Manual de procedimiento civil y penal, La Ley, Bs. As., 1925, Tomo 2, p. 137.

13 Recordemos que Andrés Ibañez se muestra contrario a que los jueces puedan subrogar a las partes supliendo la inacción de estas. Como bien señala, “el imperativo de la imparcialidad veda al juez penal toda posibilidad de asumir, aunque sea de forma complementaria o marginal, cualquier aspecto del rol de la acusación” (Andrés Ibañez, Perfecto, Tercero en discordia, Ed. Trotta, Madrid, 2015, p 221). En igual sentido, Damaska, Mirjan, Las caras de la justicia y el poder del Estado, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 186.

14 Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, 2021, Tomo V, p. 187. Tan comprometido esta con la verdad, nos señala el autor, que se la exige a los acusadores en cada hecho que compone la acusación (Conf. Binder, Alberto, El elogio de la audiencia oral, en La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Ad-Hoc, 2012, p. 223).

15 Como lo explica Maier, no debe confundirse la afirmación del aforismo “Veritas non auctoritas facit iudicium” (la verdad, y no la autoridad, preside el juicio), con creer que los jueces deban ser convertidos, con sacrificio de su imparcialidad, en investigadores de la verdad. Se trata de que ellos apliquen la coacción penal sobre la base ineludible del conocimiento de la verdad y prescindan de aplicarla cuando carezcan de ese conocimiento. Al respecto, Maier, julio, Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2004, Tomo II, p. 447.

16 Conf. Andrés Ibañez, Perfecto, ob. cit., p. 219.



de decisiones¹⁷. Sin embargo no es aquí donde quiero hacer el foco de este trabajo –eso quedará para otro texto–, sino en la segunda crítica, esto es la supuesta función displicente o secundaria que, según algunos, tendría el juez en el sistema adversarial.

Sobre estas críticas, debo reconocer a los detractores del sistema adversarial solo un punto. Y es que la función del juez, al menos desde el plano teórico, no ha tenido la solidez y maduración suficiente para definirla adecuadamente, lo que provocó que esta deambule entre quienes la definen desde una función meramente pasiva a quienes, bajo una impronta que definiré como neo inquisitiva, procuran otorgarle a los jueces una función profundamente activa, como una suerte de panóptico del proceso donde debe controlar absolutamente todo. Como demostraré en este trabajo la función no puede ser definida con esa rigidez desde parámetros opuestos y antagónicos, ni mucho menos basada en casuística. Es necesario profundizar nuestro pensamiento para definir la función desde un nuevo corpus teórico y abandonar la impronta de los modelos mixtos donde el juez mantenía funciones por fuera del litigio de las partes y asumía fuertes lazos con la actividad requirente¹⁸.

Inicialmente, y a los efectos de diferenciarlo del juez de instrucción que resultaba súper poderoso, como dijimos, la función jurisdiccional en el sistema adversarial fue delineada de manera pasiva. La mayor preocupación estaba en devolverle al juez su imparcialidad, perdida entre los pliegues de las investigaciones por él dirigidas sin ningún tipo de control de partes. Desde ese prisma, al vaciar sus funciones probatorias y devolvérselas a las partes, se vio fortalecida la imparcialidad del tribunal, puesto que al no tener sobre sus espaldas ninguna función requirente mal podía verse afectada al momento de adoptar una decisión en el caso.

Este primer paso inicial fue fructífero a la hora de analizar cómo se vio fortalecida esta garantía primaria. Como bien marca Ferrajoli, la separación del juez y de la acusación no solo es el más importante de los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, sino que es una condición esencial de la imparcialidad¹⁹. Y para procurar tal valor, el juez no debe gestionar los intereses de las partes²⁰, puesto que no tiene ni representa ninguno de ellos²¹.

17 Como bien señala Ferrajoli, la base de todo sistema acusatorio radica en la concepción del juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y el juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 564). Solo se requiere que esa defensa cuenta con los mismos poderes que la acusación (ob. cit., p. 614).

18 Si observamos el pensamiento de Clariá Olemdo, vemos que aún está fuertemente atrapado en una visión jurisdiccional que no deja atrás los lazos del modelo mixto con los procesos inquisitoriales, y por ello no logra poner un límite claro a la actividad jurisdiccional. Así define a la función del juez como “la autoridad judicial que con el auxilio de sus colaboradores gobierna el proceso penal y decide en él...” (Conf. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, Tomo I, p. 269). Más adelante define a la función del juez como algo más amplio que juzgar en causas penales. Nos dice que: “Su función es la de actuar el derecho penal objetivo, y para ello deberán también gobernar el proceso durante todo su desarrollo ...” (ob. cit., p. 270).

19 Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 567.

20 Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 580.

21 Binder, Alberto, *El elogio de la audiencia oral*, ob. cit., p. 223.



Sin embargo la delimitación de la función judicial como netamente pasiva, esto es, la ausencia de intervención en el proceso cuando no existe una petición de parte, llevada al extremo, puede tener también enormes costos en lo que tiene que ver con la gestión adecuada del conflicto. Recordemos que el propio Código Procesal Penal Federal establece en su art. 22 que queda en cabeza del juez y del fiscal procurar la resolución del conflicto, entendiendo por tal a aquellas soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social²².

Esta norma resulta vital a los efectos de comprender cuál es la nueva función del juez en el proceso y cuáles son las finalidades del proceso penal, muy diferentes a las establecidas en los modelos inquisitivos. No se trata sólo de la determinación de la verdad en un proceso de conocimiento, sino previamente la búsqueda de una adecuada gestión del conflicto y su posible solución a través de métodos compositivos sin la necesidad de aplicar poder punitivo.

Lejos de los procesos inquisitivos, entonces, en el sistema penal adversarial se busca la gestión adecuada de los conflictos a través de salidas alternativas a la pena que satisfagan los intereses de las partes involucradas. Solo cuando estas salidas alternas no resultan operativas –ya sea por la gravedad del ilícito y los intereses sociales victimizados, la existencia de impedimentos legales (tales como el vencimiento del plazo estipulado para presentar el acuerdo, la existencia de acuerdos previos o de antecedentes), o por la falta de acuerdo entre las partes- corresponde ingresar en un juicio de conocimiento para determinar la verdad de la acusación y, en su caso, aplicar poder punitivo. De modo que la gestión adecuada del conflicto, en los sistemas adversariales, es una parte muy importante de la función jurisdiccional.

Desde una visión pasiva de la función jurisdiccional, convengamos que el juez no puede tener un horizonte de proyección claro para resolver el conflicto que subyace en cada caso penal. Los conflictos deben ser trabajados por las partes y son estas quienes deben presentar ante el juez cuál consideran la mejor solución del conflicto. Desde aquí, y con la mirada más fresca, el juez puede proponer a las partes otro tipo de respuesta y escuchar los argumentos de estas y, eventualmente, darles una mejor perspectiva de la posible solución del caso para que sea debatida en audiencia. Así, si partimos de la base que el sistema penal se ocupa de gestionar conflictos y el juez tiene un rol protagónico en ello, en encontrar la mejor respuesta de cada caso, debemos descartar la pasividad como la mejor forma de definir la nueva función jurisdiccional.

Desde la crítica a la función pasiva de los jueces, y como una suerte de movimiento pendular, observamos que hay quienes sostienen que el rol del juez debe ser eminentemente activo –y así lo ejercen-, no solo en el control de las garantías, sino también sobre el control de las decisiones que tienen que ver con archivos y desestimaciones de los fiscales. Así, y con clara crítica a la actuación del Ministerio Público Fiscal y la supuesta falta de controles sobre sus decisiones desincriminatorias, en vez de buscar controles internos y procurar su funcionamiento, asumen para sí una función tutelar

²² Concretamente, el art. 22 reza: “Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.”



sobre toda la actuación de las partes, sin advertir que ese tipo de función los asemeja y emparenta con el viejo modelo del juez de instrucción. Si algo que caracterizaba al juez inquisidor era la dirección y el control sobre cada acto realizado en el proceso. Desde esta concepción se observa en la práctica que, bajo el paraguas del control y respeto de las garantías procesales, esconden ciertas ansias de control y adoptan roles profundamente activos e intensos sin exigir una petición previa de parte, ni generar un contradictorio sobre el punto. En estos casos observamos que los jueces, lejos de intervenir como resorte de una petición de parte, y sin siquiera provocar un debate, de manera unidireccional y por fuera de la audiencia, se colocan por encima de las partes y asumen decisiones por fuera del litigio, como si el cargo y la función del juez fuese suficiente para sostener una suerte de conocimiento o moral superior. Lo relevante en esta visión no es el contradictorio entre las partes, sino el poder del juez sobre estas, deviniendo así en el viejo modelo de juez, propio de los sistemas inquisitivos. Como podrán apreciar, se trata de otro diseño –el inquisitivo– con un fuerte acento en el poder del juez como forma de construir el saber penal, el que pretende ser nuevamente encastrado en los nuevos sistemas adversariales, cuando estos parten desde una concepción diferente, basando el saber del proceso penal a través del juego contradictorio de las partes, con un juez imparcial y la publicidad sostenida en una audiencia oral y pública.

