

EL DEBIDO PROCESO Y LA CALIFICACION LEGAL DEL HECHO ILICITO*

Héctor Granillo Fernández

El tema del derecho procesal penal garantista es un tema medular en la calidad de vida que queremos tener los argentinos, porque según que respetemos o no respetemos la constitución nacional y las constituciones provinciales habremos de ser garantistas o no garantistas. Debe alejarse el tema de, si se es o no garantista; se es respetuoso de la constitución o no se lo es. No debemos aceptar salir de los límites de la constitución nacional y no nos deben asustar ni leyes duras ni menos duras siempre que se ajusten al debido proceso constitucional.

Este tema del derecho procesal penal garantista que nos obliga a incursionar, recordar cuales son los sistemas procesales posibles. Recordamos el sistema elegido como forma de vida para la justicia, los argentinos desde mucho antes de organizarnos como nación, y en esto es bueno recordar que nuestra tradición, es una tradición que viene de allá lejos en los siglos de la antigua Grecia y Roma: nosotros somos herederos de esa cultura pero esa cultura no se ve plasmada en la realidad de los hechos sino hasta experiencias muy, muy recientes que están en una gran crisis. Hemos mamado una cultura de fondo constitucional, que en realidad no tuvo la aplicación consecuente. Porque primó la cultura de la inquisición que heredamos de la España medieval y es la que nos ha impulsado, motivado en las legislaciones casi hasta estos días; recién hace un año que hemos derogado el viejo código en la provincia de Buenos Aires y en las Provincias ha pasado algo parecido porque aún en aquellas provincias que mantienen sistemas mixtos, no se me escapa que un sistema mixto se parece mucho más a un sistema inquisitivo, que a un sistema acusatorio.

* Conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

Este sistema inquisitivo ha primado porque evidentemente nuestra idiosincrasia argentina, de los constituyentes se ha expresado de una manera desde el principio de los tiempos en la Nación Argentina se ha expresado en una manera absolutamente rotunda y tenemos los ejemplos desde la junta de Mayo, desde la Asamblea del año XIII, que ordena la quema de los elementos de torturas; desde los estatutos y las constituciones de 1819 y 1826 son sistemas de justicia que quieren ser distintos de la corona española y esto no lo hemos podido mamar o plasmar tal vez porque los intereses predominantes pudieron más que los propios principios que hemos incorporado a través de toda esta historia a que es bien nuestra. Que desde que pudimos opinar como país virtualmente independiente, pero sin saberlo desde 1810 hasta después de 1816 en lo fuimos, nosotros no hemos tenido una conciencia clara de cuál era el sistema de justicia que nosotros mismos habíamos elegido y acá se habla de que se incorpora extranjerismos, cosas ajenas a nuestra realidad y reflexiono en que la más pura concepción grecolatina es al fin la que han incorporado los países de habla inglesa, es la que incorporó el jurado, la que incorporó las formas orales del enjuiciamiento y sobre todo el acusatorio que es previo a estas formas, creo que cuando decimos que tenemos que no incorporar instituciones que no convengan a nuestra forma de vida, tengo que saber bien claro cuál es nuestra forma de vida. Porque en este sentido eso es lógico porque somos un país todavía en formación, se puede decir: que tenemos una idiosincrasia de pueblo, como raza somos un crisol y esto da una característica demasiado particular a nuestra propia nación.

La inquisición se caracterizó como sabemos por el sistema que prioritaba el poder central, que hacía que los reyes controlaran el poder de acción a través de funcionarios de la corona, que eran aquellos que decían cuándo, a quién, cómo y hasta cuándo se perseguían y que sirvieron como instrumento indudablemente de unión nacional, esto fue mucho en la España de los reyes católicos esto pasó en los países centrales de Europa, pero de esto se "libró" Inglaterra, ella mantuvo un sistema más puro de tradición romana y este es el que llega a través de sus colonias americanas, a los EEUU principalmente. Llega ahora a nosotros de una manera que nos sorprende, sin embargo nosotros tenemos un hito que es nuestra conformación nacional, nuestra Carta Magna, nuestra estructura básica y única de convivencia que es esa constitución nacional de 1853, reformada sucesivamente pero mantenida en su esencia, tanto la hemos mantenido que en el punto de la materia que hoy nos convoca, que se ha mantenido la institución del juzgamiento por jurado y esto no es poca cosa. Porque cuando hablamos del

juicio por jurado, hablamos de una forma de juzgamiento que nada tiene que ver con los procedimientos inquisitivos, que nada tiene que ver con los procedimientos escritos, que nada tiene que ver con los procedimientos no republicanos; esto tiene que ver con una justicia oral , pública, acusatoria y contradictoria. Y esto es lo que hemos mantenido en nuestra tradición de manera incólume y esta es nuestra base y esto es lo que tenemos que referir si queremos hablar de un derecho o un proceso penal garantista.

