

La noción de Tribunal Imparcial en los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos - El caso "Zenzerovich": Una oportunidad perdida*

Por Luis M. GARCÍA (Profesor Universidad de Buenos Aires)

I. Antecedentes. Las decisiones sobre recusación de jueces y su revisión por vía del recurso extraordinario antes del fallo final de la causa.

En el caso que aquí se anota, la Corte Suprema ha sido llevada a pronunciarse sobre una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que no había hecho lugar a la recusación planteada por la defensa del imputado contra la juez en lo correccional de la ciudad de Buenos Aires. La defensa pretendía la exclusión de la etapa de juicio de la juez que había llevado adelante el sumario por ese mismo hecho.

Argumentando que esa juez había recibido declaración indagatoria al imputado por la imputación de lesiones y homicidio imprudentes, más adelante lo había inhibido provisoriamente para conducir automotores, y finalmente había decidido la elevación de la causa a juicio rechazando la oposición de la defensa, los defensores articularon la recusación sobre la base de que esas decisiones daban lugar a un fundado temor de parcialidad. Al respecto, no pretendían sostener que fuese "efectivamente parcial, sino que puede llegar a serlo; es decir: que simplemente abriga ese temor, lo cual [...] es bastante para justificar el triunfo de una recusación".

La cuestión no es novedosa, pues desde antaño ha sido objeto de la preocupación del legislador(1), de la doctrina y de la jurisprudencia, pero recobró renovada actualidad desde que, al entrar en vigor el Cód. Procesal Penal de la Nación, la ley de Implementación 24.121 (Adla, LII-C, 2924) suprimió del texto original del art. 55, inc. 1º, del Código que entraba a regir junto con ella, la provisión que admitía la recusación del juez del juicio "si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento". Sobre este tema son ya numerosas las decisiones que se han dictado y han sido objeto de comentarios de valía por parte de la doctrina (2). La sentencia de la Corte Suprema no ha sido llamada a pronunciarse sobre un tema inédito. Su interés consiste en que es la primera vez en que la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse plenamente sobre el punto, y que ha perdido la oportunidad (3).

En efecto, los jueces de la Corte que formaron la mayoría han postergado todo pronunciamiento para una mejor ocasión reiterando la fórmula según la cual el recurso extraordinario no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364). El empleo de esa fórmula no debería sorprender, pues no le falta tradición en la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual, por regla, las decisiones anteriores a la sentencia definitiva, tales como las que rechazan una recusación deducida, no son revisables por la vía del recurso extraordinario federal (4). Ese criterio parte de la idea de que la tacha o el temor de parcialidad podrían verse disipados y no habría agravio alguno si el vencido en la recusación hubiese obtenido una sentencia final favorable a su pretensión sobre el fondo.

El procurador general ha opinado en el caso que la recusación involucraba una cuestión federal, por referencia a los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional, y que "más allá de ello, la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto de Derechos

Civiles y Políticos (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107), de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, obligan a dejar de lado los precedentes que denegaban la apertura del recurso extraordinario cuando se planteaba una recusación" (5). La argumentación del jefe de los fiscales aparece débil frente a la asentada doctrina de la Corte Suprema según la cual ni siquiera la existencia de una cuestión federal suple la falta de sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48 (6). Es dudoso además que el procurador general haya querido sostener que siempre que haya una cuestión federal puede prescindirse del requisito de sentencia definitiva. El contexto y la cita de los instrumentos internacionales de derechos humanos podrían dar lugar a una segunda lectura del dictamen. ¿Se quiso acaso distinguir entre cuestiones federales, por así llamarlas "tradicionales" y cuestiones federales que remiten a la aplicación de alguna regla de un instrumento internacional de derechos humanos, respecto de las cuales debería dejarse de lado el requisito de sentencia definitiva? Esa segunda lectura chocaría en primer lugar con la falta de novedad, desde el siglo pasado el art. 14 de la ley 48, en sus tres incisos, tiene en cuenta a los tratados como punto de conexión para la calificación de una cuestión federal. También cuando se cuestiona la validez de un tratado (inc. 1°), o la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia por ser repugnante a la Constitución Nacional o a un tratado (inc. 2°), o la interpretación contraria al título, derecho, privilegio o exención fundado en una cláusula de la Constitución Nacional o de un tratado (inc. 3°), se requiere que la sentencia recurrida sea definitiva (confr. párr. 1°). En el dictamen del procurador general se observa que él se no ha referido a cualquier clase de tratados, sino a algunos de los instrumentos de derechos humanos enunciados en el párr. 2° del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional que han tenido un tratamiento especial en la Convención Reformadora de la Constitución al punto de declarar "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Si en todo caso quería innovarse con una categoría nueva que autorizara a prescindir del requisito de sentencia definitiva para obtener un pronunciamiento de la Corte por vía del remedio federal, era de esperar algún esfuerzo de fundamentación para prescindir del obstáculo legal, máxime teniendo en cuenta que ese obstáculo subsiste aun frente a casos en los que se cuestiona una ley, decreto o autoridad de provincia como contrarios a la Constitución (inc. 2°), o la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución (inc. 3°).

Ese aspecto del dictamen del procurador general suscita finalmente una prevención adicional. De la cita que menciona en su texto parecería deducirse que "cada vez que se discuta la extensión de la imparcialidad [...] quedará acotado el pertinente caso federal y despejada la vía para acudir ante el más Alto Tribunal de la Nación, a través del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48". Entendido latamente, ello llevaría a la confusión del tema de la recusación con la materia federal. Muchas veces la decisión depende de la determinación de cuestiones de hecho, por ejemplo, la existencia de amistad, enemistad, interés con alguna de las partes, lo cual no suscita cuestión federal salvo caso de arbitrariedad. Sólo cuando se cuestiona la validez de un tratado en el que, por caso, se reglamenta el derecho de ser juzgado por un tribunal imparcial o con ciertos atributos adicionales de imparcialidad (inc. 1°), o se afirma que éste es contrario a la Constitución Nacional (inc. 2°) o se trata de la interpretación y alcance del concepto de tribunal imparcial en un tratado (inc. 3°), podría sostenerse que se presenta una neta cuestión federal.

Los jueces de la Corte que formaron el voto de la minoría no han llegado a una declaración tan lata como la del procurador general. Con cita del precedente de Fallos: 316:826 y

repetiendo su fórmula, entendieron que la decisión impugnada "tiene carácter definitivo aun cuando no se pronuncie de modo final sobre el hecho imputado, pues 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" (consid. 2° del voto en minoría en la sentencia anotada, y consid. 2° del precedente que ésta cita). No aporta sin embargo criterios que permitan saber cuándo la imparcialidad "se encuentra tan severamente cuestionada" como para exigir una tutela antes de la sentencia final, y cuándo, aunque cuestionada, la queja no es tan grave y tolera esperar a la sentencia final(7).

Ahora bien, más allá de esas apreciaciones, la valla del requisito de sentencia definitiva no es sin embargo infranqueable. La misma Corte Suprema se ha encargado de mostrar que esa regla podía ser, según las circunstancias del caso, objeto de excepciones y ha admitido que las decisiones sobre recusación podían ser revisadas por vía del recurso extraordinario antes del dictado de la sentencia final de la causa (8).

Por cierto, la Corte Suprema, ha sabido dar muestras en el pasado de que no es simplemente el estamento más alto de una estructura de administración de un simple servicio de justicia, y en ejercicio de la función política que le compete como cabeza de uno de los tres poderes del Estado, esto es el Poder Judicial, ha sabido establecer instrumentos que la liberasen del corsé del requisito de sentencia definitiva, consciente de que su función primordial no es administrar un servicio a reglamento, y de que su cometido consiste, desde el preámbulo de la Constitución en adelante, en "afianzar la justicia".

En esa dimensión política de la Corte Suprema se enmarca y debe entenderse la doctrina de la gravedad institucional (9), que permite superar la falta de sentencia definitiva (10) cuando la decisión sometida al conocimiento de la Corte excede el mero interés de las partes y afecta al interés de la colectividad (11). En la doctrina de la gravedad institucional la Corte rescata su "jurisdicción eminente", expresión de su cometido de asegurar la supremacía del orden constitucional por sobre las reglas de raigambre meramente legal que gobiernan su jurisdicción (12).

Es probablemente el caso "Penjerek" (13) el que muestra claramente cómo la Corte Suprema ha estado dispuesta a superar su propia jurisprudencia en el sentido de que el recurso del art. 14 de la ley 48 es improcedente respecto de resoluciones sobre recusación o inhibición de jueces, pues éstas remiten a la decisión de cuestiones de naturaleza esencialmente procesal y no constituyen sentencia definitiva (consid. 2°) (14). Allí ha reconocido la Corte 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" (consid. 3°) y que la exigencia de imparcialidad "cobra carácter prevalente cuando las cuestiones sometidas a juicio superan los intereses de los partícipes en la causa, de tal modo que ella conmueve a la comunidad entera" (consid. 4°). Sobre esa base consideró procedente el remedio federal.

Por cierto, en el citado caso el "interés de la colectividad" aparece asentado en un dato sociológico, la extraordinaria repercusión social que había tenido un grave delito de raptó y homicidio atribuido a personas amparadas por la impunidad que les daba su alegado poder. Sin embargo, no puede negarse que también atañe al interés de la colectividad que la justicia sea impartida por jueces libres de toda sospecha de parcialidad. No se trata aquí pretender sostener que todo riesgo de parcialidad en un caso concreto merecería la calificación extraordinaria de gravedad institucional pues en todo caso, son los remedios ordinarios y extraordinarios los llamados a resolver, a su debido tiempo, los eventuales agravios de las

partes involucradas en cada proceso. Se trata de destacar que, más allá de lo que pueda suceder en un caso particular, la sociedad pueda reposar en la seguridad de que su sistema de justicia está estructurado y organizado de tal manera que constituya un medio adecuado para garantizar a todo habitante de la Nación una expectativa razonable de imparcialidad.

Sentado ello, se advierte que la cuestión sometida a la Corte no se había gestado en circunstancias particulares del caso que ponían a esa juez en una posición que hacía dudar de su imparcialidad al momento de tener que realizar el juicio. Se trataba antes bien de que, los arts. 27, 405 y 55 del Cód. Procesal Penal, tal como son interpretados y aplicados de manera sistemática por los jueces correccionales y por la mayoría de las salas de la Cámara Nacional de Casación Penal (15), conducían a que una misma persona pudiese ser el juez que llevara a cabo las medidas de investigación preparatoria, que dispusiese autos de procesamiento, eventualmente de prisión preventiva, y que también eventualmente examinase el mérito de un requerimiento de elevación a juicio frente a una oposición de la defensa, y a que el mismo juez estaría habilitado para decidir el fondo del asunto en la sentencia final. La decisión de la Corte sobre el fondo, cualquiera que ésta hubiera sido, habría tenido efecto no sólo en el caso concreto, sino que habría irradiado a prácticamente todos los casos que tramitan ante la justicia correccional o correccional federal de la ciudad (16). Aquí se ve la gravedad institucional del tema, pues no se trataba de determinar si la juez "X" había tenido una actuación sospechosa de parcialidad, se trataba de fijar normativamente cuál era el estándar mínimo de imparcialidad, al menos, para todos los juicios correccionales(17). Se trataba pues de un punto que concernía al modo de distribuir las competencias de las instituciones del Estado de un modo conforme a la Constitución(18), distinto de los casos en los cuales la intervención de la Corte no podría tener otro alcance que el de satisfacer el interés del apelante en separar del caso a los magistrados sobre los que abriga sospecha de parcialidad (19).

La mayoría de la Corte no lo vio así. Al rechazar el recurso no difirió la cuestión: de alguna manera, y no de la mejor, la decidió. A partir de la decisión de la Corte es de prever que las quejas de parcialidad, aunque se dirijan a la alegada incompatibilidad del sistema de atribución de competencias con la Constitución y no de la parcialidad subjetiva de un juez en particular, no serán resueltas hasta que haya una sentencia final contraria a los intereses del recusante. La mayoría de la Corte podría haber examinado el fondo, y declarar que el sistema garantizaba suficientemente la imparcialidad del juez, o que no lo hacía, pero prefirió una vía más expedita cuyo costo real sólo conoceremos a largo plazo.

Por el contrario, el procurador general y la minoría de la Corte mostraron valentía en querer tomar al toro por las astas. Seguidamente trataré de mostrar que el procurador general ha tomado las astas demasiado fuerte, y ha caído en un criterio demasiado rígido. También trataré de demostrar que la valiente minoría de la Corte ha tomado al toro por el lado equivocado.

II. Las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos como normas de aplicación interna

El fallo que se anota podría haber sido un fallo más de los tantos en los que un tribunal ha sido llamado a pronunciarse sobre la garantía de imparcialidad del juez. En ese aspecto, como se ha adelantado, el tema no es de por sí ni original ni novedoso. Lo novedoso radica en el hecho de que, para argumentar y resolver sobre la cuestión, tanto en el dictamen del procurador general, como en el voto de la minoría de la Corte, respectivamente, se ha echado mano de normas de algunos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Me restringiré al

comentario de estos aspectos.

El procurador general ha observado que no es posible prever en la ley todos los motivos por los cuales un juez puede ser sospechoso de parcialidad, y ha cuestionado la tesis de que las causales de recusación son taxativas o de interpretación restrictiva, proponiendo en cambio que, "[mientras que] para la acusación la recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, para el imputado debe ser tan libre como sea posible" y ha concluido su dictamen favorable al apartamiento del juez señalando que "la Constitución Nacional y los pactos a ella incorporados son derecho vigente que los tribunales deben aplicar en sus decisiones con preeminencia a las leyes que los reglamentan". El voto de los jueces de la Corte que formaron la minoría, por su parte, se ha dedicado a examinar directamente cuál es el alcance del derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, para concluir que en el caso no se había afectado el derecho de acceso a un tribunal imparcial.

La primera observación que suscitan estos enfoques se relaciona con la naturaleza misma de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Como lo ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (20).

En cuanto un Estado ratifica un instrumento internacional de derechos humanos, asume frente a cada ser humano, por ese solo hecho, deberes de respeto, garantía y protección. Ello ha sido claramente señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decir que:

"El art. 1° de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención" (21).

De tal suerte, los Estados, al asumir la obligación de garantizar a toda persona, el derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (p. ej.: art. 8.1 CADH), se han obligado a configurar de tal manera sus tribunales y sus procedimientos domésticos, que esa garantía aparezca al menos satisfecha en la medida de los estándares mínimos fijados por el respectivo instrumento internacional. El Estado parte de un instrumento internacional viola positivamente sus deberes de garantía cuando decide establecer y configurar tribunales dependientes del poder ejecutivo o les encarga la protección del interés de una de las partes

(22), pero también estará incurso por omisión en una violación a los deberes de garantía asumidos cuando no prevé en su ley doméstica o no adopta provisiones o mecanismos suficientes para remover cualquier riesgo de parcialidad (23).

Sobre esa base, aunque se tomase en cuenta como voluntad del legislador doméstico el antecedente histórico del art. 88 de la ley 24.121 que había suprimido del inc. 1° del art. 55 del Cód. Procesal Penal el pasaje que admitía la recusación del juez que "en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento", la supresión de esa causal expresa de recusación no puede llevar a la conclusión de que a falta de ley expresa toda recusación fundada en esa intervención previa es inadmisibles. Las reglas precedentes bastan para mostrar que no puede oponerse la ley interna para sustraerse al deber de garantía asumido en los respectivos instrumentos internacionales.

Ahora bien, superada la primera cuestión, se advierte que en el caso los instrumentos internacionales del art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Constitución, poco aportaban en sí mismos para decidir la cuestión. En efecto, estos establecen en términos sustancialmente idénticos, el derecho de todo inculpado de delito a ser oído con las debidas garantías, por un tribunal independiente e imparcial (24). Nada aportan sin embargo, para determinar cuándo un juez o tribunal satisfacen los estándares mínimos de imparcialidad fijados como garantía judicial para la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, o para la determinación de una acusación de carácter penal. En los términos de los mencionados instrumentos internacionales el concepto de juez o tribunal independiente o imparcial es un concepto de textura tan abierta que necesita de especificación en cada caso. A tal punto es así, que teniendo a mano el nudo texto de cualquiera de los instrumentos citados, no podría decirse que de ellos se derivan criterios de imparcialidad más estrictos, o que comprenden más casos de recusación, que los que resultarían de la Constitución del Estado, en el caso, de la Constitución Nacional (25).

Por cierto, ello no significa que los instrumentos sean estériles. Estos tienen por efecto la universalización(26) de los derechos humanos, de suerte tal que la idea de tribunal independiente e imparcial cobra autonomía frente a las características que podrían querer asignarle los Estados particulares en sus respectivos derechos domésticos. Son los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias, los llamados a dotar de contornos definidos a estos estándares mínimos.

Pero lo cierto es que, más allá de ciertas definiciones generales en algunas decisiones particulares, ninguno de los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos enunciados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, parecen haber sido llamados a definir qué debe entenderse por tribunal imparcial a la luz de algún caso análogo al que se presentaba a decisión de la Corte Suprema (27).