Más allá de las buenas intenciones en uno y otro caso, pareciera ser que el modelo uno (pasividad del juez) nos aleja de una adecuada gestión del conflicto y el rol que al juez le cabe respecto de este punto; mientras que en el modelo dos (rol activo del juez) nos empuja nuevamente al viejo diseño de juez inquisidor que se coloca por encima de las partes, afectando así claramente su imparcialidad, entendida como la prohibición de gestionar intereses de las partes. Resuenan en mí nuevamente las palabras de Jofré antes citadas en este texto. Hay que tener mucho cuidado con hipertrofiar la actividad jurisdiccional. Hay que ser muy cautos por el riesgo que ello implica sobre las principales garantías del sistema penal –imparcialidad y contradicción–, que son a su vez principios de verdad. Bajo el ropaje de un juez preocupado por el proceso permanecen ocultas viejas prácticas provenientes de los modelos inquisitivos.

Nuestra conclusión es que nos encontramos frente a un falso dilema, puesto que no pareciera ser que una definición del rol del juez tan tajante nos lleve a buen puerto. Debemos continuar construyendo un modelo teórico más claro saliendo de la trampa de creer que la función jurisdiccional se puede definir de manera tan rígida y abrupta sin analizar qué es lo esperable en cada audiencia. Debemos evitar caer en la tentación de facilitar el trabajo cayendo en un diseño casuístico sujeto a valores subjetivos respecto de cuándo nos parece sensato y razonable dejar que el juez intervenga y cuándo no. Este tipo de respuestas, lejos de brindarnos soluciones adecuadas, nos empuja a la postre a responsabilizar de todas las fallas al juez y al propio sistema adversarial, y provoca poca certeza y seguridad en el sistema judicial.

Al contrario, debemos admitir que nos encontramos frente a un problema que requiere de una definición teórica clara. Hace un tiempo, frente a problemas muy concretos que afectan el estado de derecho y la institucionalidad necesaria para que este florezca, Alberto Binder nos alertaba en



una nota titulada “La hora de los jueces”²³, validando la importancia de la función jurisdiccional en toda democracia. Pero qué significa realmente que sea la hora de los jueces. La hora de los jueces no puede implicar nunca volver a un diseño donde el juez esté por encima de las partes, que resuelva en el ostracismo de su despacho y, mucho menos, que lo haga por fuera del litigio de las partes. La función del juez, en un estado de derecho, en un sistema democrático siempre será como resorte de la intervención de las partes, propendiendo fijar el contradictorio. Como veremos luego, esto no significa que tenga un rol pasivo si no hay ninguna petición, sino que debe incentivar y provocar el debate entre las partes sobre el punto que es advertido por el juez, dentro de una sala de audiencias, que no es más que el hábitat natural de la judicatura en todo estado que se considere republicano. Hay muchas formas creativas para que el juez pueda forzar nuevos debates.

La hora de los jueces implica también poner la debida atención para fortalecer su independencia, desde el mismo diseño de las carreras judiciales y los ascensos en su estructura jerárquica, implica trabajar en el entramado de su organización, e implica también definir de manera clara su función, el alcance de su intervención y capacitar en ello. Empecemos con esa tarea, abandonando de momento definiciones tajantes al estilo el juez no debe intervenir nunca si no hay una petición concreta, ni que debe intervenir siempre por fuera de las peticiones de las partes.

3. BASES PARA LA TEORIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Un nuevo sistema procesal requiere de un nuevo corpus teórico. No podemos continuar manejándonos con el bloque teórico propio de los sistemas mixtos que, como dijimos, no logró diferenciar la función jurisdiccional que el sistema inquisitivo le había otorgado a los jueces. Sin embargo, esto no significa que debamos construir un nuevo bloque teórico desde cero, sino que debemos dialogar con los autores clásicos pero sabiendo que hay que reconfigurar saberes, y que esos nuevos saberes tienen por finalidad reconfigurar nuevas prácticas.

Para ello entiendo que debemos abandonar otro viejo concepto muy repetido en estos años, en el sentido de definir la función del juez según se trate de un juez de garantías o un juez de juicio. Es conocido el concepto en el cual se repite, casi como un mantra, que el juez del debate debe tener un rol pasivo para no entrometerse en la producción de la prueba, mientras que el juez de garantías tiene un rol más activo, toda vez que las audiencias que allí se realizan son puramente argumentativas y no probatorias y, de ese modo, cualquier intervención que realice no estará ingresando al terreno probatorio propio de las partes. Si bien esa idea, en líneas generales, no es del todo desacertado, lo cierto es que tampoco es una buena conceptualización por dos razones. La

²³ La nota puede ser observada en www.inecip.org



primera de ellas radica en que, conforme se encuentra regulado el procedimiento adversarial en la mayoría de los códigos de la región, tanto los jueces de garantías como los de juicio tienen sobre sus espaldas funciones muy diferentes, tales como llevar adelante audiencias compositivas donde lo que se busca es una salida consensuada y alternativa a la pena, pero también deben conducir audiencias contradictorias que se dan dentro de un marco de un proceso de conocimiento que tiene por finalidad la aplicación de poder punitivo (pena)²⁴. Esta circunstancia nos muestra que no es un buen recurso definir la función por etapa procesal, sino antes bien, poner el foco de atención en el tipo de proceso que se está desarrollando y en el objetivo buscado en aquel.

Y en segundo lugar, una definición de ese estilo nos lleva necesariamente a una visión secuencial del proceso que nos quita dinamismo, en el sentido de creer que debe analizarse una función por etapas procesales en vez de analizar qué está resolviéndose y qué función se espera en esa oportunidad de parte del juez.

Como decíamos entonces, la función jurisdiccional no puede estar definida por la etapa procesal en que se encuentre el caso, sino por lo que se espera de un juez en cada audiencia. Lo que debemos hacer es diferenciar la función del juez, no por etapas, sino por procesos y, desde allí, comprender cuál es la finalidad perseguida y cuál es la función jurisdiccional esperable para buscar la prosecución de ese objetivo. Como bien señala Binder: “El proceso penal no tiene una sola función sino dos, que configuran también dos formas de enfrentar los casos y cumplir con sus finalidades. Ellas son, por una parte, generar las condiciones de seguridad en la construcción de los hechos y en la aplicación del derecho, de modo tal que se evite el riesgo de condenar a un inocente; por otra parte, su segunda función consiste en la construcción de una solución o respuesta al caso, que no sea violenta o reduzca lo máximo posible la violencia del Estado. Esto como consecuencia de la aplicación de los principios de ultima ratio y le permite a la política criminal diversificar su modos de intervención para alcanzar la mayor eficacia. La primera finalidad se cumple con el juicio de conocimiento fundado en el sistema de garantías que fortalece la idea de verdad, y la segunda con el proceso compositivo...”²⁵

El problema que advertimos es que tantos años absortos por sistemas inquisitivos en los que la única respuesta buscada era la aplicación del poder punitivo han provocado una mirada displicente sobre los procesos compositivos. Lejos de teorizar sobre estos procesos y definir cuál debe ser la función jurisdiccional, se los ha observado como una suerte de “tercera vía” como la define Claus Roxin, o un formato cuya finalidad es descongestionar el sistema de justicia, todo esto muy lejos de la centralidad y relevancia que debe tener el proceso compositivo dentro del sistema penal, como forma de gestionar adecuadamente los conflictos.

²⁴ Si bien lo esperable es que una vez que un caso ingresa en la etapa de debate ya no haya acuerdos, esto es, que el caso llegue depurado, los códigos y las prácticas aún son muy laxos al momento de definir ello. Por eso, es bastante frecuente que en la etapa de debate los jueces lleven a cabo audiencias vinculadas a salidas alternativas al proceso, incluso a veces contra la norma que expresamente lo prohíbe.

²⁵ Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Tomo IV, Ad Hoc, 2018, p. 13.



Si queremos comprender la función del juez debemos partir por interpretar que su rol en el proceso no es idéntico cuando está desempeñándose en un caso que es empujado por las partes hacia un proceso compositivo, a través de una salida alternativa a la pena, de aquellos en los que, este tipo de soluciones no prosperan y el caso es derivado hacia un proceso de conocimiento para determinar la verdad o no de la acusación penal. En los primeros, lo que se busca es una respuesta reparatoria, en el sentido de reparar el daño irrogado a la o las víctimas, directas o indirectas. En estos casos la verdad no juega un rol preponderante puesto que, para este tipo de soluciones, no se exige normativamente la verdad de la acusación²⁶. Lo que debe verificar el juez es que exista participación amplia de todos los intereses victimizados y de los derechos tutelados de los imputados, en un campo de juego que permita a todos ellos desarrollarse y competir libremente, evitando situaciones que puedan provocar el sometimiento de una parte sobre otra. La función jurisdiccional está delimitada por la obtención de una respuesta alternativa de calidad.

En los segundos lo que se busca es la aplicación de poder punitivo, el que constituye de por sí una respuesta violenta compensatoria no reparatoria. Más allá de la reparación que la sentencia imponga (art. 23 del Código Penal), lo que se busca es la aplicación de una pena, y para ello el juez le exige al fiscal la verdad de los hechos sostenidos por la acusación. Aquí el rol del juez estará delimitado por el control de los principios y garantías fundamentales del proceso penal para sostener el juicio de verdad como legítimo. Como ya se advierte se trata de roles absolutamente diferentes en uno y otro proceso, los que requieren de un estudio desdoblado y particularizado. No podemos homogeneizar la función del juez sin hacer un distingo de si está trabajando en un proceso de conocimiento o en un proceso compositivo.