Qué olvidadas tenemos las garantías muchas veces; los abogados, los operadores en general del sistema cuántas veces las resoluciones judiciales refieren a artículos de nuestras constituciones y de nuestras constituciones locales; cuántas veces se omite y cuántas veces se olvida la vigencia de una garantía que estamos tan acostumbrados a que ese tipo de omisiones o de formas de dejar de lado son de alguna manera consentidas. Y en este sentido, cuando olvidamos las garantías es cuando dejamos de tener un debido proceso. Porque la garantía del debido proceso es generalmente la más omnicomprendiva y es la que refiere y necesita de todas las garantías, me cuesta entender un debido proceso sin una defensa en juicio inviolable, me cuesta entender un debido proceso sin un juez imparcial y me cuesta entender un debido proceso sin la participación de otro órgano, en la acción pública del fiscal, indudablemente titular de una acción, y que la ejerce con independencia del poder de jurisdicción. Esto nosotros todavía lo estamos discutiendo, esto todavía hoy es motivo de gran alarma cuando veo en los periódicos que siguen habiendo discusiones acerca de una vuelta al pasado y una vuelta a sistemas donde está el juez de la Inquisición mandando ese proceso; donde se está queriendo volver a un sistema anterior seguramente alegando deficiencias que debemos reconocer en los sistemas acusatorios que han empezado a regir, entre ellos, el de la provincia de Buenos Aires.

El principio acusatorio es el único que respeta la constitución nacional, y en este sentido es el único idóneo para el ejercicio de las garantías constitucionales. Es indispensable que se diferencie de una vez por todas la función de investigar y la función de juzgar. Y que mientras exista una etapa o procedimiento de investigación, de preparación de un juicio, no haya un juez que sea juez y parte, que sea parte y juez en ese orden, que sea el que investigue, que lleve adelante y que sea a la vez el que decida , que sea el que hemos mamado de alguna manera ex officio aún cuando era en contrario a la magna constitucional. Que durante más de 5 siglos lo tuvimos vigente en nuestra realidad argentina y que hoy subsiste en

algunas provincias como la de Santa fe. Esto es algo que nosotros debemos manifestar, debemos hacer no sólo una defensa enfática y fuerte de estos principios porque son la constitución, sino que debemos hacer docencia desde todos los lugares, docencia con la gente que incluso no es profesional de nuestra materia porque la gente quiere una forma de convivencia que está contenida en la constitución pero que no conoce a ciencia cierta o que muchas veces no sabe a ciencia cierta hasta una explicación somera de cuál es la conveniencia y la ventaja de vivir dentro del sistema constitucional. Nosotros hemos vivido en Argentina y hemos sufrido la violación de todo tipo de garantías, creo que en esto debemos ser ineludables. Y no podemos ni siquiera escuchar que se hable de aminorar las garantías; y esto no es sólo de nuestro país. También se advierte internacionalmente: en el congreso de Budapest, la ponencia que ganó de aminorar las garantías en los procesos, se empieza de primero organizado. Es una ventana que mañana pasa al proceso de los más débiles. Y esto es una advertencia; porque el movimiento pendular garantista o no garantista nos debe mantener al margen, nosotros somos respetuosos de la constitución, y ahí nos debemos mantener.

A través de las ideas del iluminismo que tomamos en la Constitución de 1853, receptada por la Constitución norteamericana, hemos tomado un modelo de juzgamiento donde los roles están bien claros. Hay alguien que tiene un poder de acción, hay alguien que debe defenderse de manera inviolable y hay un tercero imparcial ajeno a la contienda. Cómo se entienden estos roles en el debido proceso y en la calificación legal. El tema de la calificación en nuestro sistema, voy a tomar como ejemplo el de la provincia de Buenos Aires y con sus grandes defectos marca una línea adecuada a la Constitución nacional; porque marca el acusatorio. Pero marca el acusatorio tal vez como el que más en nuestra República Argentina, la calificación legal la da el fiscal y por qué la da El Ministerio Público fiscal, porque es el que lleva a cabo la investigación penal preparatoria y es el que dispone, si no hay inferencias del juez de garantías todos los actos. Guía la investigación, persigue, ordena ex officio, no debe pedir en principio permiso a nadie salvo en lo que haga a la afectación de garantías pero el problema es que cuando hay afectación de garantías ahí tenemos nuevamente el juez de garantías, como el juez de la inquisición. Porque el juez de la inquisición toma el rol de oficio de más allá de aquello que le abrió la vía de la pregunta o de la consulta o del pedido de autorización, y dispone un allanamiento pero cambia de oficio la calificación del hecho y ¿qué es lo que pasa ahí? Se afectan las