Se entiende entonces que, a falta de opiniones de órganos de aplicación o interpretación de algunos de los instrumentos mencionados, la Corte haya recurrido a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos elaborada en la interpretación del Convenio regional al que la República Argentina no se encuentra atada.

Los límites dentro de los cuales es lícito tomar en cuenta esa jurisprudencia ajena son altamente difusos, por lo que la cuestión merece algunas observaciones.

No se trata de interpretaciones de los órganos que pertenecen al sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, o al regional de la Convención Americana de Derechos Humanos o de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En este marco no puede olvidarse que ha dicho la Corte Suprema que las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28), y de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (29), deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y algunos de sus jueces, en minoría, han declarado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos(30), y otras veces se ha propuesto que, ante el silencio de un determinado instrumento "nada obsta" a que, como lo hizo en varias ocasiones la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se acuda a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la inteligencia de una determinada garantía (31).

Deben distinguirse sin embargo las distintas situaciones:

a) si se trata de las opiniones de la Corte Interamericana pronunciadas en una cuestión contenciosa, o por vía consultiva, podría tenerse a estas opiniones como interpretación auténtica del Pacto de San José de Costa Rica, o incluso de otros tratados, en su caso, cuando ejerce su función consultiva general sobre toda otra disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano" (32).

En ese sentido, la Corte Suprema le ha reconocido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el carácter de intérprete auténtico de las normas internacionales citadas (33), carácter que le asignan con carácter definitivo e inapelable los arts. 62.3 y 67 CADH.

b) si se trata de las opiniones y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitidas y publicadas en informes individuales en los términos del art. 50 de la CADH, la cuestión no es tan simple. La misma discrecionalidad de la que goza la Comisión para publicar o no el informe (art. 50.3, CADH), para someter o no el caso a la Corte (art. 60, CADH), y la posibilidad de que en este último supuesto la Corte Interamericana no siga la opinión de la Comisión, muestran que un informe publicado puede ser indicio de que la Comisión no se encuentra segura de llevar el caso ante la Corte y sostener su opinión, y que uno no publicado puede ser indicio de que hay razones de alta política que la inducen a mantener reservada su opinión sobre el punto. De allí que las opiniones emitidas en casos individuales sólo pueden tener el valor indicativo del mérito de las argumentaciones desarrolladas por la Comisión.

Recientemente la Corte Suprema al fallar el caso "Acosta, Claudia y otros s/ habeas corpus", se ha ocupado de señalar que del texto de la Convención Americana (art. 68.1, CADH) surge que la decisión que los Estados partes se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana, y que las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias en el caso en que se emiten, y no constituyen una instancia de revisión de las decisiones de los tribunales domésticos sin perjuicio de que, por el principio de buena fe, puedan ser tomadas como guía de interpretación general (34). En ese precedente, aparecen confundidas, o al menos no suficientemente distinguidas, dos cuestiones distintas, a saber, el efecto o carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH o de las recomendaciones de la Comisión IDH respecto del Estado que ha sido parte del contencioso, de los efectos que esas decisiones podrían tener en general respecto de terceros Estados que han adherido al sistema de protección interamericano. En rigor, solo pertenece a la segunda cuestión la pregunta acerca del valor interpretativo como guía o criterio útil de interpretación de la Convención.

c) si se trata de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, o de los informes de la Comisión Europea, estos no pueden sino constituir un instrumento auxiliar de

interpretación, y sólo en la medida en que la universalidad de los derechos humanos, cuyo patrón común nace en la Declaración Universal de 1948, propende al reconocimiento de estándares mínimos comunes que no se quieren hacer depender del carácter regional o universal de la fuente (35).

De tal suerte, sólo cuando las disposiciones pertinentes de los instrumentos de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, guarden una sustancial analogía con las de la Convención Europea de Derechos Humanos, será legítimo recurrir a la jurisprudencia de los órganos europeos de interpretación y aplicación (36).

En efecto, si bien puede observarse que en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(37) y la Comisión Interamericana (38) en numerosas oportunidades se recurre a la jurisprudencia de los órganos europeos, ello sólo puede hacerse sujeto a que exista equivalencia en lo esencial entre las normas cuya interpretación se busca (39) o cuando, a pesar de diferencias terminológicas sensibles entre normas particulares, éstas se enmarcan en un sistema normativo en el que las diferencias terminológicas pierden sentido (40). A tal efecto debe comenzarse por un procedimiento de comparación (41), no sólo literal sino contextual (42), y a partir de allí establecer la existencia de una equivalencia normativa. Cuando se trata de "importar" precedentes europeos como criterios de interpretación de la Convención Americana el límite de ese procedimiento está dado por la equivalencia en términos de "protección equivalente" de suerte tal que una interpretación de otro instrumento internacional que ofrece una protección menor, es decir un contenido sustancial más estrecho de los derechos o un número mayor de casos en que se autoriza su restricción, no sólo deja de ser útil, sino que además es abiertamente contraria al texto de la Convención a la luz de lo que establece el art. 29.

Es oportuno recordar que esta cuestión había sido planteada a la Corte Interamericana por el Gobierno de Costa Rica que proponía la tesis de que, en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones (43).

El criterio fue rechazado por la Corte Interamericana sobre la base del art. 29 en los siguientes términos:

"En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional"(44).

Sentados los presupuestos, el método y el alcance de la comparación autorizada, no parece objetable que en el caso el voto de la minoría de la Corte haya recurrido a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, no se advierte que en el caso, los conceptos de juez o tribunal imparcial a los que aluden los instrumentos internacionales cuyos textos se han transcritos más arriba, sean sustancialmente distintos de los del art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues todos son hijos del art. 10 de la Declaración Universal, todos están insertos en el marco de la garantía judicial que asegura el derecho a ser oído en la determinación de una obligación de carácter civil o para la sustanciación de una acusación penal. En todo caso, las diferencias terminológicas no son sensibles a la luz del mismo contexto normativo, y puede pues utilizarse legítimamente, como uno más de los instrumentos auxiliares de interpretación de los mencionados instrumentos, la

jurisprudencia de los órganos de interpretación europeos.

Ahora bien, la equivalencia normativa no soluciona el problema, sino que trae otros insidiosos o encubiertos. Cuando se trata de recurrir a la jurisprudencia internacional europea es aconsejable proceder con suma prudencia, máxime teniendo en cuenta las distintas realidades sociológicas en las que cada sistema regional se hace efectivo, y, además, frente al riesgo de interpretaciones defectuosas o erróneas fruto de las dificultades de acceso al "case law" europeo (45).

Seguidamente presentaré sintéticamente los casos europeos que me son conocidos, y trataré de mostrar que el voto de los jueces de la Corte Suprema que formaron la minoría no anduvo por terreno seguro.

III. El derecho a ser oído por un tribunal independiente

Los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1. del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, tienen en común con el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como núcleo de toda garantía judicial, el derecho a ser oído por un tribunal independiente.

Se ha distinguido entre una independencia orgánica que se relaciona con el modo de designación, duración y remoción, y una independencia según el modo de trabajo, que se relaciona con la inmunidad de injerencia de otros órganos y la inmunidad contra la presión de los medios masivos de comunicación y de la opinión pública (46).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, "para establecer si un tribunal puede ser tenido por 'independiente' hay que tomar en cuenta, especialmente, el modo de designación, la duración del mandato de sus miembros, la existencia de una protección contra las presiones exteriores y la cuestión de saber si hay o no apariencias de independencia" (47). La calificación de independiente de un tribunal no sólo depende de la existencia de separación de poderes dentro del marco constitucional de cada país, sino, además, de otros factores, tales como las posibilidades de remoción intempestiva, las condiciones de pago de los jueces, la posibilidad de otras ramas de expedir a los jueces instrucciones, las amenazas de traslado a otros puestos en caso de que sus decisiones no satisfagan las expectativas o instrucciones, y las posibilidades de los jueces de emitir decisiones con carácter vinculante y hacerlas ejecutar (48). En cuanto a esto último, dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el poder de dictar una decisión obligatoria no susceptible de modificación por una autoridad no judicial es inherente a la noción misma de "tribunal" y puede así tenerse como elemento de la "independencia" requerida por el art. 6.1. (49).

Sin embargo no siempre es posible distinguir entre los elementos que hacen a la calificación de independencia y los elementos que hacen a la de imparcialidad. Así, ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "sólo una institución que tiene plena jurisdicción y satisface un cierto número de requisitos, tales como independencia del ejecutivo y también de las partes, merece el nombre de tribunal en el sentido del artículo 6 (1) (50).

Contra lo que se suele entender a primera vista, los requisitos de independencia, imparcialidad y designación previa por la ley, aunque cumulativos, tienen estrecha relación entre sí, al punto de confundirse en ciertos extremos (51), en otras palabras, entre independencia e imparcialidad hay un contexto funcional, la primera es presupuesto de la segunda (52).

En efecto, hay una estrecha relación entre las garantías de independencia e imparcialidad del tribunal. Un tribunal que no es independiente del ejecutivo tampoco satisface los

requerimientos de imparcialidad en los casos en los que el ejecutivo es parte (53). Del mismo modo, un miembro de un tribunal no será independiente ni imparcial si tiene vínculos con una de las partes privadas en el caso. Por esta razón, alguno de los casos tratados por las autoridades de Estrasburgo como si expusieran cuestiones de independencia pueden ser vistos como casos de imparcialidad, o viceversa(54). De otra parte, un tribunal creado o designado "ad hoc" para conocer de un hecho ya acaecido, y no de una cierta clase de hechos, no sólo aparece en conflicto con el principio de juez natural --tribunal establecido de modo previo por la ley--, sino que, por haber sido creado o integrado para ese caso, no está exento de sospechas de parcialidad y dependencia. En otros casos, si la ley doméstica prohíbe el ejercicio de funciones sucesivas a un mismo juez con la finalidad de resguardar el principio de imparcialidad, la inobservancia de esa ley interna afecta no sólo esta garantía, sino al mismo tiempo la de ser juzgado por un "tribunal establecido por la ley" (55).

De otra parte, no debe perderse de vista que la exigencia de imparcialidad se establece no respecto de cualquier autoridad del Estado, sino respecto del "tribunal" llamado a determinar un derecho u obligación de carácter civil o a decidir el mérito de una acusación de carácter penal, de suerte tal que no puede fundarse en el art. 6.1 CEDH una exigencia de imparcialidad respecto de los órganos de investigación que no tienen poderes de decisión jurisdiccional (56).

IV. El derecho a ser oído por un tribunal imparcial

En la doctrina judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "imparcialidad significa falta de prejuicios o de parcialidad" (57). Para examinar si se ha satisfecho este requerimiento de imparcialidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado un test con dos abordajes, uno subjetivo y otro objetivo, tanto en el caso de los jueces técnicos, como cuando se trata de los tribunales de jurados (58). Es relevante destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha advertido que no tiene por cometido examinar en abstracto la legislación y la práctica pertinentes, sino si la manera en que ellas han sido aplicadas al peticionario o en que ellas lo han afectado, son contrarias al art. 6.1. de la Convención Europea(59). También debe destacarse que el derecho de acceso a un tribunal imparcial debe garantizarse, en el caso de una acusación penal grave, mediante la provisión de un tribunal de primera instancia que responda plenamente a las exigencias del art. 6.1, y no se satisface con las posibilidades de acceso a un tribunal de apelación imparcial si éste no tiene plenitud de jurisdicción sino sólo un poder de control limitado (60).

IV. 1. El test subjetivo

En el test subjetivo, se trata de esforzarse por averiguar la existencia de una convicción personal de un juez dado en un caso dado (61). En lo que respecta al test subjetivo el TEDH ha sostenido que existe una presunción de que el juez es imparcial "hasta que se demuestre lo contrario" (62). Dada esta presunción, y la necesidad de probar una parcialidad de hecho, y no simplemente una duda legítima, como es el caso del test objetivo, no sorprende que no haya habido caso ante el TEDH en el que se haya comprobado una infracción al test subjetivo (63), la parcialidad subjetiva es difícil de probar (64).

En el test subjetivo, el examen se centra, en general, en la revisión del modo en que se condujo el caso, y de su atmósfera (65). Así, por ejemplo, la Comisión EDH ha examinado elementos que podrían indicar prejuicio o falta de imparcialidad en el caso "Wemhoff v. Alemania", destacando que podrían constituirlo una conducción inequitativa de la audiencia de juicio o convicciones a las que se arriba por razonamientos que no se fundan en prueba presentada en el juicio, o inferencias que pueden extraerse de los términos de los fundamentos de la sentencia.

Probablemente el caso que estuvo más cercano a no superar el test subjetivo y ser decidido por el TEDH fue el de "Boeckmans v. Bélgica" (66), en el que el presidente de un tribunal de apelación, antes de dictar el fallo, había descrito el sistema de defensa del imputado como "falta de verosimilitud", "escandaloso", "mendaz", "desgraciado" y "desagradable", y le había advertido que, de persistir en él, la condena podría ser revisada y aumentada, y de hecho lo fue, pero no mereció pronunciamiento del TEDH pues se terminó por un arreglo amistoso (67).

Sin embargo, parece ser línea en la práctica de los órganos de aplicación de la Convención Europea la de dar lugar en sus controles a ciertas diferencias según "el temperamento nacional y las tradiciones legales de los diferentes países" (68), y no se ha considerado afectado de parcialidad el juicio en el que el juez que presidía, en ausencia del jurado, indicó a los peticionarios que consideraba su caso indefendible y que no era afecto a que la discusión de casos sin esperanza durara largamente a expensas públicas (69). Aquí el hecho de que el juez que presidía no decidía sobre la culpabilidad o inocencia parece haber tenido influencia en el alcance del test subjetivo.

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 (70).

En "Pullar v. Reino Unido" (71), se cuestionaba la imparcialidad de un integrante del jurado por ser empleado asalariado del estudio jurídico del cual era socio uno de los principales testigos de cargo, y por presumirse que se había formado de antemano una idea sobre la veracidad de ese testigo, pues el hecho del juicio había sido motivo de conversaciones en el estudio (§§ 15, 31 y 33). El peticionario había contestado ante el TEDH la jurisprudencia según la cual la imparcialidad personal se presume hasta prueba en contrario, invitando a renunciar en el caso a esa presunción, en razón de los efectos combinados de la ley escocesa que impedía tratar de conocer las deliberaciones del jurado, y del hecho de que en el Reino Unido, como en otros países, los jurados no motivan sus decisiones, de suerte tal que no había ningún medio ni en el derecho, ni en la práctica, de exponer elementos adecuados para refutar la presunción (§ 31). El TEDH contestó a esa pretensión que el principio según el cual un tribunal debe ser presumido exento de prejuicios o parcialidad está establecido desde largo tiempo en su jurisprudencia (72), y que él refleja un elemento importante de la preeminencia del derecho, a saber, que el veredicto del tribunal es definitivo y por fuerza obligatorio, a menos de ser descartado por una jurisdicción superior por irregularidad o iniquidad. Según el TEDH este principio debe aplicarse parejamente a todo tipo de tribunales, comprendidos aquellos que se componen de un jurado (73). Aun si en ciertas condiciones, y especialmente en el caso, puede presentarse difícil producir pruebas que permitan refutar la presunción, la condición de imparcialidad objetiva provee de una garantía adicional importante (§ 32). El TEDH no valoró como decisivo que el juez hubiese probablemente descartado al jurado antes de la sentencia, si hubiese conocido el vínculo con el testigo de cargo, pues era natural que un magistrado vele para que la composición del jurado sea absolutamente irreprochable, y destacó que una vez terminado el proceso, y pronunciado el veredicto, debía determinarse si la permanencia del jurado tachado en el seno del tribunal de jurados constituía un defecto bastante grave para justificar la revocación de la decisión, y que debía investigarse si esa presencia era un elemento suficiente para arrojar una duda legítima sobre la imparcialidad del tribunal (§ 36). Al respecto estimó que el hecho de que un miembro del tribunal conozca personalmente a uno de los testigos no implica necesariamente que dicho miembro tendrá un prejuicio favorable respecto del

testimonio de esta persona, y debe decidirse en cada caso cuestionado si la naturaleza y el grado del vínculo en cuestión son tales que denotan una falta de imparcialidad de parte del tribunal (§ 38). En la especie el jurado no había trabajado en el caso y había recibido su preaviso de despido tres días antes de la apertura del proceso, de suerte tal que el TEDH no halló evidencias de que un observador objetivo hubiese concluido que el jurado estaba más inclinado a creer a su empleador que a los testigos de la defensa (§ 39), y agregó que el tachado no era sino uno entre quince jurados, elegidos al azar entre la población local, que el juez había dado instrucciones de examinar sin pasiones la credibilidad de todos los testigos, y que los jurados habían prestado juramento en ese sentido, lo que el TEDH calificó como garantías importantes de imparcialidad (§ 40), por lo que concluyó que no había habido violación al art. 6.1.