Sostener que en unos casos debemos estructurar un proceso que tienda a gestionar el conflicto a través de una salida alternativa a la prisión, mientras que en otros la estructura se centrará en las condiciones en que se incorpora la información al juicio para, eventualmente, arribar a la verdad de los hechos sostenidos por la acusación que autorizará la aplicación de una pena, nos marca que se trata de procesos y estructuras diferenciadas. Y en esos procesos diferenciados no solo varía el bloque de garantías aplicable a cada caso, la ubicación de la verdad y los límites para que proceda una y otra respuesta, sino también se modifica lo esperable respecto de la función de las partes y del poder jurisdiccional. Así como el proceso escrito tiene una lógica organizacional y una mecánica de trabajo diferenciada de los procesos orales, lo mismo ocurre cuando un caso es empujado a un sistema compositivo o a uno de conocimiento. Varían las respuestas, las estructuras procesales y varían las funciones que pesan sobre las partes y el juez.

Claro que esto no quiere decir que no haya puntos de contacto entre un proceso compositivo y uno de conocimiento y que, por ende, no haya ciertas simetrías en la función esperable del juez en cada proceso. Claro que las hay. El juez debe mantener la imparcialidad en su función –aunque en uno y otro caso tenga matices– como así también velar por la publicidad de las audiencias y la

²⁶ Es irrelevante si la acusación podrá o no ser probada en un juicio. Lo relevante en los acuerdos reparatorios y en la suspensión del proceso a prueba es el acuerdo de partes.



contradicción en ellas. Las condiciones de verificación centradas en estas tres garantías primarias mantienen vigencia en uno y otro proceso y el juez debe velar por fortalecerlas a través de su intervención. Por otro lado su función, en ambos procesos, debe estar regida por la antinomia fundamental guiada por los dos valores antagónicos que rigen el proceso penal, esto es, la existencia de una tutela judicial efectiva y la vigencia del sistema de garantías que opera como límite para poder tutelar ese interés que fue victimizado. La legitimidad de la decisión, en gran parte, depende del respeto de la antinomia fundamental del proceso penal. Y el respeto por la antinomia fundamental requiere necesariamente de una decisión oral que sea el resultado de un litigio de las partes, que se encuentren en pie de igualdad, en una sala de audiencia. Recordemos que no hay juez sin litigio²⁷, que quiere decir que el juez necesita que las partes ingresen sus intereses y peticiones en la sala de audiencias. Como bien señalan Garapón y Papadopoulos, el juez debe hacer trabajar a las partes, necesita de sus aportes para adoptar una decisión²⁸. Cualquier otro formato no es más que una decisión adoptada por fuera de los parámetros de un sistema acusatorio y, por ende, se acerca a un diseño inquisitorial. Aunque aún, hoy día, a los jueces les cueste internalizarlo.

Definir el rol del juez no es algo nuevo, aunque claro está su estudio se fue complejizando en virtud de la existencia de salidas alternativas que dieron paso a la existencia de dos procesos diferenciados. Hace ya unos años Binder definía al juez como el único sujeto procesal que no gestiona los intereses de las partes. Esa es pues su principal diferencial. A los efectos de mantener su imparcialidad no debe gestionar los intereses representados por la acusación o por la defensa. Puede parecerle más o menos justo el caso sostenido por una u otra parte, pero no debe involucrarse en la gestión de los intereses que, sencillamente, no representa. Le puede parecer más o menos sólido un caso, pero no irá en la búsqueda de ampliar la producción probatoria de una parte, le parecerá más o menos acertada la salida alternativa acordada pero no podrá imponer su criterio por encima de las partes.

El juez no puede resolver solo. Al contrario, siempre depende de las partes. Como nos decía Calamandrei, “el juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y reacciones. Por eso se lo caracteriza como contienda”²⁹. Sabemos desde esa lógica que en los procesos de conocimiento el juez le exige al acusador que acredite con valor de verdad cada uno de los hechos que conforman su acusación, dentro de una dialéctica contradictoria³⁰. Hasta aquí, al menos a simple vista, pareciera no haber complejidades mayores, pero qué sucede cuando

²⁷ Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc, 2022, Tomo 6, p. 15.

²⁸ Nos explica el autor francés que en el sistema anglosajón el juez no puede fundar sus conclusiones por fuera de los hechos producidos por las partes, contrario al sistema europeo continental donde el juez es un funcionario de la verdad y por ello se espera otro tipo de comportamiento (Conf. Garapón, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, Juzgar en Estados Unidos y en Francia, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2025, ps. 138 y 139). O como define Damaska, el juez depende de las partes para poder obtener información (Damaska, Mirjan, Las caras de la justicia y el poder del Estado, ob. cit., p. 235).

²⁹ Calamandrei, Piero, Proceso y democracia, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 102.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 613.



definimos el rol en los procesos compositivos. Aquí no hablamos de exigir la verdad de la acusación, puesto que, de manera correcta, esta no es una exigencia legal. No se trata de descubrir la verdad a través de procesos formales y exigentes, sino antes bien, de fomentar el diálogo entre las partes para que en la audiencia de composición del conflicto estén presentes todos los intereses victimizados y puedan interactuar de manera dinámica en un marco de igualdad.

4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL SISTEMA COMPOSITIVO

Si partimos de la base de que el sistema penal se ocupa de gestionar conflictos y el juez debe asumir un rol protagónico en encontrar cuál es la mejor solución, como decíamos, debemos descartar en los procesos compositivos un rol absolutamente pasivo. Sobre esta conclusión debemos hacer una advertencia, puesto que una mala interpretación sobre este punto podría provocar efectos devastadores en el sistema acusatorio, convirtiendo la función jurisdiccional en aquella vieja función del juez de instrucción que tenía poderes por sobre las partes. Sostener que debemos abandonar un rol puramente pasivo no quiere decir que los jueces deben asumir roles activos sin ningún tipo de limitación. En absoluto, debemos contener esa función activa solo para determinados planos. Es por ello que aquí hablaremos de proactividad en torno a determinados objetivos buscados en el proceso, pero siempre con el límite que imponen las partes en el litigio. Así, por ejemplo, un juez no podría disponer una decisión distinta a la negociada por las partes cuando estas mantienen su negativa a modificar algún punto propuesto por el juez. En esos casos podrá no homologar el acuerdo, por ejemplo, por falta de representación de un interés victimizado, por observar que existe una relación de sometimiento de una parte hacia otra, o por tratarse de una decisión meramente formal que en nada soluciona el conflicto. Lo que no puede hacer es ordenar por su propia decisión y sin la conformidad de todas las partes una salida alterna a la pena.

Pero aún bajo esta premisa debemos dar un basamento teórico sólido para definir cuál es el horizonte de proyección de la proactividad que debe tener el juez. Para ello fijaremos tres ideas conceptuales que nos darán el marco de contención de la actividad jurisdiccional en los procesos compositivos. La primera es que el juez debe comprender el conflicto. No hay manera de gestionar adecuadamente un conflicto si no se lo comprende. Comprender el conflicto va mucho más allá de conocer los términos de un acuerdo. Implica tener conocimiento de cuál o cuáles son los intereses victimizados, cuáles son las pretensiones de las partes y cuál es la solución que se propugna. Si las partes no son claras sobre este punto o si la solución propuesta es meramente formal sin ningún tipo de reparación, el juez debe intervenir e involucrarse en el litigio para comprender los pormenores del conflicto y su posible solución.



La segunda línea conceptual que delimita la actividad jurisdiccional se centra en comprender que el litigio no es otra cosa que un conflicto formalizado. Lo que queremos decir con esto es que el juez no puede citar a las partes por privado, resolver por fuera de la audiencia ni menos aún sin el acuerdo de estas. El litigio no es otra cosa que un conflicto formalizado, un conflicto que ha sido institucionalizado y que, como tal, tiene formas muy precisas de actuación. Detrás de esas formas hay principios que son salvaguardados y cuya estructura fue tallada a lo largo de varios siglos. Esas formas deben ser revisadas por el juez y si no se cumplen debe, eventualmente, rechazar el acuerdo al que arribaron las partes. Dentro de las formas exigidas en el litigio se encuentran el contradictorio –que requiere necesariamente de la representación de todos los intereses involucrados en el conflicto-, la imparcialidad del tribunal y la publicidad del proceso, que en un sistema oral se salvaguarda a través de la obligación del juez de resolver en audiencia a través del debate de las partes. El juez debe tener una función proactiva para tutelar esos principios.

La tercera regla que fija su proactividad está centrada en comprender que son las partes quienes deben gestionar sus intereses, siendo el juez un tercero imparcial que debe generar el escenario para que estas litiguen. De allí que si los litigantes cumplen adecuadamente su función, el juez tendrá siempre un rol más pasivo. La proactividad del juez no es algo esperable en sí, sino un complemento de la actividad de las partes. Cuando estas fijan el contradictorio de manera solvente, cuando presentan adecuadamente el conflicto, el juez queda nuevamente en ese rol más bien pasivo. La proactividad no es algo esperable a ciegas, es deseable en la medida que las partes hayan dejado puntos poco claros. Y de allí la dificultad para desplegar el rol del juez en los sistemas compositivos, sobre todo al inicio de estos nuevos procesos.

Sentado ese bloque conceptual que se deriva de la antinomia fundamental y de las condiciones de verificación, entendemos que hay seis planos donde el juez debe tener presente esa proactividad. Habrá audiencias donde se presente algún punto adicional, pero pareciera que estos son los seis puntos más relevantes para definir y limitar la proactividad del juez.

