

LAS CONSTANCIAS DE LA IPP, LA FUNCIÓN CRÍTICA DEL JUEZ DE GARANTÍAS Y LA IMPUTACIÓN JURÍDICA*

He decidido plantear algunas cuestiones que me han quedado confusas o que creo que pueden ser temas interesantes para ser tratados entre todos.

Con relación a los temas que se van a tratar en un congreso, casi siempre el tema va surgiendo inconscientemente y aparece uno que prima sobre los demás y uno puede percibir ahí que es el que se considera realmente importante; este tema acá ha sido el de la imparcialidad, que no es un tema novedoso, hace muchos años que se viene tratando, pero nuevamente aquí reaparece y reapareció con fuerza ayer y es el tema que está íntimamente relacionado con el de las pruebas durante el plenario.

Acá se definió perfectamente bien lo que era imparcialidad, al hacer referencia de cómo debe ser la actuación del juez pero simplemente quiero recordarlo a los efectos de tenerlo presente para ir haciendo las distintas disquisiciones: buscamos un juez que esté sobre las partes y que no esté

* Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista y preparatorio del XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de Azul, los días 2 y 3 de Noviembre de 2000.

comprometido con los intereses de las mismas. Pero sobre todo en derecho penal ese principio de imparcialidad, tal como lo pretendía Beccaria, es que el juez no realice oficiosamente pruebas y que se convierta en un enemigo del imputado; yo creo que esto es lo que tenemos que preguntarnos si en todos los supuestos tiene que prescindir el juez de la realización de pruebas o en algunos casos puede realizarla sin que este principio de imparcialidad se vea afectado.

Más allá de la definición teórica de lo que es la imparcialidad, definición que yo he dado de manera general, pero que básicamente podemos estar de acuerdo no debemos olvidar que la imparcialidad está normativizada a nivel constitucional, dado que ha sido incorporada por la Constitución a través de los pactos. Pero la connotación del término imparcialidad es bastante ambigua y tiene una connotación amplia dado que tenemos códigos como el de la Provincia de Buenos Aires que la regula de una manera más estricta y sin embargo tenemos códigos como el de la Nación donde está la actividad oficiosa del juez es muy amplia y aunque digamos que allí no funciona exactamente el principio de imparcialidad lo cierto es que no se lo ha catalogado de inconstitucional y por lo tanto puede quedar comprendida dentro de ciertos límites. La diferencia es enorme porque vemos que en la provincia de Bs.As. Las facultades del juez no existen para incorporar pruebas oficiosamente dado que son las partes las que las ofrecen y aún cuando aparezcan de la audiencia de debate tienen que ser a las partes las que las ofrezcan. Y por otra parte se limita la facultad del juez para realizar interrogatorios a supuestos de aclarar algún tipo de cuestión y en supuestos excepcionales. Por el contrario el código de la nación tiene el tribunal la facultad de incorporar la prueba del sumario y de realizar una instrucción

sumaria previa, incorporar la prueba que aparezca en el debate y sobre todo facultad de interrogar muy ampliamente.

La pregunta sería, para lo que hoy se discutió a la mañana; para los más acérrimos garantistas no cabría ninguna duda que el principio de imparcialidad es estrictamente donde el juez no toma ninguna participación.

Yo creo que en la práctica esto es bastante difícil de sostener, y por lo menos alguna actividad yo creo que el juez puede realizar; lo difícil es ponerle el límite. Yo haría una disquisición en el siguiente sentido, el principio de imparcialidad está dentro del sistema acusatorio y el sistema acusatorio tiene ciertas características desde un punto de vista teórico, como es el de reconocer a la verdad no como un principio de correspondencia sino una verdad formal. Y esta verdad formal resulta compatible con las nuevas tendencias epistemológicas con relación a lo que puede ser la verdad, de que tengan carácter construccionista; es decir que tanto el objeto como la verdad se construyen.

Y eso nosotros lo vemos que se está discutiendo para las ciencias duras, lo vemos con mucha más razón en las ciencias sociales y básicamente en lo que es el proceso; Es decir que la verdad surge de la discusión, del diálogo contradictorio que llevan las partes durante el proceso pero que hay una activa participación del juez también; porque en última instancia, a esa verdad construida que van construyendo las partes, el juez no puede ser ajeno. No puede ser ajeno como consecuencia de que él también es parte de la sociedad que va construyendo sino porque en el caso concreto es donde se va a formar esa verdad.