El caso "Gregory v. Reino Unido" (74), estuvo también cercano a no superar el test subjetivo. A raíz de una nota atribuida a uno de los jurados de la que surgirían indicios de prejuicio racista, el juez llamó al tribunal de jurados, le dio instrucciones sobre su deber de jurados en el sentido de decidir la causa sobre la sola base de las pruebas, y de no dejarse influenciar por cualquier otro factor que fuese, y les recomendó de desembarazarse de "todo prejuicio, cualquiera fuese su forma" (§ 47). El TEDH advirtió que aunque la garantía del proceso equitativo podría en algunas situaciones obligar a licenciar a los jurados, esta medida no es forzosamente la única que podría servir al objetivo de imparcialidad, y que el complemento de instrucciones al jurado, cuidadosamente formulado, podía ser suficiente, por lo que no halló violación al art. 6.1. (§ 48). Distinguió este caso del de Remli, pues en aquél los jueces de la Cour d'Assises se habían abstenido de reaccionar frente a la alegación según la cual un jurado identificable había sido oído decir que era racista, mientras que en este caso, el juez se había confrontado con el jurado y tomado medidas suficientes para asegurar la imparcialidad del tribunal (§ 49).

En el marco de protección regional americano, la Comisión IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso "William Andrews c. Estados Unidos" (75), sobre una cuestión semejante. Se trataba del hallazgo de una servilleta por uno de los miembros del jurado, que fue entregada al alguacil (que llevó a los miembros del jurado al restaurante para almorzar), en la cual se había escrito, en color negro, la frase "cuelguen a los negros" y dibujado una figura, también de color negro, colgando de una horca. Enterado por el alguacil, el juez de primera instancia había interrogado a éste sobre su origen (§ 164), pero no a los miembros del jurado. Después de ello había denegado la moción de que se declarara nulo el juicio y el juicio prosiguió con los mismos miembros del jurado (§ 163). Finalmente el imputado fue condenado a muerte y ejecutado. La Comisión IDH valoró que se había manifestado una cierta "predisposición racial" entre algunos de los miembros del jurado y porque al omitir el juez de primera instancia el interrogatorio de los miembros del jurado se inficionó el juicio, dando como resultado la condena, la sentencia a muerte y la ejecución del acusado (§ 165). Después de destacar que si el juez de primera instancia no quería declarar nulo el juicio, por lo menos debería haber realizado una audiencia con los miembros del jurado, censuró que el juez se hubiese limitado a interrogar al alguacil y a instruirlo para que hiciera una advertencia al miembro del jurado que había encontrado la nota, con lo cual dejó a su cargo este aspecto tan fundamental e importante (§ 168). En opinión de la Comisión, "el señor Andrews no fue oído en forma imparcial porque hay evidencia de que hubo 'predisposición racial' durante el juicio y porque el tribunal de primera instancia omitió realizar una audiencia probatoria de los miembros del jurado para determinar si la servilleta fue encontrada por miembros del jurado, según lo indicado por uno de sus miembros, o si los propios miembros la escribieron y

trazaron las palabras de contenido racista en la servilleta. Si la nota no se originó en los miembros del jurado y fue "encontrada" por el miembro del jurado en cuestión, el juez de primera instancia podría haber preguntado a los miembros del jurado, en una audiencia probatoria, si la nota con las palabras y el dibujo de contenido racial ejercería alguna influencia sobre ellos o menoscabaría su discernimiento, impidiéndoles juzgar el caso en forma imparcial. Si el tribunal hubiera realizado la audiencia, habría tenido la posibilidad de remediar, en caso de que se hubiera demostrado la necesidad de hacerlo, una situación que contraponía las obligaciones consagradas en la Declaración Americana (§ 171). Concluyó que el Estado había actuado en contravención al párr. 2º del art. XXVI de la Declaración Americana, porque el señor Andrews tenía el derecho de ser oído en forma imparcial (§ 172).

2. El test objetivo

El test objetivo de imparcialidad es comparable a la máxima judicial inglesa que expresa "justice must not only be done: it must also be seen to be done" (76). En este contexto, el TEDH ha enfatizado la importancia de las apariencias (77), y ha expresado 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" (78).

En la aplicación del test objetivo la opinión de la parte que alega parcialidad es importante pero no decisiva, lo que es crucial es si una duda sobre la imparcialidad puede ser "justificada objetivamente" (79) o "razonablemente" (80). Si hay una "duda legítima" o "razonable" sobre la imparcialidad del juez, éste debe apartarse del caso.

Distintas constelaciones de casos pueden distinguirse en la aplicación del test objetivo:

a) Existencia de vínculos con las partes y antecedentes políticos de los jueces. El TEDH ha hallado que no superaban el test objetivo los casos en los cuales el juez tiene un interés personal en el caso. Ese interés se encontró presente en el caso "Demicoli v. Malta" (81), en el que se trataba de un procedimiento parlamentario por una cuestión de privilegio en la que dos de los miembros del cuerpo que tomaron parte del procedimiento y de la sentencia eran los supuestamente ofendidos por el presunto ofensor; en el caso "Langeborger v. Suecia" (82), a raíz de la constitución del tribunal por jueces legos vinculados con una organización que tenía interés en la caducidad de una cláusula de concesión sobre la que debía juzgarse; en el caso "Le Compte, Van Leuven y De Meyere" (83), en relación a un tribunal profesional integrado por médicos con intereses estrechos respecto de uno de los médicos sometidos al procedimiento disciplinario.

El requerimiento de imparcialidad también fue aplicado a juicios por jurados en el caso "Holm v. Suecia"(84), en el que se había cuestionado la imparcialidad del tribunal a raíz de la existencia de vínculos entre miembros del jurado y los acusados por querrela privada por difamación en un libro sobre partidos de extrema derecha. Una mayoría del jurado eran miembros activos del partido político propietario del medio de prensa del primer acusado (editor) y el segundo había sido asesor de ese partido político.

De modo contrario se ha descartado que una activa participación política del juez en el pasado, en el mismo partido que el del acusado, pueda por sí sola sustentar una presunción de parcialidad, salvo que se demostrara que los miembros de un tribunal fueron designados en vistas a la opinión que se esperaba tendrían en el caso (85), o que se decida la integración del tribunal según las inclinaciones políticas del juez, en la medida en que todas las tendencias políticas hayan tenido posibilidad de intervención en el parlamento que lo designó (86).

b) Actuación previa en el mismo caso en ejercicio de otra función. El TEDH ha aplicado el

test objetivo principalmente en casos en los que el juez del juicio en un tribunal criminal previamente había tomado parte en etapas anteriores al juicio en diferentes funciones.

Según el TEDH "el mero hecho de que un juez haya tomado también decisiones en el caso antes del juicio no puede ser tomado por sí mismo como para justificar temores respecto de su imparcialidad [...] lo que importa es el alcance y la naturaleza de esas decisiones"(87). El TEDH se ha visto llamado a calificar el alcance y naturaleza de las funciones previas del juez en casos en los que había ejercido anteriormente funciones persecutorias, o había estado comprometido en la investigación preparatoria, o sin estar comprometido en ella había sido llamado a decidir sobre la pertinencia o subsistencia de la detención preventiva, o había sido llamado a intervenir en el juicio y en etapas de revisión de lo decidido en el juicio.

b.1. Ejercicio anterior de funciones persecutorias

En el caso "Piersack v. Bélgica" (88) el presidente del tribunal de juicio había sido anteriormente jefe de sección de la oficina de la fiscalía que había investigado el caso del peticionario e instituido procedimientos en su contra. Aunque no había prueba de que el juez hubiese tenido conocimiento efectivo de la investigación, o que hubiese habido actuado de algún modo en ella, el TEDH sostuvo que había habido una infracción al test objetivo al decir: "[...] si un individuo, después de haber tenido a cargo una oficina en el departamento del fiscal cuya naturaleza es tal que pudo haber tenido que tratar con una determinada materia en el curso de sus deberes, y sucesivamente toma el estrado como juez en el mismo caso, el público tiene títulos para temer que él no ofrece suficientes garantías de imparcialidad" (89).

Basándose en la importancia de las apariencias, los órganos convencionales concluyeron que la mera posibilidad de que hubiese estado involucrado en la investigación era suficiente para sostener una duda legítima en cuanto a su imparcialidad. El TEDH creó así una presunción de que cualquiera en la escala jerárquica puede estar involucrado, en la medida en que, por razón de sus funciones, pudo haber entrado en contacto con el caso (90).

En el caso "Kristinsson v. Islandia" (91), se trataba de un policía que debió oír como juez un caso de infracción de tránsito, que había sido llevado a juicio por policías subordinados de aquél, y que antes del juicio, había tratado infructuosamente de obtener un acuerdo sobre la sentencia con el imputado. Frente al informe de la Comisión que halló violación al art. 6° 1, el caso se resolvió con un arreglo amistoso.

Por el contrario, el TEDH no halló violación al art. 6.1 en el caso en "Thorgeirson v. Islandia" (92). En la especie se trataba de una condena a pena de multa por difamación, dictada por el tribunal correccional de Reykjavik, que había sesionado en doce audiencias, en seis de las cuales el ministerio público había estado ausente. El TEDH valoró que el acusador había estado presente en cada una de las audiencias de producción de pruebas y deposición de testigos, y en la audiencia de clausura de la instrucción, y que aparecía que en ocasión de las audiencias llevadas en ausencia de la fiscalía el tribunal correccional de Reykjavik no había debido examinar el fundamento de la acusación ni, "a fortiori", encargarse de las funciones que podría haber llenado el procurador de haber estado presente. En consecuencia, el TEDH tuvo por no justificados los temores de parcialidad.

La regla general predica pues que la pertenencia a las autoridades de persecución impide la actuación posterior como juez sobre el fondo (93).

b.2. Ejercicio anterior como juez de la investigación preparatoria o como juez de la pertinencia o subsistencia de la detención preventiva

En el caso "De Cubber v. Bélgica" (94) la cuestión trataba de un juez de juicio que anteriormente había actuado como juez de la investigación. Aunque el juez de la investigación era, a diferencia de un miembro del departamento de la fiscalía, independiente

de la persecución, tenía vínculos con ese departamento y razonablemente podía suponerse que ya se había formado antes del juicio un parecer sobre la culpabilidad del imputado, dando así lugar a que surgiese una "duda legítima" sobre su imparcialidad. El Gobierno había argumentado que no había riesgo de parcialidad por la duplicidad de funciones, pues ambas eran de naturaleza judicial y en su capacidad de investigación el juez debía recolectar pruebas tanto en contra como a favor del imputado. El TEDH siguió un abordaje objetivo en el que tuvo en cuenta las decisiones de mérito que el juez había debido adoptar en la investigación, y las opiniones que se había formado, que podría llegar a transmitir a sus colegas, la naturaleza y extensión de los poderes de investigación que había tenido, el carácter secreto e inquisitorial del procedimiento de investigación, y el hecho de que el tribunal de juicio que ahora integraba podía verse obligado a revisar las medidas que el mismo juez había tomado durante la investigación (95). En cuanto a esto último, no puede pasarse por alto que el hecho de llevar adelante sucesivamente tareas persecutorias y judiciales, en el mismo caso, no puede estar libre de la presión subconsciente a validar la decisión de acusar (96).

La situación es por lo regular diferente cuando las decisiones anteriores al juicio son tomadas por un juez que no es parte de la investigación o del procedimiento de acusación. En "Ben Yaacoub v. Bélgica" (97), se trataba de la integración de un tribunal correccional que debía fallar sobre el fondo de una imputación de robos reiterados, en el que tomaba parte un juez que había intervenido anteriormente en el mismo caso como juez unipersonal de la "Chambre de Conseil" que había confirmado el mandato de detención del imputado, había prolongado dos veces su detención preventiva en contra de la opinión favorable a la libertad del juez de instrucción, y había ordenado que el imputado fuera remitido a juicio con otros coinculpadados ante un tribunal correccional. A raíz de un acuerdo amigable el TEDH no se pronunció sobre el caso. La Comisión Europea, en el informe mediante el que había llevado el caso al TEDH, siguiendo el criterio subjetivo-objetivo, sostuvo que en el caso debía seguirse un enfoque objetivo que tomase en cuenta consideraciones funcionales y orgánicas, para lo cual examinó el conjunto de atribuciones de la Cámara de Consejo, según la ley belga, y después, cuál había sido la extensión de la participación del juez unipersonal de esa Cámara de Consejo en el caso concreto. En cuanto a lo primero tuvo en cuenta que según la ley belga tenía amplias y variadas atribuciones, tales como controlar la regularidad de la instrucción y que ésta estuviese completa, y ordenar la remisión a juicio del imputado sólo en el caso en que juzgara que existían indicios suficientes de culpabilidad, confirmar el mandato de detención del juez de instrucción, y decidir mensualmente sobre la prolongación de la detención preventiva, imponer a los "crímenes" un procedimiento correccional en caso de que reconociese la existencia de circunstancias atenuantes, poner fin a la persecución en caso de ausencia de indicios de culpabilidad, o la existencia a favor del imputado de causas de justificación, o de un estado mental que hiciera aplicable la ley de defensa social de modo prevaleciente sobre la ley penal. Sobre esto concluyó que la amplitud de estas funciones permitían al magistrado un conocimiento profundo del caso y de la personalidad del prevenido, a riesgo de formarse una opinión anticipada sobre su culpabilidad (confr. §§102,103). En cuanto a lo segundo, tuvo en cuenta que en el caso concreto el juez había ejercido las siguientes atribuciones: confirmación del mandato de arresto, prolongación por dos veces de la prisión preventiva contra la opinión del juez de instrucción, por considerar que había "indicios suficientes de culpabilidad en su contra", remisión del imputado a juicio, y "correccionalización" del procedimiento por existir circunstancias atenuantes. Sobre la base de esos elementos opinó la Comisión que era legítimo a los ojos del requirente que pudiese

ser sospechado de haber jugado un rol decisivo en su condena (§§103, 108, 109) Adicionalmente, la Comisión tuvo en cuenta que el procedimiento de la Cámara de Consejo, en ocasión en que el juez se había pronunciado por la prolongación de la detención, era secreto y confidencial (§ 112) y que según el art. 127 del Cód. Judicial belga, un magistrado que hubiese desempeñado las funciones de juez de instrucción no podría presidir una corte de "Assises", ni ser su consejero, y que según la Corte de Casación belga tampoco podía tomar estrado en calidad de consejero en el procedimiento de apelación, de lo que surgía la voluntad del legislador y de la jurisprudencia de sustraer a las cortes de "Assises" y a la jurisdicción de apelación de toda sospecha legítima de parcialidad. Esta argumentación debería haber sido válida también para impedir que el juez que decide sobre la regularidad de la instrucción tomase parte en el juicio del tribunal correccional que condenó al imputado (§113) (98).

En "Hauschildt v. Dinamarca" (99) un juez que había tomado numerosas decisiones anteriores al juicio, tales como detención provisional, confinamiento en aislamiento y otras materias dependientes de aquéllas, más tarde ofició como presidente del tribunal en el juicio del acusado. Bajo el sistema danés el juez no había tomado parte en la preparación del caso para el juicio o en la decisión de acusación. En vez de ello, su rol había sido el de actuar como juez independiente, tomando decisiones tales como fianzas, etc., en audiencia pública, a petición de la policía, y después de haber oído a la defensa. El TEDH afirmó que el hecho de que un juez del juicio hubiese tomado decisiones previas al juicio en el marco de tal sistema no daba lugar a una "duda legítima" sobre su imparcialidad en ausencia de "especiales circunstancias". En el caso encontró presentes esas "especiales circunstancias" en tanto que las decisiones del juez para disponer la detención provisional del imputado se habían fundado en una base legal (art. 762, párr. 2º, de la ley de administración de justicia) que requería al juez que estuviese convencido de que hubiese una "sospecha de culpabilidad particularmente confirmada". Esto involucró al juez en formular una opinión sopesada sobre la culpabilidad del peticionario y contrastaba con la situación normal en el derecho danés, que no habría levantado una duda legítima en cuanto a la imparcialidad, en la que el juez hubiese buscado sólo fundamentos "prima facie" para las sospechas de la policía que dieron lugar a su detención (§50).

En el caso "Pfeifer y Plankl v. Austria" (100), se trataba de la intervención como jueces en el debate de dos magistrados que habían intervenido como jueces de la instrucción. En este caso el TEDH evaluó que, a la luz de la expresa prohibición de la ley procesal doméstica, que excluía del examen del caso al juez que hubiese debido ya ocuparse como juez instructor, daba evidencia de la preocupación del legislador doméstico por descartar toda duda razonable en cuanto a la imparcialidad de las jurisdicciones de juicio, y concluyó que el imputado Pfeifer había sido juzgado por un tribunal cuya imparcialidad era discutible desde el ángulo mismo del derecho interno. En esas condiciones, estableció que en el caso poco importaba determinar el rol exacto jugado en la etapa de la instrucción por los jueces de que se trataba (§ 36). A la luz de la prohibición del derecho interno el TEDH consideró violadas en conjunto las garantías de ser juzgado por un tribunal establecido por la ley, y de imparcialidad.

