

## EL JUEZ Y LA JUSTICIA PENAL. HUMANIZACION DEL PROCESO Y DERECHO A CASTIGAR

RAQUEL LANDEIRA LOPEZ

### 1. *La función del Juez: Entre la mera aplicación y la creación del derecho*

Desde un sector avanzado de la doctrina se reclama que la jurisprudencia asuma un papel importante en el desenvolvimiento de la ley, desempeñando una función creativa.

Así se reproduce la vieja polémica sobre la función del Juez, entre quienes la consideran mera aplicación de la ley y quienes entienden que es un medio de producir el Derecho, al menos en sentido kelseniano.

Alcalá Zamora ha dedicado varios estudios a las facultades del Juzgador en el proceso. Señala que no es deseable ni el Juez impasible, meramente espectador, ni el dictador del proceso penal inquisitivo, que absorbe todas las funciones, sino el Juez director de un sistema como el austríaco establecido por Klein.

Resulta en todo caso indiscutible que aún sin admitir la libertad del Juez para "crear derecho", la distancia entre la ley general y abstracta y el caso concreto determina que el Juez cree un "plus" en el Derecho cualquiera sea el límite de sus funciones; atendiendo básicamente a la realidad político-social de su época.

En algunos países desarrollados de Europa continental, en determinadas materias, puede notarse claramente esta tendencia a la expansión de la función judicial y de las nuevas tareas de la magistratura. Tal es el caso de Bélgica, en lo referente a la consideración de los asuntos relativos al derecho de familia.

De todas formas, creo que se debe partir de una premisa básica, en el sentido de que el Juez no puede interpretar contra el programa normativo, porque de lo contrario, éste se transformará en aquello que el operador intérprete quiere que sea, acarrecando consecuencias tan graves como puedan imaginarse en cuanto a la alteración e incoherencia del sistema. O sea, el primer límite al activismo, es su sometimiento a la legalidad, puesto que las pautas de actuación deben ser fijadas por los órganos políticos dentro de la organización de un Estado democrático.

El Juez no es ni debe ser legislador. Su actividad requiere estructural y esencialmente que sea imparcial, ajeno al conflicto y esté por encima de él.

## *2. El programa normativo en el proceso penal*

La Ley Fundamental debe en principio atender a hacer efectivo un esquema de relaciones convivenciales entre los individuos, presidido por los derechos y libertades que se le reconocen a cada ciudadano en particular. Desde este punto de vista, la Constitución debe ser la norma fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico incluido el procesal.

La efectividad del programa penal democrático depende de su realización procesal. El modelo de proceso, las estructuras de enjuiciamiento que condicionan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, son fundamentales para llevar a la práctica cualquier programa penal.

La disciplina jurídico-procesal integra el contenido de la intervención legalizada del Estado en ejercicio de su derecho de castigar. Ella se vincula al conjunto de limitaciones que supeditan la imposición de una sanción penal, discernible sólo al cabo de un proceso y bajo forma de juicio.

El proceso penal debe atender pues, fundamentalmente a hacer posible la validez de los actos procesales con las garantías que la ley procesal establezca de conformidad, además, con las propias garantías constitucionales emanadas de la Carta.

Es así que el intérprete debe coordinar las normas de todo el ordenamiento jurídico que constituyen las bases de la organización de su Estado.

Es en el ámbito del proceso donde se tensan al extremo las relaciones entre el individuo y el Estado, los conflictos entre libertad, justicia y seguridad.

Allí se generan, de suyo, las necesidades más acuciantes de defensa de las garantías individuales y de protección de los derechos humanos, frente a la dinámica de la intervención punitiva estatal.

Destacaba con agudeza Carnelutti, que el proceso penal interesa a una cuestión eminente de civilidad. Por consiguiente, el proceso atrapa o involucra un aspecto específico de la conciencia jurídica, de la cultura jurídica de la comunidad, donde inciden valores, prejuicios, costumbres y tradiciones.

Tanto el derecho penal sustantivo como el procesal dicen de la conciencia jurídica de un pueblo, y el grado democrático de una Nación.

El proceso penal es antes que nada condición y límite del poder penal del Estado. Está subordinando y restringiendo -de principio a fin- las posibilidades estatales de intervención represiva. Desde el punto de vista político la función del proceso se imbrica en la llamada "producción del caso". Sirve de nexo funcional entre jurisdicción y democracia, pues le incumbe prestarle un espacio de acción al Estado, pero imponiéndole a la vez, un conjunto de reglas de juego, un modo predeterminado de comportamiento formal. El proceso penal, en cuanto estructura, proporciona un escenario reglado para verificar el merecimiento de pena respecto del imputado, tanto como la necesidad de la misma, porque esta última puede devaluarse ante la ausencia de fines preventivos y en aplicación de criterios de oportunidad.

## *3. El perfil básico del proceso penal*

Cabe sostener sin temor a dudas, que una estructura racional y eficiente de proceso, dependerá del nivel de participación comunicativa y de una adecuada definición e interacción de roles actorales.