La primera regla que quiero fijar es que el juez debe tener un rol proactivo en la búsqueda de la mejor solución al conflicto. Con esto lo que queremos decir es que si está en discusión una reparación o una suspensión del proceso a prueba, el juez debe involucrarse en la decisión para verificar si el plazo estipulado, las condiciones fijadas y la reparación acordada constituyen la mejor respuesta que se puede dar al caso. El juez, en ese sentido, debe intervenir como un eslabón trascendente en la gestión de ese conflicto, como un tercero no involucrado en la tutela de esos intereses pero que puede tener una mirada más fresca, más limpia para ver si es la mejor decisión. Así, por ejemplo, si en un caso de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar se está acordando, entre otras reglas, determinada carga horaria para realizar tareas comunitarias y observamos que esa carga horaria puede ir en contra de la posibilidad del imputado de compartir tiempo con sus hijos menores víctimas, por tener acreditada una carga horaria laboral alta fuera de la ciudad, tal vez haya que preguntar a las partes si no resultaría conveniente en este caso fortalecer la reparación económica en lugar de esas tareas. Cuanto más se involucre el juez habrá más chances de que la decisión resulte de calidad. La proactividad está centrada aquí en advertir y someter al diálogo y



al debate las condiciones en las que se estaría gestionando la respuesta reparatoria del caso. Si un juez advierte que un acuerdo es meramente una salida burocrática que en nada resuelve el conflicto debe someter a debate otro tipo de condiciones del acuerdo y si ese acuerdo no prospera y se mantiene en una suerte de reparación formal, a través de ese rol proactivo, debe, entonces, rechazar el acuerdo. Ahora bien, hay muchos acuerdos a los que se arriba donde no hay debate posible puesto que resulta un acuerdo satisfactorio. En estos casos el juez solo se limitará a su homologación.

La segunda idea que un juez debe tener presente es que los conflictos se trabajan, se erosionan y es la sala de audiencias el escenario ideal para que todos los intereses confluyan y se pueda observar cuál es la mejor solución al caso. En ese sentido el juez tiene una suerte de función de “*case management*” en el sentido de que debe gestionar el conflicto, los plazos, los controles y la solución esperable y, todo esto, requiere de un rol proactivo. Un juez que no se involucre en eso y que mantenga una función pasiva está determinado a burocratizar las respuestas, convirtiendo a las salidas alternas, antes que en respuestas de calidad, en soluciones formales que lo único que logran es aumentar el descreimiento sobre el funcionamiento de la justicia. En ese sentido, la proactividad del juez está orientada a la respuesta y a los controles que habrá sobre la misma. Se trata de una proactividad al diálogo con las partes dentro de la sala de audiencias. A pesar de los más de treinta años de vigencia de los sistemas adversariales en la región, a las partes y a los jueces aún les cuesta comprender la importancia de la sala de audiencias como escenario formalizado para la gestión de los conflictos, y la relevancia de las soluciones dialógicas dentro de la sala.

La tercera idea que debemos tener presente es que el juez debe tener un rol proactivo para lograr el ingreso en la sala de audiencias de todos los intereses victimizados y que estos se encuentren suficientemente representados. Una gestión adecuada del conflicto implica introducir en la sala de audiencias no solo el interés principal victimizado sino todos los intereses victimizados que hay en juego.

Ahora bien, cómo reconocer un interés victimizado. Sobre este punto, Binder nos alerta que el derecho penal no crea el concepto de víctima. Uno puede ser víctima de un hecho aún sin el reconocimiento normativo de sus derechos. Lo que hace el derecho penal es conceptualizar y formalizar normativamente su participación y el reconocimiento de sus intereses³¹. Luego, nos refiere que limitar el concepto de víctima y, por ende, sus facultades procesales, solo y exclusivamente a quien sufre un daño directo es una fórmula restrictiva que puede entenderse en los procesos de conocimiento desde necesidades político criminales para la realización eficiente del poder punitivo. Sin embargo, no hay razones para limitar la intervención de todo interés victimizado cuando nos encontramos en un proceso composicional, máxime cuando el Código Civil y Comercial de la Nación, se establece en su art. 1739 la responsabilidad por perjuicio directo o indirecto³².

Como vemos no es tarea sencilla identificar los intereses victimizados y cómo hacerlos jugar en el litigio. Tengamos presente que en cada hecho hay una enorme cantidad de intereses victimiza-

³¹ Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, ob. Cit., p. 209

³² Ob. Cit., p. 231.



dos. En algunos delitos podemos observar intereses victimizados individuales, en otros colectivos, comunitarios, hasta incluso considerar víctima a toda la humanidad en los delitos que son catalogados de lesa humanidad. Así por ejemplo, en unas lesiones culposas originadas en la conducción de vehículos puede haber muchos intereses victimizados. Contamos con el interés de quien sufrió la lesión, pero también hay intereses colectivos afectados por la inseguridad vial. De modo tal que para obtener una respuesta satisfactoria se requiere la efectiva participación de todos los intereses victimizados en el litigio. Si no están representados todos ellos, el juez debe procurar su representación para poder arribar a una adecuada gestión del conflicto. Aquí debemos tener presente el rol relevante que tiene el Ministerio Público Fiscal en la tutela de los intereses victimizados que no tengan otra representación en el litigio. En un viejo trabajo Carnelutti consideraba que solo era parte del proceso quien tenía un interés victimizado. Y desde allí sostenía que para ser parte se requería haber sufrido una afectación a un interés. Primero se requiere el interés y luego el poder para intervenir. Por ello, desde un claro nexo con el sistema inquisitivo, consideraba que el Ministerio Público Fiscal no podía ser considerado parte en el proceso³³, puesto que no tenía un interés natural en el caso. Esta afirmación fue corregida por Chiovenda quien consideró que para ser parte se requería solo la potestad normativa para representar un interés victimizado³⁴. Ahora bien, debemos entender la crítica a Carnelutti, que teorizaba desde un modelo europeo continental donde el Ministerio Público Fiscal solo tutelaba el ejercicio de la acción para la aplicación de poder punitivo³⁵. Ahora bien, si pensamos en una fiscalía orientada en la protección de los intereses victimizados y no en el mero ejercicio de la acción, vemos que fácil es advertir no solo su rol de parte, sino también sus limitaciones funcionales, esto es, su acción está limitada a la representación de los intereses victimizados. Sin embargo, aún hoy a los fiscales les cuesta mucho esfuerzo comprender que deben tutelar todos los intereses victimizados y que, precisamente, es ese interés el límite de su acción. Como bien señalaba Von Ihering, el interés es la medida de la acción. El Ministerio Público Fiscal debe tutelar los intereses victimizados y es el juez quien debe interrogar e intervenir para verificar si están siendo suficientemente representados. Si esto no es allí, el juez no puede homologar un acuerdo que esté dejando intereses relevantes por fuera de la solución.

En cuarto lugar, el juez debe tener un rol proactivo en la efectiva comprensión y vigencia del sistema de garantías propio de los procesos compositivos. En este caso el bloque de garantías no está orientado, como en el proceso de conocimiento, a limitar el poder punitivo. Al contrario, está orientado a evitar el abuso o sometimiento de una parte sobre otra. Aquí, reitero, lo relevante no es arribar a la verdad de una hipótesis sostenida por la acusación. Lo relevante es brindar un

³³ Carnelutti, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 160.

³⁴ Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de derecho procesal civil, Valletta ediciones, 2022, p. 67.

³⁵ Parte de la prolífera escuela cordobesa de derecho procesal penal no logró salir de una mirada de un Ministerio Público Fiscal diría, más bien, estatista, en el sentido de que su horizonte de proyección estaba limitado a la aplicación del poder punitivo, dejando fuera de su alcance la tutela de los intereses victimizados. Así, Vélez Mariconde concibe al fiscal como un promotor de la acción penal que solo busca la aplicación de poder punitivo. Nos dice el autor lo siguiente: "el órgano requirente no asume en el proceso el papel de quien hace valer un interés propio, subjetivo o personal, siempre en conflicto con el de la otra parte; sólo se inspira en un criterio objetivo de justicia..." (Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, Tomo I, p. 251).



ámbito de juego justo para que las partes involucradas (la representación de los intereses victimizados –tutela judicial efectiva- y la defensa –bloque de garantías-) puedan posicionar sus propios intereses sin que exista una relación de abuso de una parte sobre otra. Esto no quiere decir que al proceso adversarial no le interese la verdad. Le interesa en la medida que esa verdad sea requerida para la imposición de una pena penal, solo que prioriza las soluciones de menor poder punitivo y consensuadas entre las partes como forma más racional de gestionar sus conflictos.

De allí que en los procesos compositivos el bloque de garantías esté centrado en evitar que en las negociaciones, ya sea, por ejemplo, por el poder económico del imputado y la situación de precariedad que pueda estar una víctima, ya sea porque se trate a la inversa de una situación de abuso del poder de la víctima por cuanto su negativa a acordar pudiera traer aparejado la aplicación de una pena penal efectiva, pueda ganar el más fuerte antes que la satisfacción de los intereses genuinos presentes en el conflicto. Es por ello que el juez debe tener un rol proactivo tendiente a evitar que se provoque una relación de sometimiento de una parte sobre otra, lo que es definido por Binder como la necesaria ponderación entre la tutela judicial efectiva de las víctimas y el principio de protección del imputado para evitar acuerdos extorsivos³⁶.

