

Que, tras la realización del debate, la cuantiosa prueba producida demostró una evidente violación a las reglas del debido proceso y la defensa en juicio, dado que de ella surgió con claridad la falta de imparcialidad del juez instructor.

Si bien la Constitución Nacional de 1853-1860 no fijó de modo expreso la garantía de la imparcialidad del juez, ella fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar que "no es dudoso que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos de la defensa en juicio" (Fallos: 198:78 y 257:132, entre otros).

En tiempos más recientes, ha sostenido el Alto Tribunal que "si bien una reiterada jurisprudencia de esta Corte declara insusceptibles de recurso extraordinario las decisiones que versan sobre la recusación de los jueces, puede, en caso de rigurosa excepción, existir razón valedera que justifique apartarse de tal regla si de los antecedentes de la causa surge que el ejercicio imparcial de la administración de justicia se encuentra tan severamente cuestionado que el derecho de defensa comprometido exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela" (Fallos: 306:1392 y 316:826).

A partir de la reforma de 1994, que receptó constitucionalmente una serie de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, otorgándole similar jerarquía (art. 75, inciso 22), aquel principio adquirió de modo expreso la calidad de garantía constitucional.

En efecto, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para... el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

De manera análoga, el art. 26, 2º párrafo de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre prescribe que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial... por tribunales anteriormente establecidos...".

Por su parte, el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...".

Finalmente, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que "toda persona tendrá derecho a ser oída y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...".

La Corte Interamericana ha señalado que el art. 8 reconoce el "debido proceso legal", definiéndolo como las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial. Es un concepto aplicable a todas las garantías judiciales protegidas en la convención (Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987. Serie A. Nº 9, párr. 29).

Sentado lo expuesto, corresponde definir el concepto de "imparcialidad del juez" y, luego de ello, determinar en qué supuestos debe considerarse violada dicha garantía.

Ha sostenido el Tribunal Constitucional español "que la exigencia de juez imparcial o neutral, correlato en el concreto proceso de la independencia que se predica del juez en tanto que miembro del Poder Judicial, es la primera garantía de todo ciudadano justiciable. Sin ella no puede hablarse, en rigor, de jurisdicción. Sólo quien sea tercero extraño, respecto del proceso o causa,

puede asumir la función jurisdiccional, precisamente porque se halla supra partes, porque le es indiferente, jurídicamente hablando, el resultado de la controversia” (cfr. Sala: Pleno, Sentencia del 17/3/01, referencia 69/2001, ponente don Guillermo Jiménez Sánchez, publicación BOE: 20010406 [BOE NÚM. 83]).

Agregó el miembro informante, en el precedente mencionado en el párrafo anterior, que “cualquiera sea su encuadramiento constitucional y su razón de ser, lo incuestionable es que la imparcialidad del juez es un derecho fundamental de quien es parte en un proceso y, muy singularmente, de quien asume la condición de acusado en el proceso penal, y tal exigencia es predicable no solo del órgano jurisdiccional que enjuicia la causa y dicta sentencia, **sino también del juez instructor que prepara el juicio oral.** Comparto, por ello, la afirmación de la sentencia cuando establece que ‘En definitiva, el Juez de Instrucción, como cualquier Juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso’” (la negrita pertenece a este Tribunal).

Siempre en orden a que el juez instructor puede hallarse con las partes y con el objeto del proceso en una relación que puede afectar negativamente su ecuanimidad y rectitud de juicio, resaltó el Tribunal Constitucional español, en el caso que se viene citando, que “aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del juez de instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de

sobreseimiento...), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral”.

Eduardo J. Couture, en su trabajo “El ‘Debido Proceso’ como Tutela de los Derechos Humanos” (publicado originalmente en “La Ley”, T. 72, pág. 802, Sección Doctrina, año 1953, vuelto a publicar en “Paginas de Ayer”, pág. 1, año 5, nº8, septiembre de 2004), cita las palabras vertidas por Calamandrei en el Congreso de Derecho Procesal Civil, celebrado en la ciudad de Viena en octubre de 1953, al referirse a los lazos que unen el derecho procesal con el derecho constitucional.

Sostuvo Calamandrei: “todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento de este juicio no se funda en el respeto de la persona humana, el cual reconoce en cada hombre una conciencia libre, sólo responsable ante sí misma y, por esto inviolable”. Sobre la base de estos conceptos, al abordar Couture la inconstitucionalidad por inidoneidad del juez, finaliza diciendo la siguiente frase de Calamandrei: “todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio; si el individuo no encuentra ante sí jueces capaces de darle la razón”.