Entonces la cuestión que yo diferenciaría acá es que en ese proceso constructivo el juez no puede tener ningún tipo de dudas sobre aquello que se está haciendo o que se está debatiendo. Por lo tanto, resulta ingenuo pretender limitarle la facultad de interrogar ampliamente a las partes para saber de qué se está hablando, qué se está diciendo y tratar de desentrañar el significado exacto de lo que se está tratando de transmitir porque en última instancia él es el que va a plasmar la verdad esto se va a tener que realizar no sólo en interrogatorios, sino también cuando el juez crea necesario contar con la asistencia de otro tipo de auxiliares que le ayuden a comprender.

No me cabe ninguna duda que la diferencia entre comprender los actos que aportan las partes y a veces introducir datos nuevos puede ser una línea divisoria muy delgada y que en cada caso va a merecer análisis, entonces distinguida esta cuestión; datos que el juez trata de comprender y que se puede valer de un acto interrogatorio y de citar a testigos o a peritos para aclarar estos puntos. Quedaría la otra cuestión de que si puede o no incorporar pruebas que no sean ya para comprender sino, que impliquen datos nuevos. Este es el punto más debatido, de la posición extrema que dice que no, y las posiciones más flexibles que las entienden en algunos casos.

Yo creo que si entrara a distinguir si son medidas para mejor proveer o no lo limitaría al caso de la posibilidad de incorporar pruebas y creo que eso puede hacerse en casos excepcionales, hoy fueron nombrados los requisitos para las medidas para mejor proveer y en aquellos supuestos en última instancia el juez está apreciando, ya prejuzgando de que pueden ser en favor del imputado. Es decir, si el proceso es un proceso de garantía, yo creo que lo que está tratando de garantizar es la situación del imputado y que por lo tanto esa prueba

incorporada a su favor, nunca puede ser óbice para decir que, si bien se quiebra en cierta medida el principio de imparcialidad, que se quiebra afectando garantías constitucionales.

El tema que más me interesaba tocar acá, es el de la mayor duda que me ha dejado este congreso. En términos generales yo he apreciado un gran optimismo por parte de los expositores con respecto a la garantía que ofrece el principio de imparcialidad. Y en ese aspecto yo soy un tanto escéptico; yo no sé si la imparcialidad ofrece, hoy por hoy, las garantías que todos pretenden que ofrezca. Y la duda me surgió como consecuencia de la gran cantidad de procesalistas civiles, que estando enrolados en una postura, se han pasado abruptamente a la otra. Cuando comencé a pensar el por qué de esto, evidentemente no pueden ser cuestiones personales o cuestiones de vedetismo por parte de quienes quieren desarrollar una actividad de activismo judicial, tiene que haber alguna causal para que se produzca este traslado.

Sabemos que el Derecho Procesal, lo que realiza es hacer funcional al Derecho de Fondo, es decir, sirve para encausarlo, para regularlo y para hacerlo efectivo. Y, por lo tanto, las características de un determinado sistema procesal van a tener que guardar, para cumplir con esa funcionalidad, una correspondencia teórica con un derecho penal de fondo. Para hacerlo más claro: un sistema inquisitivo, donde se persigue una verdad sustancial, es decir, la posibilidad de alcanzar la verdad, guarda una correspondencia teórica exacta con un Derecho Penal de carácter sustantivista; es decir, donde el ilícito no sólo es determinado de manera exclusiva y excluyente por la ley penal, sino que se recurre a concepciones metajurídicas de lo que es la desviación penal, por ejemplo, de cuestiones imorales, características físicas de una persona. En