En el caso "Sainte-Marie c. Francia" (101), se trataba de una alegación de parcialidad contra la corte de apelación de Pau, que había condenado al peticionario a cuatro años de prisión, dos de cuyos miembros habían anteriormente integrado la cámara de acusación de la misma corte de apelación, y decidido sobre una demanda para que fuese puesto en libertad. Se quejaba el peticionario de que al confirmar una resolución de rechazo de la libertad, esos

jueces se habían visto necesariamente obligados a preguntarse sobre la existencia de razones plausibles para sospechar que el recurrente hubiese cometido la infracción, y de ese modo, a proceder a un examen previo sobre el fondo, y así habían tomado partido sobre el valor de las pruebas e indicios recogidos en contra el imputado (§§ 21 y 30). El TEDH opinó que la tesis del requirente era contraria a la jurisprudencia del caso "Hauschildt" según el cual el simple hecho de que un juez --no encargado de preparar el expediente para el debate de fondo-- hubiese ya tomado decisiones antes del debate, especialmente sobre el punto de la detención provisional, no puede justificar en sí las aprensiones en cuanto a su imparcialidad y que sólo las circunstancias particulares podrían, como en ese caso, autorizar otra conclusión (§ 32) (102). El TEDH estimó relevante que las decisiones sobre la libertad provisional se habían remitido a una decisión anterior de la cámara de acusación, con una integración ampliamente diferente, y ésta se había basado en las propias declaraciones del imputado, reconociendo su pertenencia a un grupo revolucionario vasco, la propiedad de las armas, municiones y objetos prohibidos o sospechosos descubiertos en los autos y en su domicilio, y haber participado como chofer en una expedición violenta contra la Gendarmería de Lecumberry. La cámara de acusación había estimado relevante que esas declaraciones aparecían como libremente prestadas, que el imputado jamás alegó que le hubieren sido extorcadas, y que además fueron corroboradas por pruebas materiales no contestadas por el imputado. En ese marco, sostuvo el TEDH que los jueces se habían limitado a apreciar sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la Gendarmería tenían cierta consistencia y permitían creer en un riesgo de fuga (§ 33), y que en esas condiciones que las aprensiones del peticionario no estaban objetivamente justificadas, y que no había habido violación al art. 6.1 (§ 34).

En el caso "Fey v. Austria" (103), se trataba de la presunta parcialidad de una juez de un tribunal de distrito de Zell am Ziller que antes del juicio había oído a la presunta víctima en virtud de una comisión rogatoria del juez de la instrucción y había tomado otras medidas, y que después había conocido el caso como juez del juicio, dictando la sentencia sobre el fondo. El TEDH señaló que la juez se había limitado a hacer las preguntas pedidas por el juez instructor, y a asentirlas en acta, y que a ese momento no le competía ni surgía del expediente que hubiese debido tomar una decisión sobre el fondo (§ 31). Entre la radicación del caso en el tribunal de distrito y el debate la juez había tomado medidas consistentes en pedidos de informes a un banco y dos compañías de seguros para que informe si había habido pagos en las cuentas del imputado, o si había reclamado una pensión y con las respuestas había remitido el expediente al tribunal de distrito de Innsbruck para que pudiera ampliar el interrogatorio del imputado Fey. El TEDH calificó a estas medidas destinadas a completar el expediente antes de la audiencia como de carácter preparatorio (§§12, 13 y 32). También señaló el TEDH que la decisión de fijación de la audiencia de debate no parecía indicar, como pretendía el peticionario, que la juez creía probable su culpabilidad, pues ésta aplicaba sin más la regla de derecho interno que prescribía fijar la fecha de la audiencia desde la terminación de la encuesta preliminar necesaria, que no debía asimilarse a un envío formal a juicio, pues el procedimiento se había trabado en el caso por la simple petición de la fiscalía, pidiendo al tribunal de distrito la aplicación de una pena (§§ 33-34). La juez no había conocido al imputado sino en la audiencia de debate en la que oyó a la supuesta víctima, y en la que se produjeron todos los elementos de prueba. En opinión de la Corte fue sólo en ese estadio que la juez se pudo formar una opinión sobre la culpabilidad del interesado, y que aparecía que todas las medidas tomadas antes del debate fuesen propias a llevarlas a prejuzgar sobre el fondo, al punto de que el imputado fue absuelto de uno de los dos cargos

de la acusación. Concluyó así que las citadas medidas se distinguían en extensión y naturaleza de las que se habían conocido en el caso "De Cubber", y, por ende, no halló que la sospecha de parcialidad estuviese objetivamente justificada (§ 35) (104).

En el caso "Padovani c. Italia" (105), se trataba de la actuación sucesiva del mismo funcionario como pretor y juez del fondo del caso y el peticionario se quejaba de la acumulación de las funciones de investigación y de juicio. Antes del debate el pretor había interrogado al imputado, había tomado medidas que restringían su libertad, y lo había citado a comparecer ante él (§§ 10, 11 y 28). El TEDH estimó que las dudas del imputado sobre la parcialidad del juez no estaban objetivamente justificadas. Según la ley doméstica el juez del fondo habría podido oír a los inculcados antes de la audiencia, al dictar el mandato de arresto, el juez se fundó sobre las propias declaraciones del señor Padovani (§ 28) (106); y el pretor obedecía a disposiciones precisas aplicables a delitos en flagrancia que eran de su competencia, bajo la forma de "juicio directísimo", procedimiento sumario que buscaba responder a la exigencia de respeto del "plazo razonable" (§ 28), por lo que estimó que no hubo violación al art. 6.1.

En el caso "Nortier v. Países Bajos", el TEDH tampoco encontró que se hubiese violado la garantía de imparcialidad. Se trató allí de un proceso especial de menores por la imputación de violación, en el que desde el comienzo de la instrucción, hasta la finalización del juicio, el caso había sido examinado por un único juez que había tomado todas las decisiones pertinentes. Este magistrado había decidido en cuatro oportunidades sobre la puesta en custodia primero y detención provisoria del imputado menor. Finalmente, el imputado no fue sometido a pena, sino a una medida de tratamiento psiquiátrico en un establecimiento para jóvenes delincuentes desde el que fue puesto definitivamente en libertad tres años después de la sentencia. Aunque el peticionario se quejó de que esas decisiones sobre su detención preventiva implicaban una toma de posición en cuanto a la existencia de indicios serios de que el imputado habría cometido el delito y de que el juez debía haberse formado una idea de la pena o medida a pronunciar, pues la ley lo obligaba a asegurarse de que la detención provisoria no durase más allá de la privación de libertad a imponer eventualmente a título de pena o de medida, el TEDH reiteró que el hecho de que el juez hubiese tomado decisiones antes del juicio, especialmente sobre la detención provisoria, no podría en sí justificar dudas en cuanto a su imparcialidad, sino que lo que contaba era la extensión y naturaleza de las medidas en cuestión. A este respecto valoró que en el caso concreto, salvo la detención provisoria del peticionario el juez había dictado una sola providencia antes del proceso, haciendo lugar a un pedido de la fiscalía para que fuese sometido a un examen psiquiátrico, y que no usó de otro modo sus poderes de juez de instrucción. Sostuvo que las resoluciones relativas a la detención provisoria, no podrían legitimar aprehensiones sobre su imparcialidad salvo que se dieran las situaciones especiales de los casos "Hauschildt v. Dinamarca" y "Sainte-Marie v. Francia" las que no encontró reunidas pues a los fines de esas decisiones el juez holandés no tuvo que conocer de las mismas cuestiones que las que había tenido que tratar al pronunciarse sobre el fondo sino simplemente constatar la existencia de indicios serios para lo cual le bastaba verificar a primera vista si la acusación presentada por el ministerio público reposaba sobre datos válidos (107).

En el caso "Saraiva de Carvalho c. Portugal" (108), una sala del tribunal criminal de Lisboa, que impuso al imputado la pena de quince años de prisión militar, había estado integrada por un juez que antes del juicio había dictado un despacho de pronuncia en su calidad de juez encargado del caso. Según el peticionario tal decisión implicaba que desde ese estadio del procedimiento el magistrado estaba convencido de la culpabilidad del imputado, lo que no

podía evitar afectar la orientación de la audiencia del debate, confiada al presidente (§ 30). En el despacho de pronuncia el juez había controlado la regularidad de la instrucción y la inexistencia de otros motivos que impidiesen un examen adecuado del fondo, había estimado que los indicios presentados por el ministerio público no bastaban para autorizar un debate serio respecto de cuatro de los imputados y por ende rechazado la remisión a juicio pedida respecto de ellos, y por otra parte había acogido su petición de remisión a juicio respecto de los otros acusados, entre ellos el peticionario, manteniendo la detención preventiva. El TEDH admitió la defensa del Gobierno en el sentido de que esa decisión intermedia no equivalía a una remisión a juicio, pues según el derecho portugués aplicable al caso al dictar el despacho de pronuncia el magistrado encargado del caso determinaba a primera vista si las peticiones del ministerio público y el expediente contenían un principio de prueba suficiente para que pueda imponerse a un individuo la carga de un debate, y que las cuestiones a decidir en la ocasión eran diferentes de las que eran determinantes al momento de la sentencia definitiva. El TEDH tuvo por evidencia de ello el hecho de que la cámara criminal, presidida por el juez que había dictado el despacho de pronuncia, absolvió a dieciséis de los acusados que habían sido objeto de ese despacho (§ 37). El TEDH justificó su abordaje diferenciándolo de los precedentes de los casos "Piersack" y "De Cubber", "por la naturaleza de las tareas que los jueces que habían tomado parte en dichos casos ejecutaron antes de examinar el fondo". El TEDH estimó que "(...) al elaborar el despacho, el juez Salvado actuaba en el marco de sus funciones de juez de la cuarta sala, no cumplía ninguna de juez de instrucción o de acusación. Su conocimiento profundo del expediente no implicaba un prejuicio que impidiera considerarlo como imparcial al momento de la sentencia sobre el fondo. Su rol, en el estadio inicial del procedimiento, no consistía en asegurar la existencia de sospechas particularmente reforzadas (sentencia "Hauschildt" citada, § 52), sino la existencia de indicios suficientes" (109). En esas condiciones, la apreciación preliminar del juez no podría tenerse como una constatación formal de culpabilidad (§ 38). El TEDH también destacó que la decisión de mantener a un imputado en detención provisional no podría legitimar aprensiones en cuanto a la imparcialidad de un juez sino en el caso de "circunstancias especiales", que no halló en el caso, pues el juez no se había librado a ninguna apreciación nueva que pudiera ejercer una influencia decisiva sobre su opinión en cuanto al fondo, y había procedido sin más a un examen sumario, que no revelaba elementos que militaran a favor de la soltura del requirente (§ 39) en razón de todo lo cual no tuvo la queja de parcialidad por objetivamente justificada y declaró que no había habido violación del art. 6.1.

En el caso "Bulut c. Austria" (110) se trataba de la participación en el debate de un juez que, antes de éste, durante la instrucción preparatoria, había recibido declaración a dos testigos, y de la cuestión de si esa intervención podía arrojar una duda sobre la imparcialidad de la jurisdicción de juicio (§§ 30, 33). El TEDH recordó su doctrina según la cual el hecho de que un juez de primera instancia haya debido conocer ya del asunto antes del juicio no podría en sí justificar aprensiones en cuanto a su imparcialidad. Seguidamente valoró que, a diferencia del caso "Hauschildt" el juez no había estado encargado de preparar el expediente a los fines del debate, ni ordenar la remisión a juicio del imputado, más aún no se demostró que el magistrado hubiera debido tomar alguna decisión durante la instrucción, su rol, limitado en el tiempo, había consistido en interrogar a dos testigos, lo que no comportaba ninguna apreciación de los elementos producidos ni exigía del magistrado ninguna conclusión en cuanto al imputado. En ese contexto limitado el TEDH no consideró objetivamente justificada la queja de parcialidad, y agregó que en el caso, ni siquiera podría pretender haber tenido

motivos legítimos para dudar de la imparcialidad del tribunal que lo juzgó, en cuanto podía recusar su composición y se había abstenido de ello (§ 34).

En el caso "Castillo Algar v. España" (111) se trató de una condena dictada por un tribunal militar colegiado, por delito contra el tesoro militar, en el que dos de los tres jueces que lo habían integrado durante el juicio, habían tomado parte anteriormente en la Cámara que había confirmado el auto de procesamiento del juez de instrucción. El TEDH reiteró que el simple hecho de que un juez hubiese tomado ya decisiones antes del juicio no podía, por sí solo, justificar las apreciaciones en cuanto a su imparcialidad (§ 46) (112), pero destacó que en el caso concreto los términos empleados por la cámara del tribunal militar central que decidió sobre la apelación del auto de procesamiento, podían fácilmente dar a pensar que ella hacía finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal supremo según el cual existían "indicios suficientes que permitían concluir que un delito militar había sido cometido" (§ 48), y concluyó que en esas circunstancias la imparcialidad de la jurisdicción podía suscitar dudas y los temores de parcialidad del peticionario debían tenerse por objetivamente justificados.

b.3. Participación de un juez en la misma función pero en tiempos sucesivos

La jurisprudencia del TEDH parece indicar que éste no estaría dispuesto a admitir que esté afectada la imparcialidad del tribunal cuando éste ha fallado sobre el caso y debe volver a hacerlo después de que su fallo fue revocado por un tribunal superior y reenviado para su decisión a ese mismo tribunal, o cuando debe entender nuevamente en el caso fallado a raíz de la remisión a juicio de un nuevo imputado por el mismo hecho, o de uno que estaba prófugo durante el debate anterior. En punto a lo primero descartó una violación al art. 6.1 en el caso "Ringeisen v. Austria" (113) según el cual no podría sentarse un principio general derivado del deber de imparcialidad en el sentido de que una jurisdicción de apelación, que anula una decisión administrativa o judicial, tendría la obligación de reenviar el asunto a otra autoridad jurisdiccional o a un órgano de esa autoridad integrado de modo diverso. En el caso "Oberschlick v. Austria" (114), en el que se trataba de un juez que había participado de la anulación de una decisión de archivo, y que posteriormente había tomado parte en el examen de una apelación dirigida contra la condena del peticionario, el TEDH no llegó a pronunciarse sobre este aspecto, pues lo relevante para determinar la violación al art. 6.1 fue la percepción de que un tribunal integrado en forma contraria a la ley interna, sin renuncia válida del imputado, no podía ser considerado un tribunal "establecido por la ley".

En el marco del derecho doméstico, no hay ya una regla general del estilo de la derogada del art. 55, inc. 1º del Cód. Procesal Penal, que permitía la recusación del juez "si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento". Esto deja abierta una puerta a decisiones sucesivas de las mismas personas, en ejercicio de la misma función, después de haber dictado una sentencia de mérito sobre el caso (115).

V. ¿Puede renunciarse al derecho a un tribunal imparcial?

Mientras que la Comisión EDH ha sostenido que el derecho a un tribunal imparcial puede ser renunciado (116), el TEDH ha dejado relativamente abierta la cuestión. En el caso "Oberschlick c. Austria", el TEDH debió examinar si había habido una renuncia a tal derecho, sin discutir la posibilidad de renunciar a él (117). Poco después, en el caso "Pfeifer y Plankl v. Austria" (118), el Gobierno había alegado que había habido renuncia implícita del imputado al omitir contestar en tiempo útil la composición del tribunal que lo había enjuiciado. El TEDH afirmó que según su propia jurisprudencia "la renuncia a un derecho garantizado por la Convención --en la medida en que sea lícita-- debe estar establecida de manera inequívoca", y que en el caso de derechos de naturaleza procedural, tal declaración debe estar rodeada

de garantías mínimas correspondientes a su gravedad (§ 37). Según el Código Procesal Penal local, los jueces tenían la obligación de señalar al presidente del tribunal regional la circunstancia que importaba su exclusión, y les correspondía igualmente abstenerse, bajo pena de nulidad, de todo acto judicial posterior. De otra parte ningún texto del derecho austríaco permitía la renuncia expresa de un acusado a ser juzgado por un tribunal cuya composición obedeciese a la ley, ni, en consecuencia, fijaba un procedimiento de renuncia. De tal suerte, tal derecho revestía una importancia capital y su ejercicio no podía depender sólo de los interesados. También destacó que uno de los jueces había hecho al imputado -- profano en derecho-- una pregunta esencialmente jurídica, en ausencia de su abogado, de la que no estaba en condiciones de comprender todas sus implicancias. Una renuncia del derecho bajo esas condiciones estaba sujeta al menos a cautela, y el hecho de que el imputado no hubiese estimado necesaria la presencia de su abogado no cambiaba nada (§ 38). De tal suerte, aun suponiendo que un acusado pudiese renunciar a los derechos en cuestión, las circunstancias que rodearon la decisión del requirente la privaron de toda validez a la luz de la Convención (§ 39).

La jurisprudencia del TEDH exige que la renuncia del imputado no sólo sea expresa, sino además voluntaria, lo que implica que éste posea una libertad de elección completa, libertad que no existe cuando se renuncia al desarrollo de un proceso equitativo para evitar otras desventajas, con cuya aplicación se amenaza(119), y además que tenga acceso a asesoramiento legal y que pueda ser consciente del alcance y efectos de su renuncia (120). La doctrina sostiene que podría argumentarse que la imparcialidad o independencia de los tribunales es una cuestión estructural de interés público general, y que, por ende, no debería permitirse su renuncia a quien en particular es parte en un procedimiento dado (121).