Destaca el maestro uruguayo que la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que es garantía fundamental la existencia de un tribunal “competente e imparcial” (“Jordan v. Massachussets”, 255 U.S. 167, 176 -1912).

Julio Maier (cfr. “Derecho Procesal Penal”, T. I, pág. 739 y sgts., ed. Del Puerto, 1996) señala que “la palabra ‘juez’ no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de ‘imparcial’. De otro modo: el adjetivo ‘imparcial’ integra hoy, desde un punto de vista material el concepto de ‘juez’, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo -permanente o accidental- requiere”.

Agrega, que "el sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico (*in-partial*), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir, esto es, que lo ataca sin interés personal alguno. Por otra parte, el concepto refiere, semánticamente, **a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas** (el subrayado es del Tribunal) o de la materia acerca de las cuales debe decidir".

En ese sentido destaca Maier (ob. cit. pág. 742) que "es preciso no confundir el atributo y su portador: no se trata aquí de reglas 'de los jueces' (privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía 'del justiciable', necesitadas quizás de apoyo institucional y, por ello, clasificadas aquí -más o menos arbitrariamente- por su referencia a la organización judicial, pero sin perder de vista su naturaleza de garantía individual de un Estado de Derecho (subrayado del Tribunal). En tanto garantías del justiciable, esas reglas gozan de todas las características que hemos adosado a la categoría: otra vez resulta imprescindible alertar contra la utilización y aplicación en contra del imputado".

Acerca de la forma en que se logra la imparcialidad, destaca Maier (ob. cit., pág. 752) que no es positivamente -como la independencia-, sino de manera negativa "excluyendo del caso al juez que no garantiza suficientemente la objetividad de su criterio frente a él". No se trata de establecer criterios generales, sino, destaca, "de la relación específica de la persona física encargada de juzgar con el caso concreto sometido a juicio".

Jorge A. Clariá Olmedo ("Derecho Procesal Penal", T. II, pág. 241), enseña que "a pesar de ser competente el juez que interviene en la causa, otras circunstancias de carácter particular y concreto pueden mediar para apartarlo de ella ante la existencia de sospecha de parcialidad. La sospecha ha de fundarse en hechos concretos y relativos a la causa misma en cualquiera de sus aspectos; y esos hechos o circunstancias han de actuar como índices de un peligro para la recta administración de la justicia frente al caso particular

(subrayado es del Tribunal), sea que pueda afectarse un interés público o un interés privado comprometido en el proceso”.

Indica que “razones de cierta importancia, que las leyes procesales suelen enumerar con pretensión de agotarlas, pueden influir decisivamente en el ánimo del juez, en forma de no permitirle objetivizar el criterio de justicia exigido por el interés social, favoreciendo o perjudicando indebidamente al imputado o a las partes civiles cuando intervengan en el proceso. Esto hace que se permita o imponga, según los casos, la exclusión o apartamiento del juez penal sospechoso, tanto del unipersonal, como de cualquiera de los miembros de los tribunales colegiados, en cuyo caso se lo reemplazará con otros insospechados a los sistemas vigentes al efecto”.

Claus Roxin (“Derecho Procesal Alemán”, Ed. Del Puerto, págs. 41 y sigs.), destaca que tras el conjunto de disposiciones acerca de recusación y exclusión del juez “está la idea de que un juez, cuya objetividad en un proceso determinado está puesta en duda, no debe resolver en ese proceso, tanto en interés de las partes como para mantener la confianza en la imparcialidad de la administración de justicia. Este principio está garantizado constitucionalmente en el art. 101, I, 2, GG (BVerfGE 21, 139)”.

Señala más adelante, que para la recusación “no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello, según una valoración razonable (cf. BGHSt 1, 37; BGH MDR/D 72, 571)”.

Luigi Ferrajoli (cfr. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, pág. 580) llama imparcialidad “a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en la causa, tanto en lo personal como en lo institucional. Añade que “el juez, que, como se ha dicho..., no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino, ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”.

Agrega Ferrajoli (ob. cit., pág. 582), que "para garantizar la imparcialidad del juez es preciso que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés *público o institucional*. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como, por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo y, aunque de manera ambigua, también en el mixto. Sólo así puede el proceso conservar un carácter 'cognoscitivo' o como dice Beccaria, 'informativo' y no degradar en 'proceso ofensivo' donde 'el juez se hace enemigo del reo'".