Esta circunstancia que, así dicha, parece sencilla de comprender no lo es en el curso del litigio. Debemos tener presente que en la sala de audiencias transcurren un sinnúmero de emociones que requieren de un espacio adecuado para ser canalizadas como forma de absorber el conflicto. A los jueces aún les cuesta mucho esfuerzo abrir el espacio para un diálogo abierto, para que las partes puedan expresarse por fuera de las formalidades del litigio. Como decíamos, es un espacio donde confluyen muchas emociones. Del lado de la víctima existen expectativas a que su derecho sea atendido –a pesar de la baja credibilidad que goza el sistema judicial, por alguna razón una gran parte del universo de víctimas de casos penales sigue concurriendo a la justicia a resolver sus conflictos y el sistema debe procurar darle una respuesta adecuada- y también mucho dolor y frustración por el daño sufrido. Del lado del imputado existe mucho temor al poder punitivo, a quedar atrapado en el sistema y sufrir penas en lugares que se alejan bastante de cómo debería cumplirse una pena en un estado de derecho. De modo que hay que canalizar toda la emocionalidad que transcurre en esa sala de audiencias, que es una parte relevante de la gestión del conflicto. La escucha atenta, muchas veces, es reparadora. Dentro de esa emocionalidad hay que entender las razones de un acuerdo, a veces manifestadas y a veces no. No se trata de creer que, si un acuerdo no incluye una reparación plena estamos en presencia de una relación de sometimiento de la víctima respecto de su victimario. Al contrario, es frecuente en materia de reparación civil, laboral o comercial, que las partes cuando arriban a un acuerdo tengan una quita en su pretensión, constituyendo ello una relación de tolerancia a los derechos de la contraparte. De modo tal que se trata de bucear si estamos en presencia o no de una relación de sometimiento. Para ello el juez deberá tener una escucha atenta y verificar que exista un consentimiento libre de todas las partes involucradas en el litigio.

³⁶ Conf. Binder, Alberto, Derecho procesal penal, Ed. Ad-Hoc, 2018, Tomo IV, p. 339.



En quinto lugar, el juez debe tener un rol proactivo para lograr que su decisión sea comprendida por las partes y suficientemente comunicada. Adoptar una decisión en una audiencia oral no se limita a dictar una parte dispositiva, ni mucho menos a, luego de un prologado cuarto intermedio, leer una resolución que fue elaborada por algún personal sub alterno. Tomar una decisión en audiencia requiere de un rol proactivo consistente en hacerse comprender, en asumir un lenguaje sencillo no técnico para que la decisión que se adopta sea comprendida por todas las partes³⁷. Esto no quiere decir que deba quedar ausente de argumentaciones. En absoluto, se trata de un paso más en la construcción argumentativa y republicana de las decisiones judiciales. Discrepamos con toda corriente que cree que las decisiones de los jueces son dirigidas a los abogados, y son estos quienes tienen el deber de comunicárselas a sus asistidos. Al contrario, desde una visión republicana de la justicia, es la sala de audiencias donde el juez resuelve los casos frente a las partes y debe procurar una adecuada comunicación.

Detrás de esa forma de resolver, que requiere de un esfuerzo activo del juez, no solo se encuentra el valor de la oralidad y de la inmediatez del juez con las partes, sino también de la efectividad, esto es que la decisión no termine de ser incumplida por falta de comprensión. El juez debe tener un rol proactivo en torno a verificar que la decisión adoptada haya sido entendida.

Por último, en sexto lugar, el juez debe tener un rol proactivo en que el acuerdo que las partes pretenden que se homologue esté ajustado a derecho. Las salidas alternativas presentan límites para su aplicación, y el juez debe verificar que el acuerdo arribado esté dentro del marco legal aplicable al caso. Carlos Nino nos advertía de la importancia del rol de los jueces en las democracias, para evitar la anomia y que se cumpla efectivamente la ley en forma igualitaria³⁸. Solo de ese modo, se evita la arbitrariedad, la desigualdad en la vigencia de la ley y los abusos. De allí que Ferrajoli defina a la jurisdicción como una función de garantía que solo tiene sujeción estricta a la ley³⁹. Y es ese escenario legal sobre el cual el juez puede fallar. No se trata que a un juez le parezca justo o injusta una salida alterna, sino que le corresponde determinar los límites de la vigencia de cada salida anticipada. De modo tal que también pesa sobre el juez un rol proactivo en torno a la legalidad del acuerdo al que le han traído para su homologación. Si advierte que el acuerdo podría estar por fuera del marco normativo, entonces debe tener un rol proactivo para abrir el debate sobre ese punto.

Como vemos, estos son los puntos centrales de la proactividad jurisdiccional en pos de una mejor solución del conflicto.

³⁷ En el mismo sentido, González Postigo, Leonel, Jueces y Jueces de garantías en la litigación penal, Didot, 2021, p. 102; y Lorenzo, Leticia, Manual para el ejercicio de la judicatura en un sistema acusatorio adversarial, Ed del Sur, 2025, p. 425.

³⁸ Nino, Carlos, Un país al margen de la ley. Ed. Ariel, 2005, p. 203. Allí el autor define a los jueces como referees que custodian el cumplimiento de las reglas de juego por parte de los actores sociales.

³⁹ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 579. En igual sentido, Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, ob. cit., p. 448.

5. LOS RIESGOS DE UNA INADECUADA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LOS PROCESOS COMPOSICIONALES

En un sistema adversarial, lejos de algunas críticas que se han intentado al definir la función jurisdiccional como secundaria o de ser un mero fedatario, el rol del juez es vital no solo en un proceso de conocimiento sino también en la determinación de una efectiva gestión del conflicto. Una función judicial que se aparte de ese rol proactivo que acabamos de delinear para los procesos compositivos corre tres grandes riesgos.

El primero radica en el riesgo de burocratización de las salidas alternas al conflicto. Si el juez mantiene un rol netamente pasivo, frente a un acuerdo que las partes traigan que no satisfaga todos los intereses involucrados, procederá a homologar un acuerdo inidóneo para resolver el conflicto. Lejos de ello, el juez debe tener una escucha atenta para advertir de qué se trata el conflicto, cuáles son sus contornos y si la respuesta arribada es realmente una adecuada gestión del conflicto. Debemos tener presente que no todo acuerdo implica una adecuada gestión del conflicto. Para ello es preciso comprender el conflicto, los intereses de las partes y cómo la respuesta ofrecida gestiona todos los intereses involucrados. Un juez que se limite a homologar todo lo que le ponen sobre su despacho es un juez que está destinado a burocratizar y deslegitimar su función. Por ello el juez siempre debe abrirse al diálogo con las partes para poder comprender el conflicto, preguntar a las partes las razones por las que han adoptado determinada decisión y, eventualmente, sugerir otro tipo de respuesta o condiciones dentro del acuerdo. Aunque parezca insólito aún hoy se observa en la justicia nacional acuerdos puramente formales donde se ofrecen reparaciones absolutamente irrisorias y se fijan condiciones que nada tienen que ver con la gestión adecuada de un conflicto. Jugar de manera irresponsable con los conflictos ajenos implica erosionar el sistema de justicia e invitar a que los conflictos se resuelvan por carriles informales donde siempre impera la ley del más fuerte. Hay que tener mucho cuidado con deslegitimar el sistema judicial en un estado de derecho. Las consecuencias son muy dañinas para las democracias.

Debemos tener presente que someter a debate una posible respuesta superadora de la presentada por las partes no afecta la imparcialidad del juzgador. La imparcialidad implica que no debemos gestionar los intereses de las partes, pero ello no significa que el juez deba convertirse en un tramitador o signatario de cualquier acuerdo. La falta de idoneidad del acuerdo siempre será un límite para su homologación. Una mirada jurisdiccional que no comprenda los contornos del conflicto está destinada, lo advierta o no, a repetir los viejos postulados de los sistemas inquisitoriales que solo depositaban su atención a la aplicación del poder punitivo. Una respuesta inidónea, lejos de reparar el conflicto, lo repotencia, lo resignifica e invita a las partes a la aplicación de más violencia como forma de resolverlo.



El segundo gran riesgo consiste en no permitir el ingreso de todos los intereses victimizados. Como sostuvimos, en un conflicto hay muchos intereses victimizados. Así, por citar otro ejemplo, en un caso de género no solo contamos que con el interés de la víctima directa de la agresión, sino que también hay un interés del colectivo feminista vinculado a que esos hechos que afectan al género mujer no se vuelvan a reiterar, punto que incluso puede haber responsabilidad internacional de parte del Estado. Está claro que una respuesta débil o insatisfactoria, lejos de empoderar a la víctima directa, la debilita y le envía un mensaje al agresor de que su conducta no tiene costos. Si bien en un proceso de conocimiento solo ingresa el interés directo afectado, en un proceso compositivo el juez debe tender a que ingresen todos los intereses que se han visto afectados con esa conducta. El juez, para no caer en decisiones burocráticas, debe tener amplitud conceptual para permitir que esos intereses sean representados en audiencia, ya sea por el Ministerio Público Fiscal o por la institución que pueda alzar la voz en resguardo de esos derechos victimizados. Sin representación, sin debate y sin contradicción no hay un acuerdo genuino.

Por último, el tercer gran riesgo del juez radica en perder la imparcialidad, esto es, adoptar un rol tan activo que se posicione por sobre las partes y adopte las decisiones negociadas sin el acuerdo de estas. Debemos recordar que lo que caracterizó la función del juez inquisidor -que en gran medida fue recibido por los sistemas mixtos-, es la supremacía que tenía sobre las partes, y que precisamente es esa supremacía la que debilita su decisión por cuanto la misma no puede ser confrontada.