En el caso "Bulut c. Austria" (122), se volvió a plantear la cuestión. El requirente sostenía que la ley doméstica expresamente preveía que el juez que había participado de la instrucción preliminar debía ser excluido del debate, y que tratándose de una ley imperativa no sería posible su renuncia por parte del imputado, y que por ende no había sido juzgado por un tribunal que no era "imparcial" ni "establecido por la ley" (§ 26). El Gobierno había sostenido que en la ley doméstica ello no constituía un motivo de exclusión automática, y que la ley sólo preveía la nulidad de la sentencia si el acusado hubiese invocado la causa de exclusión inmediatamente después de haber tenido conocimiento de ella. En el caso el juez que presidía había informado a la defensa, antes del debate, que uno de los jueces del tribunal había tomado parte en la instrucción, y había invitado al abogado a manifestar si recusaría al juez por ese motivo, pero el abogado no respondió. En la audiencia, antes de la recepción de la prueba testifical el juez que presidía había preguntado una vez más a las partes si se opondrían a la participación de aquel juez, y según el acta levantada, las partes renunciaron a su derecho a invocar este punto como medio de nulidad, acta respecto de la cual no se pidió rectificación alguna. La Comisión destacó que a diferencia del caso "Pfeifer y Plankl v. Austria", en el que había estimado que la renuncia no era válida, en la especie la manifestación de renuncia habría sido inequívoca y aceptada por un abogado experimentado (§ 27) y expresó que la presencia de un juez de instrucción en el debate era tan poco deseable a la luz del art. 6.1 de la Convención, y del rigor de la ley austríaca, que no debería ser permitida a un imputado sino a condición de que el interesado la consienta por sí en función de todas las informaciones pertinentes y en ausencia de toda presión indebida. En el caso consideró que el peticionario tenía la posibilidad de renunciar a su derecho de recusar al juez y que había hecho uso de él de modo válido (§ 28). El TEDH siguió un abordaje distinto, señaló que independientemente de la cuestión de saber si se había o no hecho una

renuncia, ese tribunal debía todavía decidir, desde la óptica de la Convención, si la participación en el debate del juez que, antes de éste había tomado parte en el interrogatorio de los testigos, podía arrojar una duda sobre la imparcialidad de la jurisdicción de juicio, y se abocó al fondo de la cuestión, examinando la naturaleza y alcance de los poderes ejercidos por el juez (§ 30). Con este abordaje, el TEDH prácticamente restó todo valor a la renuncia "desde la óptica de la Convención", lo que parece insinuar que está reservándose el control del requisito de imparcialidad como presupuesto de un proceso equitativo, más allá de la posibilidad de renuncia en el orden de la legislación doméstica. Esta insinuación no es irrelevante a la luz de las legislaciones internas que establecen reglas de caducidad para recusar a los jueces.

Si se trata de observar los estándares internacionales de órganos de aplicación de instrumentos de derechos humanos, y en su caso, de aceptar los que fija el TEDH para provisiones contractuales análogas, debe advertirse con cautela acerca de la interpretación de reglas del derecho doméstico sobre caducidad para resolver sobre la admisibilidad de una recusación, interpretación que deberá hacerse a la luz de los criterios antes apuntados. En cuanto al tema interesa, no podrá interpretarse al emplazamiento del art. 354 del Cód. Procesal Penal como un acto que precluye toda posibilidad de impugnar la intervención en el juicio de un juez que ha tomado medidas durante la preparación de tal naturaleza, y en un marco normativo y fáctico tal, que funden un temor objetivo de parcialidad.

VI. Conclusión

En el dictamen del procurador general en el caso "Zenzerovich" se observa que éste propone una regla general abstracta: "quien instruyó el proceso penal, total o parcialmente, no pueda dirigir el juicio y dictar la sentencia". La minoría de la Corte, al resolver el caso, ha contestado la pretensión de aquél con un enfoque casuista. La tendencia a la formulación de una regla general se observa también en otra jurisprudencia. Así la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso "Galván, Sergio D." (123), que ha declarado que "un magistrado que intervino como juez de instrucción ya ha formado opinión, aun mínimamente, sobre la culpabilidad que en el hecho le cupo a quien es perseguido penalmente, constituyendo tal temor de parcialidad causa suficiente para el apartamiento del mismo". También de modo análogo, aunque aparentemente más acotado, se observa que se ha entendido que "el juez que ha intervenido con poder decisorio en la instrucción preparatoria no puede, con arreglo al art. 18 de la Constitución y a los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, actuar en el juicio" (124). También la doctrina tiende a presentar fórmulas generales y abstractas al sostener que el juez que ha actuado en la instrucción no puede participar en el juicio (125). La formulación más exhaustiva sostiene que "la sola circunstancia de haber intervenido en la instrucción, produciendo actos que pueden haber permitido valorar, incorporar o rechazar pruebas de cargo o descargo, sea de manera directa, dirigiendo la investigación preliminar en la etapa de instrucción del sumario, o al controlar la labor fiscal por haber delegado la instrucción, o, por haber emitido opinión como integrante de la cámara de apelaciones controlando la ausencia de requerimiento fiscal, tanto al inicio del asunto como al momento de la elevación a juicio por vía del control jurisdiccional, determina el apartamiento del juez para intervenir en el juicio (o plenario) y, asimismo, conocer del recurso de la sentencia que de él se derive" (126).

No constituye el objeto de este comentario examinar la corrección, "de lege lata", de esas fórmulas generales. Por cierto, nada puede objetarse a ellas desde el punto de vista valorativo pues tienden a organizar las competencias con la finalidad de resguardar de la manera más amplia posible la garantía de imparcialidad, y tienen la ventaja de su alto grado

de previsibilidad, evitando incidencias ora estériles ora mortales para el principio. En ese sentido una regla legal clara es no sólo deseable sino imperiosa, tanto desde el punto de vista de la garantía, como del de la economía procesal.

Al inicio del comentario adelanté que se trataría de mostrar cuál es la capacidad de rendimiento del derecho internacional de los derechos humanos para resolver el punto. La fórmula "tribunal imparcial" por su generalidad y textura abierta está necesitada de interpretación, y hasta ahora no hay una producción de los órganos del sistema americano que permita delinear suficientemente sus contornos. Ahora bien, si resulta lícito recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para asignarle, aunque más no sea un contenido aproximado, se advierte que no se pueden formular las reglas generales abstractas sobre su base. Cuando sobre la base de una observación incompleta de la jurisprudencia del órgano europeo el P. G. funda una regla general, no solo no consulta esa doctrina, sino que además toma al toro por las astas con una firmeza que el material argumentativo que presentaba no le ofrecía.

En efecto, de la reseña que se ha intentado hacer, la primera observación que debe formularse es que no puede extraerse del "case law" del TEDH una regla abstracta general que establezca que quien ha actuado como juez en la etapa de la instrucción deba necesariamente estar inhabilitado para intervenir en el juicio. Se observa de ella que el TEDH ha examinado los casos a través de un abordaje casuístico, teniendo en cuenta sus particularidades, antes que formular una doctrina general (127), y en cuanto respecta al test objetivo de imparcialidad, la doctrina destaca que "éste surge esencialmente de consideraciones de orden formal y el grado elevado de generalización y de abstracción por la formulación de los conceptos solamente puede ser testado sobre una base rigurosamente casuística, esto es, por el análisis 'in concreto' de las funciones y de los actos procedimentales del juez", pues la imparcialidad de un tribunal "no resulta de consideraciones generales abstractas, separadas de las particularidades de los casos concretos, en su dimensión fáctica" (128). Parece entonces que no puede predicarse de modo general que cualquier desempeño sucesivo en funciones como juez de investigación o de juicio resultarán según el test objetivo en una falta de imparcialidad a la luz de la doctrina de los órganos de aplicación europeos. Tres factores deberían tomarse en consideración: a) el grado en que las cuestiones sobre las que ha tenido que dar su primera impresión al decidir como juez de la investigación se asemeja a las cuestiones que deberá resolver antes de pronunciarse sobre la culpabilidad del imputado (129); b) la naturaleza de los procedimientos en cuyo contexto el juez de la investigación fue llamado a decidir (130) y c) la existencia de distinciones legales en cada país cuyo objeto y finalidad sea evitar riesgos de parcialidad (131).

a) La naturaleza y el alcance de las decisiones anteriormente tomadas

Aquí es relevante determinar hasta qué grado se asemejan a las cuestiones que deberá resolver el juez en la sentencia sobre el fondo, aquéllas sobre las que ha tenido que dar su primera impresión como juez de la investigación o de preparación del juicio, o de control de las decisiones del primero, antes de decidir pronunciarse definitivamente sobre la culpabilidad del imputado en el debate.

Según la jurisprudencia del TEDH que se ha reseñado, la estructura "judicial" del órgano de la investigación no basta por sí sola para asegurar la imparcialidad cuando el juez ha tomado decisiones de mérito en las que ha debido formarse un juicio sobre la posible culpabilidad del imputado, ni siquiera cuando la ley obliga al juez a recolectar pruebas tanto en contra como a favor de él ("De Cubber v. Bélgica"). Tampoco pueden descartarse dudas sobre la

imparcialidad cuando el juez, aunque no tuviera a su cargo la investigación preparatoria, hubiera debido controlar la regularidad de la investigación, revisar, confirmar y prorrogar la detención preventiva del imputado, y examinar si había mérito para la remisión a juicio ("Ben Yaacoub v. Bélgica"); ni siquiera cuando se limitó a tomar decisiones sobre la libertad del imputado, si esas decisiones exigen que, para mantener la detención, el juez se forme una convicción particular sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado ("Hauschildt v. Dinamarca") y valore la existencia de "indicios suficientes" en el sentido de que el delito ha sido cometido ("Castillo Algar v. España"). Pero el TEDH no encuentra objetivamente fundadas las dudas sobre su parcialidad, cuando, en su actuación anterior, el juez se ha limitado a una apreciación "prima facie" o sumaria sobre la consistencia del cargo y el riesgo de fuga ("Sainte-Marie c. Francia") (132) o simplemente a constatar la existencia de "indicios serios" para lo cual le bastaba verificar a primera vista si la acusación presentada por el ministerio público reposaba sobre datos válidos ("Nortier v. Países Bajos").

Por excepción, sostiene el TEDH que la interrogación del imputado y el mandato de arresto no pondrían en duda la imparcialidad en el caso en que éste último se hubiese fundado sobre las propias declaraciones del imputado, sin necesidad de un examen más profundo ("Padovani c. Italia") (133). La corrección de este criterio es altamente dudosa, máxime cuando la interrogación del imputado no sólo se hace en presencia del juez, sino que está a su cargo (134).

Tampoco parecen afectar la presunción de imparcialidad, según el TEDH, las actividades aisladas del juez en la recolección de elementos de prueba cuando no ha tenido un rol activo, sino que ha obrado restringiéndose a la petición de otros, tal por caso el de una rogatoria en el que se restringió al interrogatorio según un pliego de preguntas o a la emisión de dos pedidos de informes ("Fey v. Austria"). O cuando el juez no había estado encargado de preparar el expediente a los fines del debate, ni ordenar la remisión a juicio del imputado, y se había limitado a interrogar a dos testigos, sin necesidad de valorarlos o extraer alguna conclusión en cuanto a la culpabilidad del imputado ("Bulut c. Austria").

Una actuación anterior del juez mediante una decisión (despacho de pronuncia) sobre la regularidad de la instrucción y la inexistencia de otros motivos que impidiesen un examen adecuado del fondo, sobre el rechazo de la remisión a juicio respecto de algunos de los imputados debido a la insuficiencia de los indicios presentados por la fiscalía, y la orden de remisión a juicio respecto de ellos, y por otra parte había acogido su petición de remisión a juicio respecto de los otros acusados, manteniendo la detención preventiva no fueron suficientes para que el TEDH pusiera en duda la imparcialidad de ese juez en el juicio, pues según el derecho doméstico el magistrado sólo había procedido a examinar "a primera vista" si las peticiones del ministerio público y el expediente contenían "un principio de prueba" suficiente para que pudiera imponerse a los imputados la carga de un debate, y que las cuestiones a decidir en la ocasión eran diferentes de las que eran determinantes al momento de la sentencia definitiva ("Saraiva de Carvalho c. Portugal") (135).

Por otra parte, la remisión a juicio puede afectar la imparcialidad del juez cuando ésta exige hacer mérito de la investigación ("Ben Yaacoub v. Bélgica") pero no cuando se procede por simple decreto a petición del acusador, sin necesidad de hacer mérito de ella ("Fey v. Austria") o sobre la base de un examen "prima facie" ("Saraiva de Carvalho c. Portugal").

A la luz de esa jurisprudencia, se advierte que el voto de la minoría de la Corte Suprema al votar en "Zenerovich" ha recurrido a jurisprudencia pertinente para el caso, pero al aplicarla al caso concreto se ha apartado de sus principios. En ese voto se ha dicho que no se encontraba en duda la imparcialidad del juez correccional que había dictado auto de

procesamiento e impuesto una inhabilitación provisoria para conducir automotores, pues esas medidas "tienen naturaleza provisoria, pueden ser revocadas o apeladas, y en modo alguno implican pronunciarse sobre la culpabilidad del imputado", y rechazó que se tratase de un caso de "prejuzgamiento".

Nadie discute que no se trata en ese caso de una decisión final, sino provisoria, pues si lo fuera, ninguna razón habría para que siguiera el proceso. Se trata de examinar, justamente, hasta qué punto un juez, cuando dictó la medida simplemente provisoria y revocable, se ha "comprometido" con cuestiones de la misma naturaleza de aquéllas que deben ser decididas en el debate. Al respecto era indispensable examinar el art. 306 del Cód. Procesal, que establece que "el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste". Hasta el práctico menos familiarizado con el procedimiento penal sabe que el auto de procesamiento exige al juez la valoración de los elementos que ha recolectado y formarse una convicción sobre la existencia del hecho delictivo y sobre la culpabilidad del imputado. Al respecto es irrelevante que esa decisión se tome en tiempo oportuno fijado por la ley, y que por lo tanto no constituya prejuzgamiento. Lo decisivo es que el juez debe formarse esa convicción no sólo a simple vista, sino sobre la base de elementos suficientes.

Por cierto esa convicción no es equiparable a la certeza que exige una sentencia, pero es lo suficientemente comprometida para poner en duda la objetividad del juez en el juicio.

Por otra parte la alusión a la posibilidad que tiene la defensa de oponerse a la elevación a juicio, y postular el sobreseimiento (art. 349), no causa menos que perplejidad. Si la defensa se ha opuesto y ha tenido éxito, lo que faltará es el agravio, pues la sospecha de parcialidad estaría disipada. Pero si se trata de lo contrario, como sucedió en "Zenzerovich", la sospecha de parcialidad estaría reforzada. La práctica muestra que contados son los casos en que el juez de la investigación preparatoria que ha dictado un auto de procesamiento de oficio revisará su "convicción provisoria" y hará lugar a un sobreseimiento (136). ¿Hasta qué punto puede esperarse que en el debate será más libre de sus convicciones previas? ¿Por lo demás, hasta qué punto puede esperarse su predisposición a examinar libre de prejuicios las incidencias que se planteen en el debate sobre la regularidad o validez de los actos que ordenó, llevó a cabo o controló? (137) ¡Y, para colmo, el juicio propiamente dicho se lleva a cabo ante un tribunal unipersonal integrado por ese mismo y único juez!

Que las medidas como el auto de procesamiento puedan ser revocadas o apeladas, como lo advierte el voto minoritario de la Corte, no es un argumento idóneo para resolver el punto. Si el juez lo ha revocado, ya no habrá temor de parcialidad porque no habrá un presupuesto necesario del debate. Si es un tribunal de apelación el que lo revoca, ello no implica que el juez cambiará su punto de vista y se dejará convencer por el del superior. Al contrario, si dicta un nuevo procesamiento más fuertes serán las razones para sospechar sobre la subsistencia de su convicción "provisoria" inicial y para dudar sobre su libertad de convicción al momento del debate.

Finalmente, corresponde recordar que una intervención activa del juez para lograr un acuerdo sobre la sentencia pone en seria duda su imparcialidad (caso "Kristinsson v. Islandia"). En el caso "Zenzerovich" no se había llegado a la sentencia, pero ello no impide advertir sobre la práctica "contra legem" de algunos jueces o tribunales, que toman de hecho intervención activa para que la fiscalía y la defensa se pongan de acuerdo en definir el caso en un procedimiento abreviado sin debate (art. 431 bis) o instando oficiosamente a las partes para que se pongan de acuerdo sobre la incorporación por lectura de las declaraciones de la

instrucción con el fin de hacer más breve el debate. Si esta práctica es en general censurable, tanto más debe serlo cuando se trata de inducir a que la sentencia final se dicte sobre la base de los elementos de convicción que el mismo juez ha recogido durante la investigación preparatoria!! Este dato del conocimiento común de los prácticos constituye un argumento adicional para llamar a la prudencia.