Pedro J. Bertolino sostiene que la garantía del debido proceso surge como más general y extensa que la de la defensa en juicio, "que contendría, precisamente como específica y menos extensa, más notas particulares circunscribientes". Añade, "sin embargo, y en todo caso, para nosotros lo fundamental sería siempre esto: ambas en su integración y complementación mutua, tienden a aprisionar con pretensión correcta el mayor espectro posible de situaciones que, por un lado, nieguen el proceso que al ciudadano *le es debido* como institución exigida constitucionalmente y, por el otro, no se corresponden con el proceso que debe estar realizado *como es debido* según las leyes procedimentales conforme a la Constitución" (cfr. "El Debido Proceso Legal", pág.134 y ss.; Librería Editora Platense, 1986).

Piensa Bertolino "que en el núcleo de la garantía del debido proceso se sitúa, como haciendo parte principalísima de ella, *el principio de imparcialidad*", destacando que así, la evolución jurídica, llegó a la figura del juez como tercero imparcial.

Cita Bertolino la opinión de Werner Goldschmidt acerca de la imparcialidad, en cuanto sostiene que importa "ser objetivo, sumergirse en el objeto, al margen de toda subjetividad"; también la de Aragonese Alonso, quien tras destacar que "la imparcialidad es *uno de los principios supremos del proceso*", afirma que es una especie determinada de motivación, "consistente en que la

declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente" (el subrayado es del Tribunal).

Jan Woischnik (cfr. "Juez de Instrucción y Derechos Humanos en Argentina. Un análisis crítico del Código Procesal Penal de la Nación", pág. 161 y ss.; Konrad Adenauer -Stiftung- Ed. "Ad-Hoc") señala que las garantías procesales del art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refieren primariamente al juicio oral, pero, no obstante, de esa norma, surgen condiciones, también exigencias, para el procedimiento preliminar, dado que la fórmula "en la sustanciación de cualquier acusación penal" no importa que recién se proteja al imputado a partir del momento en que se formula la acusación.

En tal sentido, destaca que según pacífica jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "el concepto de 'acusación' (charge), para la determinación del ámbito temporal de aplicación de la norma (art. 6º de la CEDH), no debe entenderse en sentido formal sino material, teniéndose en consideración las circunstancias fácticas del procedimiento que corresponde juzgar. Una persona está 'acusada' a partir del momento en que la autoridad competente le comunica oficialmente que se la inculpa de un delito, o que existe la sospecha de que ha cometido un hecho punible".

De tal modo, apunta Woischnik, "puede sostenerse que el art. 8º, párr. 1º de la CADH es aplicable ya en el procedimiento preliminar o etapa preparatoria, en tanto la realización de tal procedimiento perjudique al imputado de manera considerable". Añade que, "según el derecho procesal penal federal argentino, ello ocurre a más tardar con la primera indagatoria (art. 294 C.P.P.N.) durante el curso del procedimiento preliminar, pues es a lo sumo en ese momento cuando el imputado toma conocimiento de la investigación dirigida en su contra".

Acerca del concepto de imparcialidad, siguiendo la definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso "Piersack"), precisa que significa "ausencia de prejuicios y no tomar partido", agregando que "en un Estado democrático, los derechos procesales tienen, en el sentido de la convención, una posición tan jerarquizada, que una interpretación restrictiva de este precepto no se corresponde ni con su fin ni con su objeto de protección" (ob. cit., pág. 163 y ss.).

Luis M. García, en su trabajo "La Noción de Tribunal Imparcial en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos -El caso 'Zenzerovich': una oportunidad perdida" (ver "La Ley", 1999-E, 223), destaca que en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos imparcialidad significa falta de prejuicios o de parcialidad y que para comprobar si se ha satisfecho el requisito de imparcialidad, el citado tribunal desarrolló un test con dos abordajes, uno subjetivo y otro objetivo.

En el subjetivo, refiere García, "el examen se centra, en general, en la revisión del modo en que se condujo el caso, y de su atmósfera", añadiendo que "en suma, parecería que la exteriorización de expresiones prejuiciosas por un juez, no serían 'per se' decisivas para determinar una violación al principio del juez imparcial, salvo que se pueda demostrar que esto resultó en un perjuicio real para el acusado".