La fortaleza de la decisión del juez no radica en su mayor conocimiento -que podrá o no tenerlo-, ni en una supuesta posición dominante en el proceso o en un valor moral superior. La fortaleza del juez radica en la existencia de un contradictorio, el que le permite observar dos posturas antagónicas y adoptar la respuesta adecuada al caso, siempre velando por la existencia de una tutela judicial efectiva que no erosione el bloque de garantías. En este punto, el juez debe siempre mantener la imparcialidad. No se trata de que la decisión adoptada sea la mejor solución, sino de verificar que los intereses afectados en el conflicto estén suficientemente representados. Al final de cuentas, el juez nunca podrá saber a ciencia cierta cuáles son los diferentes intereses que están en juego y el motivo por el cual acuerdan tal o cual cosa.

Es por ello que frente al rechazo de la propuesta que el juez realiza a las partes como forma de mejora, solo si advierte que está en presencia de un acuerdo puramente formal que no gestiona el conflicto, o si se percata de que algún interés victimizado no está suficientemente representado, podrá rechazar el acuerdo negociado, básicamente por cuanto no está siendo gestionado adecuadamente el conflicto. Lo que el juez no puede es imponer una decisión diferente, básicamente porque el juez no es parte, no gestiona intereses particulares y la construcción de un acuerdo siempre debe ser dialogado.

6. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

En los procesos adversariales, como dijimos al inicio de este trabajo, se ha definido a la función del juez de juicio de una manera pasiva, fijando de ese modo la atención a la característica de que el juez no puede vincularse con la actividad probatoria propiamente dicha, esto es no puede producir prueba que no ha sido ofrecida por las partes ni admitida en la audiencia preparatoria de juicio, no puede formular preguntas a los testigos o peritos, ni tampoco incorporar prueba tangible que no ha sido incorporada por las partes en el debate. La imparcialidad que debe mantener el juez y la relevancia de la contradicción como herramienta para la búsqueda de la verdad le impiden tener un rol protagónico con la actividad probatoria.

Este rol pasivo en lo concerniente a la producción de la prueba fue traspasado a toda su función, cayendo en el error de creer que el juez en los procesos de conocimiento debía tener siempre una actuación pasiva, como así también no debía tener ningún tipo de preparación previa al juicio, lo cual es absolutamente equivocado y tiene costos muy altos en el contradictorio y en la conducción del proceso y la posterior toma de decisiones. Debemos volver a definir su función de una manera diferente, dejando atrás esa manera de conceptualizar su rol.

No es cierto que el juez no deba gestionar ningún interés. Claro está, no procura el interés de las partes, esto es, las pretensiones de estas, pero tiene a su cargo la gestión de varios intereses que están vinculados con el respeto de la antinomia fundamental y de la tutela de las condiciones de verificación sobre el hecho sostenido por la acusación, esto es, los principios fundamentales del proceso que fortalecen la imparcialidad del tribunal, la contradicción y la publicidad. Frente a la falta de alguna de estas condiciones deberá tener un rol proactivo en la audiencia.

En primer lugar debemos definir la función del juez en los procesos de conocimiento mientras transcurren las audiencias previas al debate, puesto que en esas instancias requiere de una mayor proactividad a los efectos de que el caso llegue, por decirlo de alguna manera, “limpio” y depurado al juicio, esto es, sin planteos previos o diferidos y con la mayor contradicción posible exclusivamente sobre los hechos en controversia.

Así, uno de sus principales preocupaciones debe estar centrada en provocar un debido contradictorio entre las partes. Las audiencias previas al debate son argumentativas, en el sentido que las partes por lo general no producen allí prueba alguna, sino que argumentan sobre la calidad de la información reunida en sus respectivos legajos, mientras que el juez debe adoptar una decisión en torno a ello. A tal fin, para que la decisión tenga la calidad suficiente, se hace preciso que en el litigio se haya debatido sobre los puntos en controversia. Sin litigio de calidad y sin controversia sobre la información, no puede haber una decisión de calidad. De modo tal que el juez, frente al silencio de las partes, debe tener una proactividad marcada en torno a que las partes controviertan o no los puntos relevantes de la contraria. Se trata de una conducción activa de la audiencia en pos



de fortalecer el contradictorio⁴⁰. Fijar los puntos en controversia es vital para un litigio de calidad y marca una diferencia al momento de argumentar una decisión. Solo los puntos controvertidos requieren de una fuerte argumentación y de refutar los puntos invocados por la parte perdedora. Esta preocupación no afecta en lo más mínimo la imparcialidad del tribunal, puesto que el juez no toma partido por ninguna parte, ni produce prueba ni, menos aún, invita a las partes a ampliar investigación o producir nuevas pruebas. Su trabajo se limita a preguntar a la parte contraria si determinado aspecto lo va a controvertir, o si acepta el punto planteado por la contraria. También tiene a su cargo controlar la corrección de la información suministrada cuando ello no es claro. Recordemos que son audiencias puramente argumentativas donde la prueba, usualmente, no se produce en audiencia, y por lo tanto, el juez debe verificar la calidad de la información introducida, con o sin planteo de la parte contraria. Sobre este punto, debemos tener presente las ideas de Cernelutti, quien fijaba la función jurisdiccional en lo debatido por las partes. Así, nos decía: “La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal”⁴¹. Por ende, si esa base no es clara, el juez debe tratar de fijar cuál o cuáles son los puntos debatidos en la audiencia. Mantener un rol pasivo invisibiliza el punto en litigio que es precisamente el centro de la actividad jurisdiccional. Esto no quiere decir que deba intervenir en favor de una parte. Si ello ocurre, la imparcialidad, pieza fundamental de nuestro sistema penal, se debilita⁴². Centrar el debate e interrogar sobre qué puntos son controvertidos no implica asumir funciones de parte. Se trata solo de centrar la litis en los puntos en controversia. Y eso sí es esperable que ocurra, cuando las partes no son claras en el litigio.

Con esto no queremos decir que el juez deba acaparar la audiencia e intervenir por encima de las partes. Frente a un litigio de calidad donde las partes son expertas, seguramente el juez no deba fijar ningún punto y su rol pasará más desapercibido. Sin embargo, si ello no sucede, es su deber ingresar para fijar el punto en controversia.

En segundo lugar, durante las audiencias previas al juicio, más precisamente en la audiencia preparatoria de juicio, el juez debe velar por la imparcialidad del tribunal, que, en definitiva, juzgará el caso, en el sentido de evitar el ingreso de información que por su baja calidad, puede provocar un prejuicio en aquel. Es su deber evitar que ingrese información confusa o de baja calidad que

⁴⁰ Lorenzo nos habla de la conducción activa del siguiente modo: “Conducir no es simplemente moderar ni limitarse a ordenar turnos de palabra: es intervenir activamente para garantizar que el debate se desarrolle bajo condiciones de contradicción, legalidad y equilibrio, sin apropiarse del conflicto que corresponde resolver al as partes” (Lorenzo, Leticia, Manual para el ejercicio de la judicatura..., ob. cit., p. 62). En igual sentido, González Postigo, Leonel, Jueces y juezas de garantías en la litigación penal, Ed. Didot, 2021, p. 99.

⁴¹ Cernelutti, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal, Ed. Ejea, Tomo 1, p. 28

⁴² En ese sentido, Damaska, Mirjan, Las caras de la justicia y el poder del Estado, ob. cit., p. 186.



pueda generar prejuicio, aún frente al silencio de la contraria⁴³. También en esta audiencia debe velar porque el juicio posterior sea contradictorio evitando el ingreso de prueba repetitiva o que no esté centrada en los puntos en controversia.

Como vemos estas son dos funciones esenciales que debe mantener un juez en la instancia previa al debate. Resulta claro que, durante el juicio, el juez no puede exigir que las partes le fijen cuál es el punto en controversia; será tarea del tribunal de juicio analizar al momento de presentarse las exposiciones iniciales, cuál es el centro del litigio, el punto en controversia. Tampoco tiene necesidad de expresarse sobre la prueba, puesto que ella ha sido admitida en una instancia anterior. Pero esto no quiere decir que no pesen sobre el tribunal de juicio ciertas responsabilidades que le exijan un rol proactivo en orden a preservar ciertos valores en el litigio.

Así, en primer lugar, debe verificar que las partes se encuentren suficientemente representadas. El juez no juzga en soledad sino que lo hace dentro de un marco donde requiere la actividad dialógica de las partes. No en vano Calamandrei entendía que el proceso debía tener carácter dialéctico, ya que el juez nunca está solo en el proceso⁴⁴. Así, si advierte que no hay una defensa efectiva deberá llamar la atención de la defensa y, llegado el caso, abrir el debate en torno a ello y, eventualmente, apartar al defensor nulificando el juicio realizado. Para ello, como es sabido, no se requiere petición de parte, sino tan solo fijar el punto y debatirlo con las partes.

En segundo lugar, tiene que tener un rol proactivo por el respecto al bloque de garantías. Así, si observa que alguna garantía fue vulnerada, aún frente al silencio de la parte afectada, el juez debe abrir el debate en torno a dicho punto. Nuevamente, no se trata de ubicar al juez desde un sitio preferente o de mayor conocimiento, sino de abrir el debate sobre un punto advertido por el juez como controvertido.