En el marco del Cód. Procesal Penal pueden encontrarse sin embargo situaciones, que, examinadas en concreto, despejen una sospecha objetiva de parcialidad. Tal el caso en que el juez interviene en actos o resoluciones que no implican una toma de decisión de mérito ni un compromiso decisivo con la investigación. O cuando el fiscal procede por delegación (art. 196) y el juez tiene una intervención accidental y parcial que no impone el dictado de un auto de procesamiento, por ejemplo porque ha sido otro el que lo ha dictado, en su caso porque no recibió declaración al imputado, sino otro, o si lo hizo sobre la base de una intimación del hecho fijada detalladamente en el requerimiento con la participación activa y predominante del fiscal (art. 198), si no ha habido oposición al requerimiento de elevación a juicio y el juez ha procedido por simple decreto (art. 349, último párrafo). Tampoco parece haber fundamento para una sospecha objetiva de parcialidad en los casos de instrucción sumaria, si el juez no ha debido recibir declaración al imputado (art. 353 bis), ni resolver una eventual oposición a la elevación a juicio (art. 351).

Lo que aquí se dice debe entenderse en el marco de los criterios que podrían extraerse de la doctrina internacional reseñada. Por cierto, esto implica la proposición de un estándar mínimo (138). Lo razonable sería que el legislador introdujera una regla general que ahorrara a los tribunales el examen en el caso concreto, o que al menos lo redujera a un número reducido de casos. El texto del art. 55, inc. 1°, Cód. Procesal Penal, que no sobrevivió a la Ley de Implementación 24.121, satisfacía razonablemente, y para un número importante de casos, esa preocupación (139).

b) La naturaleza de los procedimientos en cuyo contexto el juez de la investigación fue llamado a decidir

Tanto en "Ben Yaacoub v. Bélgica" como en "Hauschildt v. Dinamarca", la Comisión y la Corte EDH, respectivamente, han prestado atención al marco normativo de los procedimientos, en particular, al hecho de que fuesen más o menos inquisitivos o adversariales, secretos o públicos, y al catálogo de facultades del juez que había tomado la decisión previa al juicio (140).

El voto de la minoría sostiene la tesis que niega que en el caso "la investigación preparatoria sea de naturaleza secreta y no conducida en presencia de ambas partes". En el voto no se hace alguna relación acerca de cuál fue la intervención o posibilidad de intervención concreta de las partes en ese caso. A falta de esos detalles, no es un dato menor el que proporciona el sistema normativo doméstico. En ese marco, el juez de instrucción, y también el correccional, tienen la dirección de la instrucción (arts. 194 y 196) y poderes de investigación directa con el objeto de "comprobar la existencia del hecho", "establecer sus circunstancias de calificación", y todas aquellas que "influyan en la punibilidad", "individualizar a los partícipes", y verificar aspectos personales del imputado que se refieran a "los motivos que han podido determinarlo a delinquir" y a "las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad" (arts. 194 y 193). Estos poderes de investigación los lleva adelante "de oficio" y sin perjuicio de la facultad del fiscal de intervenir en todos los actos de la instrucción, su instancia no es necesaria salvo, limitadamente, en lo que respecta al requerimiento de instrucción (arts. 198 y 180). La facultad de petición de fiscal y defensor están sujetas a la discrecionalidad del juez (art. 199), y los defensores tienen derecho de asistencia limitado a

los actos de la instrucción (arts. 200 a 202). El juez puede proceder en secreto, respecto del imputado y la defensa, por un plazo inicial limitado pero prorrogable (art. 204). El juez puede interrogar al imputado por propia iniciativa (art. 296) y debe pronunciarse sobre la falta de mérito o el procesamiento de oficio, esto es, aun ante el silencio del fiscal (arts. 306 y 309) (141).

Tan pronto como se observa el marco normativo, y si además no se ignora que en la práctica lo usual es que el representante del ministerio público, de hecho, tiene una actuación que predominantemente se limita a notificarse de aquello que el juez ha decidido in audita parte, se observa que examinado el auto de procesamiento en el marco oficioso en que éste se dicta, lo que dice la minoría de la Corte aparece fuera de contexto normativo y sociológico.

c) La existencia de distinciones legales domésticas cuyo objeto y finalidad sea evitar riesgos de parcialidad

Según la jurisprudencia del TEDH que se ha reseñado más arriba, la inobservancia de una norma expresa que prohíbe que en el debate tome parte un juez que ha dictado decisiones en la etapa de investigación es un elemento de especial relevancia para juzgar sobre la garantía de imparcialidad ("Pfeifer y Plankl v. Austria")(142). Pero según la Comisión EDH también lo es cuando, a falta de regla prohibitiva expresa, se advierte en el sistema normativo doméstico que para situaciones análogas existe tal clase de prohibiciones ("Ben Yaacoub v. Bélgica").

El voto de la minoría parece no haber tenido a mano los precedentes de los que emana este criterio adicional.

Ahora bien, en el orden doméstico hay varias reglas que muestran que ese criterio existe. En primer lugar, porque cuando se trata de un procedimiento de competencia de los jueces en lo criminal, se prevé la intervención de órganos distintos para la investigación y para el juicio (arts. 25 y 25, 28 y 29, 32 y 33, Cód. Procesal Penal respectivamente). En segundo lugar porque en el caso del procedimiento abreviado, si bien el acuerdo puede tener lugar desde la instrucción, sólo un órgano distinto del instructor puede decidir sobre su admisibilidad, y en su caso dictar la sentencia (art. 431 bis Cód. Procesal Penal) (143). En este caso el legislador ha sido a tal punto prudente que, en caso de rechazo, impone la intervención de un tribunal oral distinto para disipar toda sospecha de parcialidad. Que los delitos de competencia de los jueces en lo criminal sean teóricamente más graves que los de competencia de la justicia en lo correccional (144), no oculta el hecho de que en cualquier caso se procede en una etapa de investigación y preparación del juicio y en otra de juicio propiamente dicha, y que durante la primera las facultades del juez de la instrucción son idénticas a las del juez correccional cuando procede por delitos de acción pública. Si ello es así no puede predicarse honestamente que los imputados de delitos criminales merecen o tienen derecho a un tribunal "más imparcial" que los imputados de delitos correccionales. El voto de la minoría en "Zenzerovich" no advierte esta analogía.

Aquí debe señalarse el acierto del enfoque de la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso "Galván", en cuanto interpreta que, de "lege lata", nada impide la distribución de las funciones de preparación del juicio y de juicio en dos jueces distintos aunque tengan la misma naturaleza orgánica (145).

VII. Moraleja

Si se trataba de poner la mirada en el caso concreto, no se llega a ver dónde la ha puesto la minoría de la Corte para proponer la decisión del caso "Zenzerovich". Aquí entenderá el lector por qué se adelantó al principio que la minoría había mostrado valentía en su determinación de tomar al toro por las astas, pero que erró y lo tomó por el lado equivocado.

Ciento diecisiete años después de la nota explicativa en la que Obarrio hacía conscientes a los legisladores de la necesidad de separar las funciones de juez de la investigación y juez del fondo, el problema y la falta de decisión para resolverlo subsisten. El tiempo es tan largo que no hay conciencia personal que pueda aprehender cabalmente sus costos (146), y una vez más se ha perdido la oportunidad de resolverlo desde el plano judicial.

(*) Universidad de Buenos Aires.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Ya en 1882 Manuel Obarrio, autor del Proyecto de Código de Procedimientos en materia Penal, en su nota explicativa, alertaba sobre la conveniencia de separar las funciones del juez que debe instruir el proceso y del que debe terminarlo por sentencia definitiva por el peligro de parcialidad que la concentración en un solo juez acarrearía, pero inmoló las razones jurídicas a las presupuestarias, y mantuvo la concentración de ambas funciones en los jueces de sección y los correccionales.

(2) Vide, por todos, MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", p. 755 y sigtes., 2ª Ed., Del Puerto, Buenos Aires 1996; BRUZZONE, Gustavo, "Sobre la garantía del juez imparcial", en NDP 1996-B-541, y la numerosa jurisprudencia que allí se anota; y del mismo, más recientemente "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", en C.D.J.P, N° 9-B, p. 417 y sigtes.; BOVINO, Alberto, "Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", en LA LEY, 1993-E, 566; y DE LUCA, Javier A., "El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional", en NDP 1998-B, p. 753 y sigtes. Entre las decisiones más recientes se destacan además los casos "Galván, Sergio D.", sent. CNCasación Penal, sala IV, 31/8/1999, La Ley, 1999-F, 355, con nota de D'ALBORA, Francisco J.; y "Massaccesi, Edgar", sent. de la CS del 22/12/1998, en LA LEY, 1999-C, 105, anotada por SUPERTI, Héctor, "Quien investiga no debe juzgar", en La Ley, 1999-F, 853.

(3) En rigor, una cuestión análoga aparecía ya en el caso "Massaccesi", cit., pero la originalidad de "Zenzerovich" radica en que mientras que en aquél se trataba básicamente de una atribución de competencia "contra legem", pues la ley local impedía la intervención en funciones sucesivas al juez, en éste no había una prohibición expresa de la ley, y por ende la cuestión sólo podía ser zanjada desde estándares normativos de imparcialidad a los que la ley procesal debe estar subordinada.

(4) Sobre el arraigo de este criterio véanse por ejemplo Fallos: 263:299 (La Ley, 122-718); 276:465; 302:346; 305:1745 (La Ley, 1984-B, 484; J. Agrup. caso 5215): 306:189; 311:565; 314:649; 317:771.

(5) El resaltado me pertenece. El P.G. cita a D'ALBORA, Francisco J., "Sobre el artículo 61 del Código Procesal Penal", en LA LEY, 1997-B, 688, esp. p. 689.

(6) Fallos: 308:1230, 1846, 2049; 311:251 (La Ley, 1988-C, 402), 652, 870; 312:311; 313:227; 314:657; 315:859; 317:1814.

(7) Un ensayo de interpretación casuística dará poco rendimiento, en el caso de Fallos: 316:826 se trataba de una sospecha de parcialidad por relación de parentesco entre el juez y uno de los apoderados de las partes que ni siquiera se había presentado en juicio, lo que parece estar reducido a los intereses particulares en juego en ese proceso; en el que se anota, se trata de una decisión que, cualquiera que fuera, afectaría el modo de asignar las competencias en todos los juicios correccionales regidos por el Código Procesal Penal de la Nación, y probablemente, por extensión, a muchos de los casos de intervención de un mismo juez en funciones sucesivas en un mismo proceso.

(8) Sin pretensión de exhaustividad vide: Fallos: 190:124; 244:34 (La Ley, 23-270; 97-291) y

244:407; 257: 132; 306:1392 (La Ley, 1984-D, 583); 311:265 y 593 (La Ley, 1988-C, 288); 314:107 y 1268; 316:826.

(9) Sobre la gravedad institucional y la "macropolítica", vide SAGÜES, Néstor Pedro, "Recurso Extraordinario", tomo II, § 405, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

(10) Confr. Fallos: 248:651 y 664; 256:517; 262:158; 290:266; 292:229 (La Ley, 1976-B, 922, 33.411-S); 300:417; 303:1034; 308:2060; 315:46; 315:2255, 2684; 316:826, 2922, 3025; 3077 y 3146; 317: 655 y 973; 318:373; y SAGÜES, op. cit., t. I, § 156 y t. II, § 422, 3ª, Ed. Astrea, Buenos Aires 1992; LUGONES, Narciso Juan, "Recurso Extraordinario", p. 313, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

(11) Sobre cuáles son los criterios que permiten distinguir los casos que sólo agravan a quienes son partes de un proceso y cuáles los que se extenderían afectando un interés de la colectividad véanse: LUGONES, op. cit., p. 313; PALACIO, Lino E., "El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica", p. 276 y sigtes., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992; o un "interés comunitario parcial", SAGÜES, op. cit., t. I, § 156 y t. II, § 405, y en detalle §§ 406/419.

(12) Así Fallos: 248:119.

(13) Fallos: 257:132.

(14) En verdad la recusación envuelve siempre cuestiones de hecho (hechos en los que se sustenta la pretensión de exclusión), y cuestiones de derecho procesal (reglas que establecen en qué casos y de qué modo puede recusarse a un juez), de suerte tal que así como no puede simplificarse el juicio de admisibilidad argumentando en todos los casos que éstas están directamente ligadas con el derecho constitucional a acceder a un tribunal imparcial, tampoco basta con el cliché de que se trata de cuestiones de hecho o procesales para cerrar la vía del art. 14 de la ley 48. Vide p. ej., Fallos:308:2664; 310:1038 (La Ley, 1987-E, 464); 311:565. Discernir cuándo se trata sólo de una cuestión de hecho o de aplicación de normas procesales excede el marco de esta nota. Lo relevante es que, aunque estuviere en juego la decisión de una cuestión federal, la materia federal no basta por sí misma para suplir la falta de sentencia definitiva.

(15) Vide el exhaustivo estudio de jurisprudencia de BRUZZONE, op. y loc. cits.; con la aislada excepción del caso de la sala IV, "in re": "Galván, Sergio Daniel s/recusación", resolución del 31 de agosto de 1999, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 27/9/99, p. 33.

(16) El reciente artículo de BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., ps. 425, 455, 458, me ha abierto los ojos en el sentido de que el hecho de que se estuviera refiriendo al problema planteado por el juez correccional no limita la trascendencia de la toma de posición hacia otros casos, por ejemplo a los del art. 90 de la ley 24.121, que atribuye competencia de apelación sobre decisiones de la instrucción a los mismos tribunales orales que deberán resolver sobre el fondo, lo que permitiría llevar al absurdo la posibilidad de ser juez revisor de la propia sentencia sobre el fondo; y también en punto a la jurisdicción de apelación en las provincias respecto de los jueces del tribunal oral que llevan adelante la ejecución de la pena.

(17) La trascendencia del tema planteado, por las proyecciones que la decisión pueda tener para el futuro, constituye uno de los pilares de la doctrina de la gravedad institucional; confr. SAGÜES, op. cit., t. I, § 156 y t. II, § 411. Al decir de BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 451, una sola decisión de la Corte habría bastado para resolver con cierta generalidad el

problema sin riesgo de una avalancha de recursos.

(18) Confróntense los casos de Fallos: 311:593 y 2242.

(19) Fallos: 311:565.

(20) Corte IDH, OC-2/82, sent. 24/9/1982, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 2, § 29, con cita del informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso "Austria vs. Italy", solicitud N 788/60, "European Yearbook of Human Rights", (1961), vol. 4, p. 140 cuando declaró: "que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención [Europea] son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"; y "que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa [...] y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho". Vide tb. La O.C. cit., §§ 30/33, con más referencias.

(21) Corte IDH, OC-11/90, sent. 10/08/1990, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 11, § 34. Sobre estos deberes, vide a modo de introducción PINTO, Mónica, "Temas de Derechos Humanos", p. 46 y sigtes., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

(22) Así, también respecto de las violaciones positivas del deber general de garantía -- aunque en otro contexto-- ha declarado la Corte IDH, OC-14/94, sent. 9/12/1994, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 14, §§ 32/33.

"32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los arts. 1° y 2° de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

"33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las 'leyes' a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión".

(23) Vide Corte IDH, OC-13/93 sent. 16/7/1993. Serie A N° 13, § 26 y OC-14/94, sent. 9/12/1994, Serie A: Fallos y Opiniones, No. 14, § 37:

"Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el art. 2°. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

La CS ha seguido este principio en el caso "Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación", Fallos: 318:514 (La Ley, 1995-D, 462), voto de la mayoría, jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano al reconocer que "Para la Corte Interamericana 'garantizar' implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos

internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención".

(24) Así, establecen que toda persona tiene el "derecho a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial" (art. 10 DUDH); o el "derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley" (art. 14.1 PIDCyP); o el "derecho a ser oída, con las debidas garantías, [...] por un juez o tribunal independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley" (art. 8.1. CADH); o el "derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes" (art. XXVI DADyDH).

(25) Aunque la garantía de acceso a un tribunal imparcial no está mencionada de modo expreso en la Constitución Nacional, la Corte Suprema ha entendido 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", confr. Fallos: 198:78 (La Ley, 33-613) y 257:132.

(26) Sobre el proceso de universalización de los derechos humanos, y la incorrección de oponer universalismo y regionalismo vide Corte IDH, OC-1/82, sent. 24/09/1982, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, §§ 40/41 y 47.

(27) Vide HARRIS, David/ LIVINGSTONE, Stephen, "The Inter-American System of Human Rights", ps. 245/247, Clarendon Press, Oxford, 1998.

(28) CS en los casos "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492 (La Ley, 1992-C, 543); voto de la mayoría, jueces Cavagna Martinez, Barra, Fayt, Nazareno, Boggiano; y "Gioldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación", Fallos: 318:514, voto de la mayoría, jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano; voto en disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi "in re": "Viaña, Roberto" publicado en Fallos: 318:2348, consid. 6°, ídem en La Ley, 1997-E, 1004, 39-764-S; voto de los jueces Boggiano y Bossert en el caso "Acosta, Claudia B. y otros s/ hábeas corpus", sent. del 22/12/1998; voto que formó la mayoría con los jueces Belluscio, Boggiano, López, Vázquez, y voto concurrente del juez Fayt en el caso "Nápoli, Erika E. y otros s/ infracción art. 139 bis del Cód. Penal", sent. del 22/12/1998. Si se recuentan los votos individuales puede sostenerse que todos los jueces que integran actualmente la CS comparten de modo unánime el criterio del texto en punto al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH como guía.