Concebido el proceso penal como una estructura racional de relaciones comunicativas, teleológicamente orientada a restablecer la paz social y proteger al ciudadano contra el omnimodo poder penal del Estado, se obtiene el principio conductor para delinear el perfil básico de un proceso democrático.

El proceso se desarrolla a través de una red de actos dialogales o comunicativos que las partes, -acusador público y defensa- con sus roles bien definidos, someten a la decisión de un tercero imparcial, el Juez. Va de suyo que el proceso implica la tensión dinámica y dialéctica entre la función requirente del Ministerio Público, la función tutelar de la Defensa, y el ulterior pronunciamiento jurisdiccional.

Al mismo tiempo, todo a lo largo del proceso debe imperar un sistema ágil de controles recíprocos, ligados a un principio de transparencia, que asegure la visibilidad de las decisiones y de los diversos actos de gestión. Una estructura procesal que se aparte de este modelo filosófico y político, ya enunciado en la prédica de Montesquieu, se volverá una trama incoherente, un sistema ineficiente y disfuncional a los fines propuestos.

Los lineamientos fundamentales de un modelo democrático refieren básicamente a un esquema gobernado por los principios de oralidad, intermediación y publicidad.

#### *4. El Juez en el sistema procesal penal uruguayo*

##### *4.1. Antecedentes*

El mundo iberoamericano ha sido fiel receptor del sistema inquisitivo o inquisitivo-reformado, que implica no sólo un modelo procesal, sino también una forma de pensar y ejercer el poder penal, constituyendo una verdadera "cultura inquisitiva".

Los principios materiales de la Inquisición se conservan declaradamente: la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica, principios que a su vez determinan la forma de aplicación del castigo y la función que el Estado desempeña en la misma.

Las leyes determinantes del proceso inquisitivo se denominaron significativamente sólo "Instrucciones", porque se tenía la sensación de que se trataba, no del ordenamiento normativamente fijado de un verdadero proceso judicial, sino más bien de la actividad policiaco-administrativa de un funcionario investigador.

Es así que se conservan de la legislación colonial rasgos vigorosos, tales como: organización fuertemente vertical de los tribunales, jerárquica, en algunos casos con controles de oficio, sin necesidad del recurso del agraviado por la resolución y mecanismos legales para imponer a los tribunales inferiores la forma de decidir los conflictos y de interpretar la ley que adoptan los tribunales superiores en casos similares.

El procedimiento es escrito -aplicación del principio "quod non est in actis non est in mundo"-, en consecuencia, falta total de inmediación entre las partes y el Juez, inclusive en cuanto a los elementos de prueba.

Junto a ello, falta también la publicidad, indispensable elemento de contralor de la función.

Predomina el Juez unipersonal profesional -funcionario permanente y técnico de la administración de justicia-, quien realiza la instrucción y dicta sentencia en la primera instancia.

Para la segunda instancia, cuya apertura se efectiviza por la promoción de recursos amplios, se prevé un tribunal colegiado, integrado por tres miembros, también

jueces profesionales y permanentes, que examina la corrección formal del procedimiento y la corrección material de la decisión, sólo sobre la base del expediente formado por las actas labradas.

Es un proceso sin diferenciación de roles, donde el poder de persecución penal, se confunde en forma grosera con el poder de juzgar.

#### 4.2. El régimen vigente

Al igual que en la mayoría de las repúblicas iberoamericanas, existe una incompatibilidad entre el camino elegido para la organización socio-política fundamental, en tanto determina la manera de aplicar la ley penal, y las leyes comunes emanadas del Parlamento, que regulan la forma de operar de los órganos del Estado. Estas leyes debieran ser en definitiva, en uno de sus aspectos básicos, reglamentarias de las normas constitucionales.

La legislación se aparta claramente de los principios y postulados de la Ley Fundamental, conservando la rutina de la administración de justicia, la forma de proceder colonial.

El Código del Proceso Penal uruguayo, se encuentra vigente en nuestro país desde el 1º de enero de 1981. Es la copia estructural de nuestro anterior Código de Instrucción Criminal de 1878, que procedía de la legislación española de 1812 a 1872, la cual a su vez reproducía el Código francés de 1808.

Consagra una instrucción inquisitiva, caracterizada por el presuntorio secreto, la prisión preventiva como regla general, el valor indiciario de la confesión formulada ante la autoridad policial, incomunicación de la persona privada de su libertad, etc.

Se recoge el principio de inmediación, pero este no se verifica. Asimismo, la unidad de Juez de instrucción y plenario entrañan el peligro de la autoimplicación.

A nuestro Juez le ordenamos que instruya, le obligamos a pesquisar detectivescamente, pero con obligación de no contaminarse con los frutos de su propia investigación, ni prejuzgar sobre los hechos que él mismo va reconstruyendo. Por si fuera poco -un segundo olvido de su limitada dimensión humana-, se le demanda que supervise la instrucción, el plenario e incluso la ejecución penitenciaria.