En tercer lugar, el juez también debe ser proactivo con la publicidad del sistema. No solo debe resolver en forma oral frente a las partes, sino que debe velar por utilizar la forma que sea más beneficiosa para la publicidad de la audiencia. Esta tarea que si bien suele estar a cargo de una oficina judicial, no debe pasarse por alto puesto que hay muchos temas atinentes a fortalecer la publicidad que pueden quedar a cargo del juez. Así, por citar algunos ejemplos, comenzar toda audiencia con la lectura de la imputación –en este supuesto, me refiero a las audiencias previas al debate–, permitir el ingreso de público en las salas de audiencias, proceder a la lectura de todo documento ingresado, entre otras, son todas actividades procesales que fortalecen la publicidad

⁴³ Damaska nos explica que el control de la información que ingresará al juicio para evitar que un tribunal se vea contaminado o sea pasible de un prejuicio no es propio de los juicios por jurados, existiendo los mismos riesgos frente a tribunales profesionales. Al respecto, ver Damaska, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 47.

⁴⁴ Afirma Calamandrei que “el proceso no es un monólogo, sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y contra estímulos, de ataques y contra ataques. Por ese motivo ha sido comparado con una esgrima o contienda deportiva, pero se trata de una esgrima de persuasiones y de una contienda de razonamientos” (Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, ob. cit., p. 103).



del debate. En tiempos donde la virtualidad ha provocado afectaciones muy nocivas sobre la publicidad del juicio, es bueno reforzar este principio que es garante de los valores republicanos de un estado de derecho.

En cuarto lugar, el juez también tiene que tener un rol proactivo vinculado a la validez de determinados principios que fortalecen la contradictoriedad del debate. Así, debe tener un rol proactivo por la celeridad de las audiencias, evitando actuaciones excesivamente formales de las partes, el respeto por los tiempos, por la inmediatez de la presentación de las evidencias, el trato debido a los testigos que declaren en la sala del tribunal, etc. Cuando ello no ocurre, el juez debe ingresar activamente⁴⁵. No se trata de interrumpir la labor de las partes, ni de fijar tiempos rígidos, sino de advertir al abogado que determinado punto ya fue explicado, o que determinado plano del interrogatorio que está llevando a cabo ya fue tratado, sugiriendo que abandone ese punto para no quitar centralidad al debate. El poder jurisdiccional debe ejercerse con mesura, con diálogo, pero también con firmeza.

En quinto lugar, el juez debe tener un estricto control de las reglas del litigio. Como dijimos en este texto, el litigio es la presentación de un conflicto formalizado. Y el cumplimiento de las reglas formales lleva ínsito la defensa de un valor considerado relevante para el proceso. Aún frente a un acuerdo de partes, el juez debe verificar si lo acordado se adecua a la ley y si se trata de un acuerdo que no esté por fuera de las reglas penales y procesales. Claro que esto no implica que deba ingresar siempre. Así, por ejemplo, en los casos en que una parte en juicio realiza una pregunta por fuera de las reglas del litigio, y no hay objeción de parte, el juez no debe intervenir por cuanto se trata de una suerte de acuerdo tácito donde al no haber una objeción, la parte contraria le está haciendo saber al juez que es información no controvertida⁴⁶. En esos casos frente a una inadecuada defensa de los intereses, un juez puede citar a su estrado a las partes para hacer saber lo que está observado. Como vemos cada una de estas proactividades tiene límites y es la práctica la que determina su alcance, pero esto no quiere decir que no existan principios sólidos del proceso que el juez debe defender. Por el contrario, frente a una decisión final acordada, el juez sí debe verificar que la misma esté ajustada a derecho. Así, por citar algunos ejemplos, el juez no puede homologar una condena acordada si no se ha incluido un decomiso obligatorio, si no se ha incluido la declaración de reincidencia cuando ello era exigible, cuando determina un arresto domiciliario por fuera de los presupuestos legalmente estipulados y sin ningún tipo de justificación más que la mención de que fue acordado por las partes, entre otros supuestos.

Por último, y al igual que lo que mencionamos al analizar los procesos compositivos, el juez debe dar su decisión oral y fundada en un lenguaje llano, haciéndose entender por las partes

⁴⁵ Lorenzo nos advierte que no toda interrupción es indebida, considerando que interrumpir la labor de un litigante cuando el acto no se está desarrollando conforme a las reglas del proceso es un deber del juez. Aunque también nos advierte que interrumpir en exceso compromete la imparcialidad del tribunal y puede desorganizar la litis. Como vemos, no es una función sencilla de desplegar. Al respecto, ver Lorenzo, Leticia, Manual para el ejercicio de la judicatura... ob. cit., ps. 176 y 177.

⁴⁶ Rua, Gonzalo, Manual de litigación penal, Ed. Didot, 2024, p. 663.

involucradas. Al final de cuentas, esa decisión oral es la fundamentación que las partes se llevarán del reconocimiento o no de sus derechos.

7. LA DEBIDA PREPARACIÓN DEL CASO ANTES DE LA AUDIENCIA DE JUICIO

No es suficiente con que el juez tenga claridad sobre donde debe poner énfasis en su actividad. También se requiere una previa preparación del caso antes del comienzo de la audiencia de juicio. Bajo el manto de pasividad que el juez debía mantener en la actividad probatoria, se cayó en el error de considerar que el juez del debate no tiene que tener ningún tipo de preparación previa, cuando ello no es cierto. Al contrario, la falta de planificación de la audiencia de juicio resulta ser un acto absolutamente irresponsable.

Como ya hemos sostenido en otras obras, el juez debe tener una preparación jurídica, fáctica y probatoria sobre el caso que presidirá. La preparación jurídica consiste en verificar cuál es el hecho sostenido por la acusación y cuál es la subsunción legal atribuida al o a los autores del suceso. El encuadre legal de la conducta sostenida en la acusación debe ser el primer insumo de preparación del caso del juez. Nótese que no estamos hablado de contar con las actuaciones preliminares de la investigación del fiscal –algo absolutamente prohibido en los sistemas adversariales por su severa afectación a la imparcialidad del tribunal-, sino tan solo el auto de apertura a juicio como herramienta de trabajo –donde consta la acusación fiscal-, que es el único documento que recibe el tribunal de juicio. Este auto, que está infra valorado, suele ser muy efectivo para estudiar el encuadre legal del caso y anticipar posibles planteos de la defensa, sobre todo si se trata de un caso que está apoyado en un tipo penal no tan usual. Recordemos que cuando concluya el juicio, el juez deberá resolver el caso y todo estudio anticipado sobre el tipo penal escogido por la acusación facilitará la comprensión de la prueba y su análisis jurídico, dejando al juez con la mente más despejada para observar la producción probatoria.

En segundo lugar, debe realizar una preparación fáctica del caso, esto es identificar cuál o cuáles son los hechos controvertidos. Este trabajo tiene dos etapas: una primera, meramente intuitiva y, la restante, es una fase analítica. La primera transcurre antes del debate. El juez, con la lectura de la pieza jurídica del auto de apertura a juicio puede intuir cuál o cuáles pueden ser las estrategias posibles que la defensa podría desplegar en el debate. Desde esa óptica empieza a pensar el caso y a atender cuál o cuáles son las hipótesis plausibles que pueden ser planteadas, que deberán ser desechadas, más allá de toda duda razonable, para el dictado de la condena. Este trabajo intuitivo puede tener coincidencia o no con lo que luego transcurra en el debate, pero aun así, evita que el juez pueda ser sorprendido al momento del debate con hipótesis fácticas en controversia con la acusación. La pregunta que debe hacerse el juez al estudiar la acusación es la siguiente: cuál o



cuáles pueden ser los hechos que la defensa niegue, qué historia alternativa podría llegar a plantear. Este tipo de análisis previo permite al juez estar atento a las hipótesis que pueden surgir en el litigio y que deben ser desechadas para arribar a una condena.

Debemos tener presente que en un juicio oral, bajo la modalidad de jueces profesionales y sin la participación de jurados, pesa sobre el juez una enorme cantidad de funciones que en el modelo teórico del juicio estaban desdobladas entre el jurado y el juez profesional. Así, mientras que sobre el jurado recaían las funciones de determinar los hechos, al juez profesional le quedaba a su cargo la determinación del derecho -previo al debate- y la dirección del juicio. Por el contrario, cuando el juicio no es realizado por jurados, pesan sobre el tribunal una innumerable cantidad de funciones, entre las que podemos mencionar, entre otras, las siguientes: a. la conducción de la audiencia; b. resolver toda incidencia que se presente; c. el respeto por el tiempo y la celeridad del juicio; d. el respeto por el trato a los testigos en la sala de audiencias; e. el manejo de las objeciones; f. la definición de cuál es el derecho aplicable; g. determinar los hechos en controversia; h. la toma de notas relevantes; i. la decisión del caso; y j. la argumentación oral para sostener esa decisión. Como vemos son muchas las responsabilidades que pesan sobre el juez, de modo que no podemos continuar con modelos teóricos que sostengan que la función del juez es pasiva y que no requiere preparación previa. Por ello, el anticipo de posibles hipótesis defensivas es un buen recurso para anticipar el trabajo y poder llegar a la audiencia de manera más liviana.

Dijimos también que hay un momento analítico donde se definen los hechos en controversia. Y ese momento no es otro que el de los alegatos de apertura, esto es, las exposiciones iniciales que fijarán los relatos de las partes y, dentro de ellos, cuáles son los hechos en controversia. El estudio sobre los hechos permite al juez determinar cuál o cuáles son los puntos en controversia. Se trata de una etapa del juicio muy trascendente, aunque aún muchos abogados y jueces no se hayan percatado de ello, por cuanto ese insumo será vital para el juez desde dos planos. En primer lugar, desde el plano argumentativo. Aquellos hechos que fueron reconocidos por la defensa en su presentación inicial no requerirán de mayor argumentación al momento de elaborar su decisión. La construcción de la sentencia no tiene el mismo rigor argumentativo sobre todos los hechos. Mientras que los hechos públicos y notorios no requieren de prueba, los hechos reconocidos por la parte requieren una argumentación menor que los hechos que están en el centro del litigio. La falta de comprensión de este tópico ha generado a lo largo de nuestro país, juicios prolongados, farragosos, que no se entiende para dónde van y que pierden contradictoriedad por la falta de especificidad sobre qué queremos debatir.