(29) Confr. CS, en el caso "Bramajo, Hernán J.", Fallos: 319:1840, o en La Ley, 1996-E, 409; y voto en mayoría de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López y Vázquez en el caso "Sánchez Reisse, Leandro A. s/ excarcelación", sent. del 7/5/1998. En otra ocasión los jueces de la CS han aplicado directamente los criterios de la Comisión Interamericana sin abrir juicio sobre su valor vinculante o simplemente como guía de interpretación, así en la disidencia parcial de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez en la causa "Carrizo, Hugo O.; Lema, Raúl V. y otro s/ robo calificado por homicidio en grado de participación primaria", sent. del 5/7/1997, Fallos: 320:1395 (La Ley, 1997-E, 375); tb. en JA del 17/12/97; y en la disidencia del juez Bossert en el caso "Estévez, José L.", sent. de la C.S. del 3/10/1997; Fallos: 320:2105 (La Ley, 1997-F, 832) y disidencia del juez Petracchi en el caso "Tabarez, Roberto G.", Fallos: 321:494 (La Ley, 1998-D, 369), consid. 4°. Aquí también el criterio de la CS sobre el valor de los informes de la Comisión puede considerarse mayoritario pero no unánime, pues como se observa, uno de los jueces de la Corte en su composición actual, el juez Petracchi, no ha emitido opinión aún; vide su voto en disidencia en el caso "Acosta, Claudia B. y otros s/ habeas corpus", sent. 22/12/1998,

consid. 9°.

(30) Confr. voto en disidencia parcial de los jueces Fayt y Petracchi "in re": "Viaña, Roberto" publicado en Fallos: 318:2348, consid. 6°, ídem en La Ley, 1997-E, 1004.

(31) Voto en minoría de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en Fallos: 319: 2557, consid. 15.

(32) Confr. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte --art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos--.

(33) MONCAYO, Guillermo R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos, por los tribunales locales", p. 89 (94), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

(34) CS, en el caso "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus", sent. del 22/12/1998, considerandos 9° y sigtes. del voto de la mayoría, jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez; por el contrario, de los considerandos 8° y sigtes. del voto disidente de los jueces Boggiano y Bossert surgiría que, a pesar de la falta de carácter obligatorio de las recomendaciones de la Comisión los Estados el principio de buena fe implica que los Estados tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de interpretación como la Comisión IDH.

(35) Así ha dicho la Corte IDH que "[...] el fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. Por ello, se reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia. El Preámbulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional..."; confr. Corte IDH, OC-1/82, sent. 24/09/1982, Serie A: Fallos y Opiniones, N° 1, § 40.

(36) Así parece entenderlo MONCAYO, "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema", cit., p. 95, al concederles la calidad de "guía interpretativa" cuando las disposiciones "tengan un contenido similar".

(37) Vide, p. ej. Corte IDH, opiniones consultivas O.C. N° 4/84, del 19/1/1984, Serie A, N° 4, § 56; O.C. N° 6/86, del 9/5/1986, Serie A, N° 6, § 20; O.C. 7/86, del 29/8/1986, Serie A, N° 7, §§ 5 y 19; y O.C. N° 14/94, del 9/12/1994, Serie A, N° 14, § 56; y sentencias en los casos "El Amparo", sent. del 14/9/1996, Serie C, N° 28, §§ 32 y 35; y "Neira Alegría y otros", sent. 19/9/1996, Serie C, N° 29, § 56.

(38) Confr. opiniones de la Comisión IDH, informe 35/96, §§ 77 y sigtes.; informe 2/97, §§ 20 y 42; informe 24/98, §§15 y sigtes.; informe 49/99, §§ 66, 67; e informe 63/99, §§ 53 y 82; entre muchos.

(39) Confr. Corte IDH, caso "Genie Lacayo", sent. del 29/1/1997, Serie C, N° 30, § 77.

(40) Confr. Corte IDH, O.C. 5/85, sent. del 13/11/1985, Serie A, N° 5, §§ 44,45.

(41) Corte IDH, O.C. 5/85, sent. del 13/11/1985, Serie A, N° 5, § 43.

(42) Corte IDH, O.C. 5/85, sent. del 13/11/1985, Serie A, N° 5, § 44.

(43) Había sostenido el Gobierno: "De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado

o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal."; confr. Corte IDH, O.C. 5/85, sent. del 13/11/1985, Serie A, N° 5, § 51.

(44) Corte IDH, O.C. 5/85, sent. del 13/11/1985, Serie A, N° 5, § 51.

(45) Con razón advierte VOYAME, Joseph, "Nul n'est censé ignorer la jurisprudence. Quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme", en "Protecting Human Rights: the european dimension", p. 673 y sigtes., Heymanns Verlag, Colonia-Berlín- Bonn-Munich 1990, que para dar pleno efecto a la Convención europea es necesario llevar la jurisprudencia de sus órganos de aplicación al conocimiento del público, para lo cual debe ser publicada, accesible rápida y fácilmente, en las lenguas oficiales de cada país del sistema europeo para facilitar su comprensión, y de manera gratuita o al menos económica, pues de lo contrario se consagraría una seria desigualdad de armas.

(46) Sobre esta distinción, y sobre el deber del Estado de tomar medidas para evitar las presiones de la prensa o de la opinión pública, vide MIEHSLER, Herbert /VOGLER, Theo en "Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention", Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1995, nota al art. 6°, N° 297/298 y 305.

(47) Confr. "Bryan c. Reino Unido", Serie A 335-A, § 37, "Findlay c. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 73; "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 65; "Çiraklar c. Turquía", Recueil 1998-VII, § 38; "Kadubec c. Eslovaquia", Recueil 1998-VI, § 56; "Lauko c. Eslovaquia", Recueil 1998-VI, § 64. En su informe 27/94 (Perú) la Comisión IDH definió que "en la determinación de si un tribunal es independiente del Poder Ejecutivo debe considerarse el modo de designación de sus miembros, la duración de sus mandatos, y la existencia de garantías contra presiones externas". También la Comisión IDH ha calificado como contrarios a la garantía de independencia los sistemas nicaragüense y paraguayo en el que la designación de los jueces tenía un término de seis y cinco años, respectivamente, al cabo de los cuales el Poder Ejecutivo podía simplemente hacerlos cesar en su función por el simple hecho de no enviar al Senado pliegos de renovación; confr. Informes sobre Nicaragua y Paraguay, Informes Anuales 1986/1987 y 1988/1989, respectivamente. Compárense los casos del TEDH en que consideró que no satisfacía las garantías de imparcialidad la Corte de Seguridad turca, competente para juzgar a civiles, integrada por dos jueces civiles y un juez militar que continuaba perteneciendo a las fuerzas armadas, que dependía del poder ejecutivo, continuaba sometido a la disciplina militar, era objeto de calificaciones sobre este punto, su designación dependía en gran parte de la intervención del ejecutivo y del arma, y su mandato estaba limitado a cuatro años renovables; confr. "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 72; "Çiraklar c. Turquía", Recueil 1998-VII, 39; "Gerger c. Turquía", 8/7/99, § 60; "Baskaya y Okçuoglu c. Turquía", 8/7/99, § 80.

(48) GOMIEN, Donna / HARRIS, David / ZWAAK, Leo, "Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter", p. 169, Ed. Consejo de Europa, Estrasburgo 1996; MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6, nros. 296/297. Debe sin embargo destacarse que en la jurisprudencia del TEDH la pertenencia de un órgano al poder administrador no es siempre contraria al art. 6.1. Así, p. ej. ha declarado que "si bien confiar a las autoridades administrativas la tarea de perseguir y reprimir las contravenciones no es incompatible con la Convención, debe subrayarse sin embargo que el interesado debe poder llevar cualquier decisión tomada por

éstos en su contra ante un tribunal que le ofrezca las garantías del art. 6º donde llevar el caso se entiende como hacerlo "reexaminar", confr. "Öztürk c. Alemania", Serie A 73, § 56, y más recientemente "Kadubec c. Eslovaquia", Recueil 1998-VI, § 57 y "Lauko c. Eslovaquia", Recueil 1998-VI, § 64.

(49) Confr. casos "Van de Hurk c. Países Bajos", Serie A 288, § 45 y Findlay c. Reino Unido, Recueil 1997-I, § 76. Vide tb. MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6º, N° 297/298; PEUKERT, en FROWEIN, Jochen y PEUKERT, Wolfgang, "Europäische Menschenrechtskonvention- EMRK - Kommentar, art. 6º, N° 122. Edic., Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1996.

(50) Caso "Beaumont v. Francia", Serie A 296-B, § 38.

(51) MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6º N° 300. No lo entiende así el PG en el fallo anotado, pues sostiene que los instrumentos internacionales exigen conjuntamente la garantía del juez natural, la independencia judicial y la imparcialidad, que no se confunde con aquellos otros.

(52) Vide PEUKERT en "EMRK-Kommentar", cit. art. 6º, N° 129.

(53) Confr. confr. "Bryan c. Reino Unido", Serie A 335-A, § 37, "Findlay c. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 73; "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 65; "Çiraklar c. Turquía", Recueil 1998-VII, 38.

(54) HARRIS, D. J. / O'BOYLE, M. / WARBRICK, C., "Law of the European Convention on Human Rights", p. 234, Butterworths, Londres-Dublín-Edimburgo, 1995.

(55) Un examen conjunto de los principios de imparcialidad y de tribunal establecido por la ley en "Pfeifer y Plankl v. Austria", Serie A 227, § 36. Vide tb. SOYER, Jean Claude / DE SALVIA, Michel, en "La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article", dirigida por Luis-Edmond PETTITI / Emmanuel DECAUX y Pierre-Henri IMBERT, nota al art. 6º, p. 261, 2ª. Edic., Economica, Paris 1999.

(56) Así TEDH en el caso "Fayed c. Reino Unido", 21/9/1994. Serie A, 294-B. Se trataba de inspectores de sociedades, con dependencia ministerial, a los que se había encomendado una investigación sobre los inversores Hnos. Fayed, en particular sobre sus declaraciones presuntamente falsas sobre sus orígenes, su fortuna, sus intereses comerciales y sus fuentes de financiación. Aunque el informe que produjeron podía afectar la reputación de los nombrados, la CEDH señaló que la investigación de los inspectores no podía tenerse como si hubiese "decidido" sobre el derecho de carácter civil de los peticionarios a una buena reputación a los fines del art. 6.1, ni su actuación como directamente determinante para dicho derecho. Según la CEDH, aceptar la tesis de los peticionarios implicaría que un órgano que procede a investigar la demanda de las autoridades reglamentarias u otras, debería estar siempre sujeto a las garantías de un procedimiento judicial enunciadas en el art. 6.1., siempre que la publicación de sus conclusiones ofreciese el riesgo de afectar la reputación de los individuos cuya conducta es el objeto de la investigación. Para la Corte, un procedimiento de investigación como el que estaba en causa escapaba al imperio y finalidades del art. 6.1.; confr. §§ 61-63.

(57) Así lo declaró por primera vez el TEDH en el caso "Piersack v. Bélgica", Serie A 53, § 30, al definir: "Impartiality means lack of prejudice or bias". Al traducir "bias" no puede evitarse una cierta tautología por cuanto se define imparcialidad como falta de parcialidad. La palabra "bias" significa tanto parcialidad, como inclinación o sesgo.

(58) "Pullar v. Reino Unido", Recueil 1996-III, § 30; "Gregory v. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 43. Igualmente CIDH, Informe 57/96, caso "William Andrews c. Estados Unidos", § 159.

(59) Vide, entre otros sentencias "Thorgeir Thorgeirson c. Islandia", Serie A 239, § 48; "Fey v.

Austria", Serie A 255-A, § 27; "Padovani c. Italia", Serie A 257-B, § 24; "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 70; y tb. LOPES ROCHA, Manuel Antonio, "L'impartialité du juge dans la législation et la jurisprudence portugaises", en "Mélanges en Hommage à Luis-Edmond Pettiti", p. 535 y sigtes., esp. 539, Bruylant, Bruselas 1998. Vide tb. CIDH, Informe 57/96, caso "William Andrews c. Estados Unidos".

(60) "Findlay c. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 79; "Coyne c. Reino Unido", Recueil 1997-V, § 67 "Helle c. Finlandia", Recueil 1997-VIII, § 46; "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 71; "Gerger c. Turquía", 8/7/99, § 60; "Baskaya y Okçuoglu c. Turquía", 8/7/99, § 80; y tb. MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 307. Esta doctrina no es sino la otra cara de la sostenida por el TEDH en el sentido de que "No puede fundarse una violación al art. 6.1 de la Convención sobre la alegada falta de independencia o imparcialidad de un órgano jurisdiccional, ni sobre la infracción por este órgano a una garantía procedimental esencial, si la decisión dictada estaba sometida al control subsecuente de un órgano judicial dotado de plenitud de jurisdicción y que ofrecía las garantías del art. 6°" (vide, p. Ej., las sentencias en los casos "British-American Tobacco Company Ltd c. Países Bajos", Serie A 331, § 78; "De Haan c. Países Bajos", Recueil 1997-IV, § 52 y "Helle c. Finlandia", Recueil 1997-VIII, § 46.

(61) Casos "De Cubber v. Bélgica", Serie A 43, § 58, y "Hauschildt v. Dinamarca", Serie A 154, § 47.

(62) Confr. casos "Le Compte, Van Leuven y De Meyere v. Bélgica", Serie A 43, § 58; "Albert y Le Compte v. Bélgica", Serie A 58, §32; "Thorgeir Thorgeirson c. Islandia", Serie A 239, § 50; "Padovani c. Italia", Serie A 257-B, § 26; "Debbled v. Bélgica", Serie A 292-B, § 37; "Castillo Algar v. España", Recueil 1998-VIII, § 44. No aparece nítido sin embargo que la distinción europea entre el enfoque subjetivo, según el cual la imparcialidad personal es presumida y debe demostrarse lo contrario, y el enfoque objetivo, que atiende a la existencia de circunstancias que justifiquen objetiva y razonablemente un temor de parcialidad, sin necesidad de probar esa parcialidad, vaya a ser seguido con esos contornos por la Comisión IDH. Hasta ahora ésta ha fundido los criterios de modo tal que los principios no aparecen distinguidos. Así ha sostenido que "[...]lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente. En ese sentido la Corte Europea ha manifestado que "en principio, la imparcialidad de los miembros de un tribunal será presumida hasta que se pruebe lo contrario"; confr. Informe Comisión IDH 82/98, caso "Gustavo Gómez López c. Venezuela", § 22; e Informe Comisión IDH 87/98, caso "Oscar Vila-Masot c. Venezuela", § 19, en ambos casos con cita de la sent. TEDH en "Albert y Le Compte v. Bélgica", Serie A 58, § 32.

(63) HARRIS / O'BOYLE / WARBRICK, "Law of the European Convention on Human Rights", cit., p. 235; y STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 159. Al contrario, la Comisión Interamericana parece renunciar a la prueba del prejuicio cuando se trata de un tribunal de jurados. La CIDH, Informe 57/96, caso "William Andrews c. Estados Unidos", § 159, sostuvo que una sospecha razonable de que existe predisposición es suficiente para descalificar a un miembro del jurado y ha manifestado que "corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar la cuestión y descalificar al miembro del jurado si existe la sospecha de que está predispuesto".

(64) MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 304, quienes critican la tendencia del TEDH a vaciar el art. 6.1 mediante una materialización "exagerada".

- (65) STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 144. El criterio subjetivo exige un examen del proceso en su conjunto y contexto; MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 303.
- (66) Caso N° 1727/62, 8 YB 410 (1965).
- (67) Sobre la práctica de algunos jueces ingleses y sus rudas observaciones, destacan HARRIS / O'BOYLE / WARBRICK, "Law of the European Convention on Human Rights", cit., p. 235, el hecho de que hasta ahora no se haya admitido ningún caso inglés sobre el fondo.
- (68) Confr. STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 144, con cita del informe de la Comisión EDH en el caso "Pfunders", § 180.
- (69) Informe CEDH en el caso "4991/71 v. Reino Unido", 45 Coll 1.
- (70) STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 145.
- (71) Recueil 1996-III.
- (72) Con cita de las sentencias "Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Belgica", Serie A 43, § 58.
- (73) Con cita del caso "Holm c. Suecia", Serie A 279-A.
- (74) Recueil 1997-I.
- (75) CIDH, Informe 57/96.
- (76) Según MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 305, esa máxima se remonta al caso "R. v. Sussex JJ, ex parte McCarthy", (1924) K.B. 236, 259.
- (77) Confr. "Sramek v. Austria", Serie A 84, § 42 y "Borgers v. Bélgica", Serie A, 214-B; "Fey v. Austria", Serie A 255-A, § 30.
- (78) Confr. "Fey v. Austria", Serie A 255-A, § 30; "Thorgeir Thorgeirson c. Islandia", Serie A 239, § 51.
- (79) Confr. "Hauschildt v. Dinamarca", Serie A 154, § 48; "Fey v. Austria", Serie A 255-A, § 30; "Padovani c. Italia", Serie A 257-B, § 27; "Saraiva de Carvalho c. Portugal", Serie A, 286-B, § 35; "Remli c. Francia", Recueil 1996-II, § 46; "Gregory v. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 45; "Incal c. Turquía", Recueil 1998-IV, § 71. STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 144.
- (80) Confr. casos "Campbell y Fell v. Reino Unido", Serie A 80, § 81 y "Sramek v. Austria", Serie A 84, § 42.
- (81) Serie A 210.
- (82) Serie A 155.
- (83) Serie A 43.
- (84) Serie A 279-A.
- (85) STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 147. Distinto es el caso de la creación e integración de tribunales con jueces pertenecientes a un partido o facción política con competencia para investigar y enjuiciar a los jueces de la facción o partido contrarios, así, p. ej. el caso de los "Tribunales Populares Anti-somocistas" en Nicaragua durante el régimen del Frente Sandinista de Liberación Nacional, condenados por su falta de independencia, autonomía e imparcialidad por la Comisión IDH en su informe sobre Nicaragua, Informe Anual 1982/1983.
- (86) PEUKERT, en "EMRK-Kommentar", cit., art. 6°, N° 130.
- (87) Confr. "De Cubber c. Bélgica", Serie A 86, §§ 29-30, "Hauschildt v. Dinamarca", Serie A 154, "Thorgeir Thorgeirson v. Islandia", Serie A 239, §§ 48,53; "Fey v. Austria", Serie A 255, § 30; "Saraiva de Carvalho c. Portugal", Serie A, 286-B, § 35; "Bulut c. Austria", Recueil 1996-II; "Castillo Algar v. España", Recueil 1998-VIII, § 45.