A pesar del impacto saludable provocado por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, la legislación procesal uruguaya aún no ha roto su letargo, y continúa atada a este sistema históricamente superado.

Casi nadie discute en la actualidad la necesidad imperiosa de su reforma, pero se plantean diferentes opciones para su realización.

#### 5. *El nuevo rol del Juez. El papel de la reforma normativa*

La reforma normativa debe presidir políticamente todo el sistema. La ley es una de las formas más claras y eficaces de explicar y llevar a la práctica ideas políticas: es un factor ponderable de transformación social.

La ley procesal penal y la de organización judicial deben cumplir su papel reformador de los principios y del sistema de administración de justicia.

El programa político debe tener como pilares básicos: el enjuiciamiento oral y público, concentrado y continuo, contradictorio y estructurado en base a audiencias.

Mediante esta vía instrumental, lograría reemplazarse la vieja ritualidad escrita del procedimiento, su articulación monológica y sucesiva, por un modelo de actuación conjunta, concentrada e inmediata de todos los sujetos, quienes a lo largo del debate participan efectivamente de un diálogo comunicativo.

De esta manera, el Juez adquiriría todos los atributos inherentes a la esencia misma de su función.

Asimismo, y en forma complementaria es menester lograr mecanismos de simplificación y abreviación procesal para hipótesis especiales. Tal la introducción del principio de oportunidad reglado y bajo el control de las partes y del tribunal para solucionar los casos de bagatela.

Esta propuesta sigue fielmente la orientación del modelo alemán que ha sido recogida en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Coincide también con el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento penal, conocidas como Reglas de Mallorca 1992, en curso de aprobación, cuyo artículo 2.1, establece: "la función investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora".

La sola mención de estos principios dogmáticos modernos significa, en medio de la atávica estructura en vigor, una ironía del discurso.

Es necesario aceptar este desafío para inocularle democracia al proceso penal, con una correcta separación de funciones. Ninguno de los sujetos, pero menos aún el Juez, puede cargar sobre sus espaldas con misiones tan heroicas como impracticables.

El cambio en el sistema procesal penal exige coraje, firmeza de convicciones en cuanto concierne a la seguridad pública y a la democracia.

## 6. Conclusiones

1. Dentro de la organización de un Estado democrático, las pautas de actuación judicial deben ser fijadas por los órganos políticos, constituyendo el sometimiento a la legalidad el límite último de su accionar.

2. La efectividad del programa penal en un Estado de Derecho depende de su realización procesal. A su vez, el proceso penal es condición y límite del *jus puniendi* del Estado.

3. El programa normativo debe consagrar un modelo dispositivo, oral, público y contradictorio, dotado de una red eficaz de controles recíprocos que garantice efectivamente los derechos del justiciable.

Este sistema dignifica la función judicial, jerarquizando a ese tercero independiente e imparcial en su labor de dictar justicia.

## BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.: "Proceso, autocomposición y autodefensa", UNAM, México, 1970, N° 76, pág. 133.

BERGALLI, R.: "Estado democrático y cuestión judicial", Depalma, Bs. As., 1984, págs. 91 y sig.

- BINDER, A.: "Justicia Penal y Estado de Derecho", Ad Hoc, Bs. As. 1993.
- "Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal en "El Ministerio Público para una nueva justicia criminal", Universidad Diego Portales, Chile, 1994.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: "Control social y Sistema penal", P.P.U., Barcelona, 1987.
- CAFFERATA NORES, J.: "Derechos individuales y proceso penal", Lerner, Córdoba, 1984.
- CARNELUTTI, F.: "Las miserias del proceso penal", Temis, Bogotá, 1989.
- GELSI BIDART, A.: "Aproximación a un nuevo proceso penal", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 1/96, F.C.U., Montevideo, 1996, pág 11.
- LANDEIRA, R.: "El proceso penal por audiencia en materia de delitos". F.C.U., Montevideo. 1990.
- LORCA NAVARRETE, A.: "El proceso penal como sistema de garantías constitucionales", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N°1/91, F.C.U., Montevideo, 1991, pág 24.
- MAIER, J. B. J.: "Derecho Procesal Penal Argentino", Vol. I - A. Hammurabi, Bs. As., 1988.
- "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N°1/q3, F. C. U., Montevideo, 1993.
- "Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica", en "Lecciones y Ensayos". Facultad de Derecho, Bs. As. 1994.
- SAGUES, N.: "La interpretación de la Constitución". Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 3-4/92, F. C. U., Montevideo, 1992, págs. 321 y sig.
- VAZQUEZ ROSSI, J.: "El Derecho Penal de la Democracia", Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.
- VESCOVI, E.: "La independencia de la Magistratura", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4/89, F. C. U., Montevideo, 1989, pág. 569.
- "El activismo del Juez", Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N°3/90, F.C.U., Montevideo, 1990, pág. 400.
- ZAFFARONI, E. R.: "Sistemas penales y Derechos Humanos", Depalma.