definitiva, cuestiones que son ajenas a la descripción típica. Lo más relevante de esto lo constituyen los denominados tipos de autor, donde las descripciones que se realizan son vagas y genéricas. En cambio, el principio de imparcialidad, por ser parte de un sistema de carácter acusatorio, guarda mayor correspondencia y es ahí donde alcanza mayor funcionalidad con un Derecho Penal de carácter convencionalista o legalista, es decir, donde la única fuente de las normas de carácter penal lo constituye la ley. Pero la ley con todas las características que se fueron precisando de Feuerbach hasta el desarrollo del tipo, que se puede considerar formulado con Bebing. Que la ley no sólo sea previa y escrita, sino lo fundamental, que sea cierta y que sea estricta. Es decir, el principio de imparcialidad va a cumplir acabadamente su función garantista, en la medida en que tengamos un Derecho Penal convencional o legal, en donde el juez desarrolle una actividad cognoscitiva en la mayor parte, y decisoria y potestativa, en la menor cantidad posible. La pregunta es: ¿Puede funcionar acabadamente un principio de imparcialidad procesal con un Derecho Penal sustantivista?. Y yo creo que si bien en alguna medida puede cumplir alguna función, es mínima comparada con el riesgo que se está produciendo por las nuevas modalidades del Derecho Penal como se está presentando. La idea es que el principio de legalidad tradicional que nosotros conocemos, se está perdiendo; la ley no está cumpliendo la función que nosotros todavía aceptamos casi de manera irrazonada, como que debería cumplir.

La ley como fuente del derecho Penal cumplió su función hace doscientos años atrás, cuando como consecuencia del Iluminismo todavía se creía en la posibilidad de establecer principios duraderos y vigentes por muchísimo

tiempo; es decir, con la capacidad de captar en abstracto determinadas situaciones y proyectarlas de tal manera hacia el futuro, que el juez no tuviese más posibilidades que leer y aplicar la ley, aún sin caer en el extremo de una exégesis absoluta donde el juez es exclusivamente la boca del legislador, aún aceptando las distintas teorías interpretativas, no cabe ninguna duda que el principio de legalidad en su momento cumplía esa función de limitar la capacidad potestativa del juez, dado que se debería atar a ésta en gran medida. Sin embargo la ley, como fuente del Derecho, está perdiendo su importancia; ya no es lo que fue. Y esto se viene dando en pasos agigantados. Para eso basta pensar en los delitos de tipo económico o tributario, donde se establecen pautas generales, abiertas, tipos imprecisos que son llenados por la Administración; es la administración la que va a complementar el tipo legal. Pero a su vez se están presentando otro tipo de delitos que son los delitos ecológicos, donde no existe la tipicidad; se presentan grandes pautas generales, grandes principios en donde se ha perdido:

- saber cuál es el bien jurídico tutelado, al menos como para tener la idea acerca de qué es lo que queremos o cómo lo vamos a llenar
- el criterio de lesividad, es decir de un resultado completo; y se están estableciendo delitos de peligro abstracto. Por lo tanto no sabemos ni cuándo comenzamos a dañar, ni cuándo dañamos.

Entonces, esto cómo se compagina: tipos penales o grandes principios de Derecho Penal, que han de ser llenados por el juez, quien ya no tiene exclusivamente la capacidad cognoscitiva que se le ha querido otorgar y limitar, sino que tiene una capacidad de poder establecer cuáles son los tipos.

La pregunta que yo me hacía es ¿Qué sentido tiene limitar al juez en las facultades de preguntar o en las facultades de realizar algún tipo de prueba, cuando tenemos que tiene la facultad de establecer el ilícito?. Estamos limitándolo por un lado, pero le estamos dejando la puerta abierta por el otro. Por lo tanto, yo estoy lejos de renegar del principio de imparcialidad; lo que yo creo es que debemos tener cuidado y fijarnos que no está cumpliendo con la función. El Derecho Procesal en ese aspecto no es funcional al Derecho Penal de que está viniendo. No sé exactamente cómo se va a solucionar la cuestión; Tal vez estamos yendo de un derecho continental de la ley al derecho del caso, y por lo tanto, vamos a tener que aprender del derecho Anglosajón, para poder establecer cuáles son las garantías que éstos tienen y que son bastante estrictas, tanto o inclusive más a lo que nosotros estamos acostumbrados.

Estaba recordando ahora, aparte de los delitos de tipo económico, la reforma que se le hizo al Código con relación a los delitos contra la sexualidad; cuando se habla de grave ultraje al pudor, que alguien pueda decir previamente a qué se está refiriendo, si no es el juez cuando dicta su sentencia, la que en última instancia, está contemplando el tipo.

Quería dejarles la reflexión de revalorar el principio de imparcialidad, pero no tenerlo como eje o como idea de que con ello estamos defendiendo las garantías. Yo creo que no es un Derecho Procesal garantista lo que precisamos, sino un Derecho Garantista; que exista un derecho en su integridad que nos permita tener bien definido cuáles son los ilícitos y cómo se van a juzgar.