- (88) Serie A 53.
- (89) Serie A 53, § 30.
- (90) STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 148. El peso de las apariencias apareció también decisivo en el caso "Findlay c. Reino Unido", Recueil 1997-I, § 76, donde se trató de una corte marcial que estaba integrada por oficiales que habían sido elegidos por un oficial convocador, al que estaban subordinados jerárquicamente, oficial que por lo demás tenía poderes de designación y control sobre las autoridades de persecución en el caso, y podía incluso modificar la sentencia de la corte marcial si lo consideraba apropiado. Ese criterio fue repetido en "Hood c. Reino Unido", sent. del 18/2/1999, § 76.
- (91) Serie A 171
- (92) "Thorgeir Thorgeirson c. Islandia", Serie A 239, §§ 52, 53.
- (93) Confr. caso "Huber c. Suiza", Serie A 188; compárese con la sent. "Brincat c. Italia", Serie A 249-A, § 20.
- (94) Serie A 86.
- (95) Señala STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 150, que el TEDH tuvo especialmente en cuenta la actitud inquisitiva usualmente adoptada por los jueces de instrucción, y el esfuerzo del TEDH en limitar el alcance de su decisión, teniendo en cuenta que muchos de los Estados contratantes de la CEDH confían la investigación y enjuiciamiento de ofensas menores a uno y el mismo juez.
- (96) STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 154.
- (97) Serie A 127.
- (98) Entiende STAVROS que en el sistema belga, a diferencia del alemán, la "Chambre de Conseil" toma a su cargo una evaluación sustancial de los méritos del caso, que la aproxima a la que hace un tribunal de instancia y la diferencia del sistema alemán pues entiende que la vista preliminar, en éste, sólo sirve para filtrar casos en los que el tribunal está en desacuerdo con el fiscal en una cuestión de derecho, op. cit., p. 153.
- (99) Serie A 154.
- (100) "Pfeifer y Plankl v. Austria", Serie A 227.
- (101) Serie A 253-A.
- (102) Con cita de Hauschildt v. Dinamarca, Serie A 154, §§ 50-53.
- (103) "Fey v. Austria", Serie A 255.
- (104) Véase la fuerte disidencia del juez Spielmann, quien después de señalar que las medidas tomadas por la juez de distrito tendían a demostrar la exigencia de una apropiación fraudulenta de dinero por parte del imputado, reenviando al caso De Cubber, declaró que no se trataba de hacer una diferencia entre investigaciones profundas y menos profundas, sino de una cuestión de principios.
- (105) Serie A 257-B.
- (106) Con cita de "Sainte Marie c. Francia", Serie A 253-A, § 33.
- (107) "Nortier v. Países Bajos", Serie A 267, §§ 31/35 y 37. Probablemente el dicta de "Nortier" no se entendería, a la luz de los precedentes de los casos "Hauschildt" y "Sainte Marie", si no se destacara que el imputado había admitido ante la policía el hecho de la imputación antes de las decisiones sobre su puesta en custodia, y había mantenido su confesión ante el juez antes de las decisiones de mantenimiento de la prisión preventiva (loc. cit., §§ 8 a 10). Crítico sobre el punto, PEUKERT, en "EMRK-Kommentar", cit., art. 6°, N° 133.
- (108) Serie A, 286-B. Vide tb. LOPES ROCHA, "L'impartialité du juge ...", cit., p. 535.
- (109) En la sentencia el TEDH remite a comparar el caso con los indicios serios que habían

sido objeto de examen en el caso Nortier, Serie A 267, § 35.

(110) Recueil 1996-II.'

(111) Recueil 1998-VIII.

(112) Con cita del caso "Hauschildt" cit., § 50.

(113) Confr. Serie A 13, § 97; y más tarde "Diennet c. Francia", Serie A, 325-A, 37. Vide tb. PEUKERT, en "EMRK-Kommentar", cit., art. 6°, N° 131, con cita del caso "Thomann v. Suiza", sent. 10/6/1996. Certeramente crítico sobre el caso "Ringeisen", al destacar que el TEDH sentó la excepción sin definir la regla, STAVROS, "The guarantees for accused persons ...", cit., p. 154.

(114) Serie A 204, §§ 16 y 22.

(115) Sobre el punto en el derecho argentino vide la propuesta de BRUZZONE, en "Sobre la garantía del juez imparcial", en NDP 1996-B, ps. 548/549, y tb. en "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 483, Nos 4 y 6, sobre cuyo acierto no puedo pronunciarme en este lugar. Con reservas, DE LUCA, El principio del juez imparcial ...", cit., p. 756.

(116) Caso "D. v. Irlanda, Informe N° 11.489/85, 51 DR 117 (1986), cit. según HARRIS / O'BOYLE /WARBRICK, "Law of the European Convention on Human Rights", cit., p. 239; vide tb. los casos que trae MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, Nos 241 y 379.

(117) Serie A 204, § 51. Sin embargo en este caso el TEDH declaró que había habido violación del art. 6.1 CEDH examinando conjuntamente los requisitos de tribunal imparcial y de tribunal establecido por la ley, donde fue relevante la inobservancia de la ley doméstica austríaca que prohibía que el tribunal de apelación se integrara con el juez de primera instancia que había conocido del mismo caso. Vide. STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 155.

(118) "Pfeifer y Plankl v. Austria", Serie A 227.

(119) MIEHSLER /VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 379; SOYER /DE SALVIA, en PETTITI/DECAUX/IMBERT "La Convention Européenne des Droits de l'Homme", cit., p. 243, con cita del caso "Deweer v. Bélgica", Serie A 35, § 49.

(120) PEUKERT, en "EMRK-Kommentar", cit., art. 6, N° 3.

(121) Confr. HARRIS / O'BOYLE / WARBRICK, "Law of the European Convention on Human Rights", cit., p. 239.

(122) Recueil 1996-II.

(123) CNCasación Penal, sala IV, agosto 31 de 1999, publ. en La Ley, 1999-F, 355; con nota de D'ALBORA, Francisco J., "Una solución práctica".

(124) Confr. el ilustrado voto del juez Schiffrin en el caso del Tribunal Oral Criminal Federal, La Plata, "Monteverde, Claudio G.", sent. 15/3/1993, JA, 1993-IV, 4 y sigtes. considerandos 9 y 10, donde decisorio parece abarcar al menos el dictado de la prisión preventiva o de otras decisiones sobre la validez de actos de la instrucción de modo tal que no puede esperarse que obre libre de prejuicios en el debate al momento de valorar la regularidad de la instrucción.

(125) Confr. MAIER, "Derecho Procesal Penal argentino", cit., p. 755 y sigtes.; VAZQUEZ ROSSI, Jorge, "Derecho Procesal Penal", t. II, p. 154 y sigtes., Ed. Rubinzal-Culzoni; SUPERTI, Héctor, "Quien investiga no debe juzgar", cit., p. 46.

(126) BRUZZONE, "Sobre la garantía del juez imparcial", cit., p. 548.

(127) LOPES ROCHA, "L'impartialité du juge ...", cit., p. 537.

(128) LOPES ROCHA, "L'impartialité du juge ...", cit., p. 540, quien advierte contra los

peligros de una jurisprudencia de conceptos, o de una práctica deductiva de ciertos principios lógicos, que califica como "moda de la escolástica tardía", que imputa lleva al abuso de discusiones abstractas que terminan en el descrédito total.

(129) Aquí serían relevantes los casos en los que las decisiones de la instrucción exigen una fundamentación sobre la probable existencia del hecho y la presunción de culpabilidad del imputado, más allá de una simple sospecha, pero también los casos en los que se plantearán en el juicio cuestiones que implican la revisión de decisiones tomadas por el juez de la investigación.

(130) Por ejemplo, si son públicos y contradictorios o secretos e inquisitivos.

(131) Así en el caso "Hauschildt" la Comisión EDH había seguido un enfoque formalista: "Si funciones diferentes son asignadas a distintos órganos por las reglas del procedimiento criminal de un país dado, puede inferirse generalmente que el legislador, al separar las funciones y dándoselas a diferentes personas, ha tenido la finalidad de proteger la imparcialidad de los tribunales. Dudas en cuanto a la imparcialidad pueden surgir, por lo tanto, cuando un juez ha llevado a cabo funciones atribuidas a un órgano diferente. Por otra parte, no surge una presunción similar cuando un juez ejercita diferentes funciones, todas las cuales han sido atribuidas a los tribunales bajo el marco institucional del sistema legal respectivo". Según STAVROS, "The guarantees for accused persons", cit., p. 152, podría especularse que este dictum trata de cubrir situaciones como las que se presentan en Alemania, donde los tribunales de juicio hacen un examen preliminar acerca de si deben abrirse los procedimientos en contra del acusado. Sobre el punto acertadamente crítico en cuanto plantea que el enfoque de la Comisión abre un amplio margen nacional de apreciación en punto a la imparcialidad de los tribunales.

(132) El TEDH no ha presentado criterios seguros que permitan distinguir cuándo se trataría de una actividad judicial en la que se procede sobre la base de una convicción "particularmente confirmada" comprometiendo su convicción y cuándo sólo sobre una sospecha sobre la base de un examen "prima facie". Este caso deja la impresión de que según el TEDH la confesión exime al juez de examinar la verosimilitud del cargo, y por ello no lo compromete en su imparcialidad. Es de advertir sin embargo que el conocimiento de la confesión puede, al contrario, dejar una marcada impronta psicológica en el juez, marcándolo para la decisión del juicio. Queda también en la sombra la pregunta acerca de si jugó un rol relevante --aunque no expreso-- en la decisión del caso el hecho de que se tratara de delitos vinculados al terrorismo, lo que pudo haber llevado a bajar el estándar de garantías.

(133) Aquí nuevamente parece haber pesado la confesión del imputado, lo que merece las mismas prevenciones señaladas en la nota anterior. Además, que se trataba de un "juicio directísimo" por delito en flagrancia, procedimiento sumario que buscaba responder a la exigencia de respeto del "plazo razonable". Si bien no puede oponerse una objeción general a los procedimientos de citación directa, éstos no constituyen garantía suficiente cuando antes de la citación a juicio el juez debe proceder a tomar medidas de cautela personal, si ellas exigen una decisión aunque sea provisional, sobre el mérito de la imputación. El caso "Padovani" se presenta así como una peligrosa compuerta abierta a la reducción del estándar de garantías con fines de celeridad.

(134) Crítico sobre el criterio del TEDH, PEUKERT, en "EMRK-Kommentar", cit., art. 6°, N° 133.

(135) Donde nuevamente no se traza una línea clara entre los requerimientos de sospechas particularmente reforzadas (sentencia Hauschildt citada, § 52) y de indicios suficientes.

(136) No es este el lugar para desarrollar "in extenso" todas las razones que hacen

aconsejable la introducción de una etapa intermedia de control de la instrucción y de decisión sobre la procedencia de remisión a juicio, pero la necesidad de intervención de un juez o tribunal libre de toda convicción previa constituye un fundamento idóneo para la reforma.

(137) TRECHSEL, citado por MIEHSLER/VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 302, lleva al extremo el argumento cuando, p. ej. se trata de la validez y regularidad de una confesión rendida ante la instrucción, en el que se muestra un conflicto de roles en la medida en que es juez y testigo del acto sujeto a discusión.

(138) Un estándar más estricto, pero que a mi modo de ver no se deriva necesariamente de la doctrina del TEDH, propone BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 491, al sostener que cada vez que se ejerce de alguna manera la potestad jurisdiccional durante la etapa de instrucción, el juez se vería contaminado para conocer de la etapa del juicio.

(139) En cuanto permitía la recusación del juez "si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento". Con ello se resolvía el caso en que había habido decisiones de mérito sobre el fondo, y dejaba subsistente la habilitación del juez cuando había tomado otras decisiones relacionadas con el procesamiento, p. ej., acerca del riesgo de fuga o entorpecimiento de las investigaciones para justificar la prisión preventiva o una denegación de excarcelación; vide análogamente BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 496.

(140) MIEHSLER/VOGLER en "Internationaler Kommentar EMRK", cit., nota al art. 6°, N° 302. En el ámbito de la doctrina doméstica véase el exhaustivo desarrollo de la relación entre principio acusatorio e imparcialidad del juez en BRUZZONE, Gustavo, "Sobre la garantía del juez imparcial", en NDP, 1996-B, ps. 541 y 544 y sigtes.; y más recientemente "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", en C.D.J.P, N° 9-B, p. 420.

(141) En similar sentido BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 495.

(142) Nótese que la CS en el caso "Massacesi, Edgar", sent. 22/12/1998, publ. en La Ley, 1999-C, 105, no ha debido definir qué significa la garantía de imparcialidad, y lo ha resuelto sobre la base de que no se trataba de la intervención del tribunal establecido por la ley provincial aplicable. Por eso se asemeja más este caso a los criterios de "Pfeifer y Plankl v. Austria" que a los de "De Cubber" y "Piersack", en contra de lo que entiende su anotador; confr. SUPERTI, Héctor, "Quien investiga no debe juzgar", en La Ley, 1999-F, 853.

(143) En sentido análogo BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 467.

(144) Lo que por lo demás es discutible pues la gravedad no puede juzgarse únicamente a la luz de la escala penal.

(145) CNCasación Penal, sala IV, "Galván, Sergio D.", sent. 31/8/1999, en La Ley, 1999-F, 355. Su acierto además es doble, pues el art. 27 habla del juez correccional órgano, y no del mismo juez correccional persona, de tal suerte que ha elegido, de todas las interpretaciones posibles aquella que sea compatible con la interpretación que asignó a los pactos. Recuérdese además el carácter de "ultima ratio" de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, y confróntese con la doctrina de los órganos de aplicación en el sentido de que no son necesariamente las normas las que resultan contrarias a una provisión de un determinado pacto, sino el modo en que los tribunales locales la han aplicado. Otra opinión BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda

de la garantía del juez imparcial", cit., p. 501; y D'ALBORA, "Una solución práctica", cit., La Ley, 1999-F, 355.

(146) Obarrio accedió a una solución de compromiso para ahorrarle costos económicos al Ejecutivo, proponiendo una regla que le exigiría crear menos tribunales. La decisión de la CNCasación Penal, sala IV, "Galván, Sergio D.", sent. 31/8/1999, en La Ley, 1999-F, 355, y el PG en su dictamen en el caso Zenzerovich, han puesto en evidencia que en la mayoría de los casos no habrá ya costo económico real alguno pues los juzgados correccionales y federales son muchos, y bastará con un sorteo de un juez distinto después de la clausura de la instrucción. El problema puede presentarse todavía en algunos distritos federales en provincia, donde hay un solo juez. En ese caso debe contestarse que en todo caso la Constitución ha asumido un costo. Para imponer una pena, o decidir sobre un litigio acerca de un derecho de cualquier otra naturaleza, el Estado no puede ahorrarse el costo de un tribunal imparcial. Lo que el Estado debe ahorrarse son los costos de una administración de justicia inicua, o sospechada de tal. No se trata de esconder la cabeza a riesgo de reconocer que durante todo ese tiempo pudimos haber estado violando la Constitución, y negar el problema, como lo hizo la CNCasación Penal, sala I, "in re": "Monti, Víctor Manuel", sent. 16/12/1996, en CDJP 9-B, pp. 569 y ss., vide BRUZZONE, "Proyectos de reforma al Código Procesal Penal de la Nación en salvaguarda de la garantía del juez imparcial", cit., p. 453, sino de darse cuenta de que pudimos haberlo estado haciendo, y de reconocerlo para no multiplicar el agravio hacia delante, como lo reconoce honestamente el juez Schiffirin en el caso del TOral Criminal Federal, La Plata, "Monteverde, Claudio G.", sent. 15/3/1993, JA, 1993- IV, 11.