En orden a la prueba objetiva, resalta el autor, con cita de los casos "Sramek v. Austria", "Borgers v. Belgica", "Fey v. Austria" y "Thorgeir Thorgeirson c. Islandia", que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó la importancia de las apariencias y expresó que "lo que está en juego es la confianza que los tribunales, en una sociedad democrática, deben inspirar en el público y en el acusado, sobre todo, en cuanto respecta a los procedimientos criminales".

Sobre la aplicación del test objetivo precisa García, con cita de los casos

"Hauschildt v. Dinamarca", "Fey v. Austria", "Padovani c. Italia", "Saraiva de Carvalho c. Portugal", "Remili c. Francia", "Gregory v. Reino Unido", "Incal c. Turquía", "Campbell y Fell v. Reino Unido" y "Sramek v. Austria", resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "que la opinión de la parte que alega parcialidad es importante pero no decisiva, lo que es crucial es si una duda sobre la parcialidad puede ser 'justificada objetivamente'. Si hay una 'duda legítima' o 'razonable' sobre la imparcialidad del juez, éste debe apartarse del caso".

En nuestro medio el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, en la causa nº 6, "Dr. Luis Alberto Leiva s/ pedido de enjuiciamiento", resuelta el 9 de mayo de 2002, afirmó que reviste extrema gravedad la conducta del magistrado "por cuanto el incumplimiento de su obligación legal de inhibirse ha comprometido irremediablemente su deber de imparcialidad, atributo inabdicable de la función judicial para preservar sin alteraciones la confianza pública, y condición inexcusable para asegurar un juicio justo".

Agregó el citado tribunal que, al no excusarse, el juez "ha desoído uno de sus primeros deberes como juez, negando a las personas investigadas en la causa..., uno de sus elementales derechos como ciudadanos, cual es el de ser juzgados por un juez imparcial, convirtiendo el proceso que llevaba adelante en un artificioso remedo de procedimiento judicial, donde la eficacia, ecuanimidad y legalidad de la función jurisdiccional se encontraban inexcusablemente ausentes".

Al abordar Carlos Santiago Nino (cfr. "Fundamentos de Derecho Constitucional", pág. 448 y sgts., Ed. "Astrea", Bs. As., 1992) la idea del debido proceso, enseña que el "...judicial debe estar guiado por tres grandes principios mutuamente complementarios en su contribución a que se haga justicia en el ejercicio de la coacción estatal", siendo ellos: a) el de observancia de la ley dictada por los órganos democráticos, b) el de búsqueda irrestricta de la verdad sobre los hechos y, c) el de imparcialidad, "tan absoluta cuanto sea posible entre las

partes contendientes en el proceso”.

En relación al principio de imparcialidad, Nino sostiene que éste es esencial entre las partes, “para que el proceso albergue un genuino diálogo, en el que las partes tengan amplia posibilidad de justificar sus pretensiones, percibiéndose a la decisión final como la conclusión que refleje el balance de razones ofrecidas”. Asimismo, dicho autor agrega: “Es inherente a la democracia liberal que los intereses agregativos de la comunidad no desplazan automáticamente los intereses antagónicos de un individuo, sino que éstos, cuando son protegidos por derechos, tienen un peso propio que puede llegar a cancelar el cálculo del beneficio global de la sociedad”.

Añade Nino que ello “es representado en el proceso por la paridad de condiciones en el diálogo entre el individuo y los órganos que expresen los intereses del conjunto social -como los fiscales-, manteniendo el juez una posición equidistante”.

Sobre la base normativa, jurisprudencial y doctrinaria expuesta, corresponde examinar si el cometido del juez instructor estuvo guiado, en palabras de Aragonese Alonso, en el deseo de buscar la verdad y de resolver justa o legalmente.

En nada obsta el cometido enunciado en el párrafo precedente, la circunstancia de que el proceso alcanzara la etapa del juicio y que éste se hubiese desarrollado en su integridad, dado que fue durante esta etapa cuando trascendieron diversas circunstancias que llevan a preguntarse si fueron protegidas el conjunto de garantías constitucionales enderezadas a tutelar al ciudadano desde su primer contacto con la maquinaria de investigación estatal, esto es en la etapa instructoria o preliminar, en tanto allí puede perjudicarse al imputado de manera considerable (Woischnik, ob. cit.).

Para ello, resulta por demás trascendente establecer si las supuestas

irregularidades cometidas por el juez Galeano, denunciadas por casi todas las partes, excepto los apoderados de A.M.I.A. y D.A.I.A, perjudicaron la defensa de los imputados y, en su caso, si esas consecuencias se proyectaron sobre las ulteriores instancias del proceso.