Sobre este punto debemos remarcar que no estamos hablando de acuerdos probatorios sobre determinados hechos –que implicaría la falta de necesidad de prueba sobre ese punto-, sino que estamos haciendo referencia a aquellas presentaciones iniciales donde la historia que la defensa presenta da por ciertos determinados hechos. Así, por dar un ejemplo sencillo, si la defensa reconoce que su asistido mató a la víctima en legítima defensa, va de suyo que está reconociendo la conducta homicida, sólo que considera que estaba justificada por el ordenamiento legal.



Pero las exposiciones iniciales no solo tienen peso en materia argumentativa, también tienen una enorme influencia en el manejo de las objeciones en juicio y en la tarea de anotación del juez durante la sustanciación del debate. Con respecto a lo primero, como ya sabemos, una objeción solo es procedente cuando la forma de interrogar constituye un incumplimiento de una forma procesal (preguntas capciosas, sugestivas, por fuera del área de experticia, etc.) y ello genera un agravio concreto a la parte contraria. Y la única manera de que genere agravio es que esté centrada en un hecho en controversia. Si la pregunta está dirigida a un hecho notorio, a un hecho acordado por las partes –acuerdo probatorio- o a un hecho que no está en controversia por haber sido incluido por las partes en sus exposiciones iniciales, entonces la objeción no es procedente, puesto que ningún agravio genera. Este es un insumo vital para el juez que preside el debate, ya que le facilita mucho su tarea de conducción. Debemos tener presente que hay cerca de treinta causales de objeciones y que tener claridad sobre los hechos en controversia permitirá al juez estar más atento sobre lo que ocurre en el debate.

Por otro lado, conocer los hechos en controversia también facilita la toma de notas del juez durante la sustanciación de la audiencia. He visto a lo largo de mi carrera cómo algunos jueces se la pasan anotando todo lo que pasa en el debate y, de ese modo, pierden su atención en lo que ocurre en el juicio quedando muy débiles al momento de resolver una objeción puesto que pierden claridad y atención sobre la pregunta realizada. También he observado jueces que no toman nota de nada, lo que dificulta luego el proceso de valoración probatoria ya que no es confiable tener que recurrir solo a la memoria. Al contrario, los jueces que tienen claridad sobre cuál o cuáles son los puntos en controversia solo realizan anotaciones estratégicas vinculadas al punto donde deberán realizar un sólido proceso argumentativo.

Por último, debemos tener presente que el juez también debe tener una preparación basado en la prueba. Aquí, nuevamente, no se trata de que el juez pueda tener acceso al legajo de las partes, algo absolutamente prohibido porque atenta contra la imparcialidad. Sin embargo eso no quiere decir que el juez no deba tener estudio sobre el auto de apertura a juicio. Ese documento es muy útil para familiarizarse con la prueba que ha sido admitida. Quiénes son los preventores, los testigos de actuación, los testigos de los hechos, los peritos, qué prueba tangible fue admitida y cómo ingresará, de qué declarará cada testigo es un elemento central para la conducción de la audiencia y para la comprensión del litigio. El estudio de ese documento permite resolver objeciones que puedan existir en el juicio sobre qué pruebas y cómo fueron admitidas (por simple lectura, a través de testigos, etc.). Pero también es muy útil, como dijimos, para la comprensión del litigio. Conocer los nombres de los testigos y cuál fue su actuación en el caso es de suma utilidad para familiarizarnos, previo al debate, con los intervinientes en el caso y facilita la escucha de los diversos relatos que surgen de la prueba.

Como vemos, el juicio también requiere de una actividad proactiva del juez, no solo en la defensa de los principales principios del proceso penal, sino también en lo que hace a la preparación previa del juicio.

8. PALABRAS FINALES

Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la implementación del sistema adversarial en Argentina ha dejado nuevos desafíos, entre ellos, definir cuál es el rol esperable de los jueces durante el sistema. Hemos observado que esa vieja definición de la actividad del juez, entre roles puramente pasivos que solo deben intervenir ante la petición de partes, debiendo guardar silencio si no había un pedido expreso de parte, o bien puramente activos, donde debían intervenir siempre, lejos está de ser una buena conceptualización. Hemos observado el daño que un rol pasivo provoca sobre determinados principios fundamentales del proceso penal, como así también el daño que esa delimitación de la actividad jurisdiccional puede provocar en la adecuada gestión del conflicto. Pero también hemos observado que el rol puramente activo, lejos de generar un límite en la actividad jurisdiccional lo emparenta con el viejo molde del juez inquisidor, aquel que se ubicaba por encima del litigio de las partes. Debemos abandonar toda definición que se enmarque en roles tan tajantes y vacíos, en definitiva, de contenido.

Hemos demostrado que la mejor manera de delimitar y definir los contornos de la actividad jurisdiccional está dado por entender que es esperable que tengan comportamientos diferenciados según estén en un proceso compositivo, esto es, en búsqueda de acuerdos alternativos a la prisión, o en un proceso de conocimiento, esto es, en un caso que es empujado para la aplicación de una pena penal como respuesta del sistema. Ello, por cuanto en el primero la finalidad del proceso es, precisamente, la búsqueda de acuerdos entre las partes que gestionen adecuadamente el conflicto que los enlaza. Desde allí vemos que ningún sentido tiene caer en esa definición pasiva del juez, puesto que si bien fortalece su imparcialidad lo aleja de la búsqueda de la mejor solución del caso. Pero a su vez tampoco podemos definir de manera activa su rol puesto que no debemos olvidar que el juez se distingue de las partes precisamente porque no gestiona los intereses de estas. De modo que un rol activo confunde los planos diferenciados del juez y de las partes. Lo que debemos tener claro, entonces, es cuál o cuáles son los planos donde es esperable una proactividad del juez, centrada en la búsqueda del debate y el diálogo entre las partes. Así, hemos definido esos planos esperables de proactividad jurisdiccional en los siguientes: a. la identificación del basamento legal que habilita una salida alterna a la pena; b. la procura del ingreso al debate de todos los intereses victimizados; c. verificar que no haya afectación al bloque de garantías propios de los sistemas compositivos que, difiere significativamente del bloque de garantías de los procesos de conocimiento, el que está centrado en que en el acuerdo no exista una relación de sometimiento de una parte sobre otra; d. constatar que la solución aportada por las partes sea la que, de alguna manera, mejor satisface el interés de estas, procurando el debate sobre otra posible propuesta si la hubiera; e. mantener una suerte de “*case management*”, esto es un control estricto sobre el cumplimiento del acuerdo; y f. procurar que la decisión sea comprendida por las partes. Fuera de estos supuestos, pareciera ser, el juez no debería ingresar con un rol proactivo.

Hemos concluido que cuando un juez interviene en un proceso de conocimiento sus proactividades ya no están encaminadas a obtener la mejor salida alternativa a la pena sino al respeto por



el contradictorio. Así hemos definido ese rol proactivo en los siguientes planos: a. procurar el contradictorio entre las partes; b. fortalecer la imparcialidad evitando el ingreso de toda prueba que pueda provocar un prejuicio en el juzgador; c. fortalecer la publicidad y la comprensión de lo que ocurre en la sala de audiencias; d. control de tiempos para fortalecer la contradicción; e. control de legalidad sobre los posibles acuerdos a los que las partes arriben; y f. el respeto por el bloque de garantías, debiendo invitar al debate de las partes si el juez advierte que pudo haber habido una afectación a una garantías concreta. Hemos visto también que los jueces en la audiencia de debate requieren también una fuerte preparación en los planos fáctico, jurídico y probatorio del caso.

Hemos definido todos estos bloques de proactividad desde la relevancia que tiene para el proceso penal el bloque de garantías primarias, definidas como las condiciones de verificación, esto es la imparcialidad, el contradictorio y la publicidad. Son precisamente estos principios primarios los que definen el contorno de la actividad jurisdiccional. Y ellos no operan en el aire sino dentro de la antinomia fundamental que rige el comportamiento del juez. La antinomia fundamental delimita la actividad jurisdiccional puesto que siempre debe verificar que exista una tutela del interés victimizado y que lo haga dentro de un bloque estricto de garantías. Es una suerte de estrella que define el rumbo del caso y que el juez debe utilizar para abrir el debate entre las partes cuando observa que uno de los dos polos está, posiblemente, siendo afectado.

Sabemos que abandonar definiciones de la actividad jurisdiccional puramente pasivas lleva ínsito ciertos riesgos. Una ampliación irrazonada de los contornos de la actividad jurisdiccional podría implicar la conversión de un juez que se define precisamente por la falta de gestión de los intereses de las partes en un juez cercano al inquisidor, bajo la creencia de una superioridad moral e intelectual que lejos de acercarlo al conflicto, lo confunde entre las partes, perdiendo el eje triangular de todo sistema judicial, el que se conforma entre acusador, defensa y juez. A pesar de los riesgos que esta definición implica, entendemos que es el momento de definir de manera más clara y tajante una función que, en la práctica, aun no ha encontrado su cauce preciso.

■




INECIP
INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES

WWW.INECIP.ORG