garantías y se cambian los roles del proceso porque el juez de garantías solo debe decidir, aquello que es de su incumbencia durante la investigación penal preparatoria. Y cuando se lleva a juicio el tema cambia porque el fiscal promueve el juicio pero también se le obliga a que califique y esta calificación de los hechos hace que se introduzca a l proceso u tipo de procedimiento, un tipo de juzgamiento que será criminal o correccional según la calificación con la que se lleve pero que puede ser motivo de resolución por el juez de garantías antes de pasar al juicio, nueva vez en que el juez de garantías está interviniendo, entiendo que siempre que el juez de garantías dentro del ámbito de su incumbencia resuelva, es absolutamente legítimo que lo haga y el fiscal debe respetar esa calificación porque está dada por el órgano jurisdiccional dentro del ámbito de sus facultades legales; pero es distinto cuando lo que debe resolver el juez, por ejemplo librar o no la orden de un allanamiento de domicilio, y él modifica motus propio y ordena determinadas situaciones que no las puede hacer más en un sistema donde se ha transformado en puramente acusatorio donde el fiscal es el que dispone las medidas de prueba.

La problemática es que también en última instancia los fiscales, todavía no tienen la cultura del procedimiento acusatorio y no tienen la firmeza como para discutir sus incumbencias frente a los jueces de garantías y esto trae un embotellamiento en el desarrollo del juicio, porque no se llega a él, esto sucede en la Provincia de Buenos Aires, en La Plata hay 500 procesos, que el procedimiento preliminar esta virtualmente terminado pero que están varados por problemas con el juez de garantías, hay excepciones, hay planteamientos de apelaciones pero en última instancia seguimos teniendo de alguna manera la cultura de que el juez maneja el filtro de la pasada o no-pasada, de la llegada o no, al juicio. Por eso el tema de la cultura de lo acusatorio es un tema no menor, es tal vez el nudo, la médula de todo este problema que nosotros podemos modificar las leyes podemos pasar de la noche a la mañana pasar de este esquema a este otro opuesto, pero si no se tiene la conciencia y la infraestructura para trabajar ese tipo de modelo es muy difícil que ese modelo subsista. Entonces viene la contra revolución, empiezan las voces de que este sistema fracasó, de que hay que volver al sistema escriturario donde invocamos el paternalismo del juez de la instrucción y cuantos están buscando la vuelta al sistema ya superado al que la mayoría hemos manifestado que no queremos volver. Porque si hay algo que es cierto es que esa ley de procedimiento en nuestra provincia salió por consenso y este consenso no se puede tirar por tierra sino es por otro consenso en

sentido contrario y el problema es cuando mezclamos los temas de la seguridad con el debido proceso. La seguridad va de la mano con otros temas: con la constitución. Y si no trabajamos los resortes de la seguridad es un problema del área de la seguridad, si nosotros pretendemos que el poder judicial, va a solucionar el tema de la seguridad creo que estamos muy errados, porque el problema de la seguridad es un problema más de prevención que de represión y sino nos metemos en la cabeza que debemos trabajar en la prevención la represión nos va a dar un resultado siempre negativo, por más duras sentencias que pongamos, por más que llenemos cárceles y cárceles y que dispongamos no excarcelar. Es como que a nuestros hijos les peguemos cada vez más fuerte o más veces en el día para solucionar un problema, vamos a generar problemas distintos y cada vez más graves porque no actuamos inteligentemente y porque lo peor de todo es que nos manifestamos impotentes y la impotencia genera violencia, violencia en el que no la ejerce por impotente pero también en el que debe recibir la potencia y no la recibe. Este es todo un problema más filosófico que jurídico pero creo que es absolutamente real.

La calificación legal del hecho y el debido proceso tiene bemoles bastante importantes por que hace al ejercicio de las garantías. Si nosotros instauramos un procedimiento de corte acusatorio y pretendemos la plena vigencia de las garantías los roles van a estar claramente determinados, habrá un órgano del Ministerio público, la acción pública, que dirá cuál es la calificación del hecho y las partes van a tener pretensiones que van a hacer cada una respectivamente pero van a llevarse a cabo sobre la base de reglas fijas, el cambio de las reglas es lo que hace también a la violación de las garantías. Si un fiscal promueve una acción de tal manera y sobre la base de tales reglas, no puede cambiarse absolutamente la base fáctica de aquello por lo que se va a defender y entablar la contienda y en esto debemos ser absolutamente rígidos porque si a nosotros no cambian las circunstancias fácticas del hecho que se está investigando y/o juzgando, a nosotros nos están afectando la esencia de la defensa. ¿Cómo puedo decir que es lo mismo decir discutir un robo simple y un robo con armas? ¿Cómo puedo decir que es lo mismo discutir un abuso deshonesto, que una violación? Aunque haya situaciones que sean muy cercanas. Debe ser claro que el hecho es o no tal cosa, no puede ser que residualmente quede como que sino puedo llegar a tal lugar llego a tal otro, el derecho quiere que sean reglas claras y las reglas claras determinan una defensa inviolable.

