

Prólogo

Se suele repetir que con la obra de Von Bülow, dedicada al estudio de las excepciones y los presupuestos procesales – y así no los recordaba Sentís Melendo en la primera edición española de ese ensayo -, junto con la disputa sobre la acción que la precede en unos años (Windscheid- Muther), se establecen las bases de una nueva reflexión sobre el proceso, una nueva ciencia procesal que, en las mismas palabras de Bülow “ tiene todavía un largo camino que recorrer para alcanzar el progreso a que se ha llegado en los demás campos del derecho. Para ello se requiere, ante todo, el esfuerzo de una investigación dogmática libre. Todavía yacen en la penumbra las mas importantes y básicas ideas procesales oscurecidas por una construcción conceptual inadecuada y una errónea terminología; ambas, herencia recibida del derecho medieval y conservadas con la mayor fidelidad y constancia”. Palabras dichas hace cincuenta años y que todavía señalan el gran desafío para las nuevas generaciones. El libro que hoy me toca presentar –dedicado a los mismos temas que le preocupaban al maestro alemán- muestra la vitalidad de esas preocupaciones y pone a disposición de otros nuevos investigadores los materiales para llevar esa preocupación a nuevos estadios, en la larga e ininterrumpida cadena de voluntades dispuestas a pensar y actuar a favor de una mejor administración de justicia.

El gran cambio que significó toda la reforma de la justicia penal en América Latina todavía esta en sus fases iniciales. No porque todavía no hayamos logrado que los sistema de justicia funciones adecuadamente –lo que sin duda es una gran tarea pendiente- o por las lógicas dificultades de puesta en marcha de cambios tan profundos, sino porque todavía no hemos tomado suficiente nota de que no se trata solo del cambio de un modelo procesal por otro, sino que se trata de cambiar un modo de pensar la justicia penal por otro totalmente opuesto. Quien quiera ver los cambios como un simple cambio de trámites, posiblemente no logrará nunca comprender su magnitud e importancia. Lastimosamente todavía no se ha expandido lo suficiente la idea de que no es posible interpretar los nuevos sistemas adversariales con los viejos conceptos del sistema inquisitorial, así como no es posible hacer funcionar su maquinaria con la práctica forense de triquiñuelas y demoras. Ambas actitudes retrogradadas son expresión fiel de

ese espíritu conservador de que se quejaba Bülow, apegado “con fidelidad y constancia” a prácticas, por lo menos, medievales.

Por eso la elección del tema de investigación de este libro es por demás pertinente. Porque hablar de la acción y sus excepciones es hablar de cómo construimos los presupuestos procesales, es decir, todo aquello que hace que la decisión sea válida, pero no ya por meras cuestiones formales, sino porque el proceso se encuentra correctamente constituido. Ciertamente se trata de temas que han dado lugar a la mayor cantidad de demoras; son temas propios del “litigio indirecto” y la cultura del incidente que busca evitar la decisión judicial y desesperar a los litigantes. Todo eso es cierto y es otra razón más para tomar estos temas como objeto de estudio. El formalismo es la peor destrucción del gran valor de la formas procesales (cuya función pacificadora y esencial para la defensa de los derechos ya nos enseñaba Chiovenda) y por ello una nueva teoría de las formas (propias de los sistemas adversariales) es también un importante tema de estudio, para sacarlas del ritualismo exasperante y de la nulidad por sí misma y llevarlas a la vieja tradición procesal que reconocía en ellas la gran contribución del proceso a la vida ciudadana.

La constitución correcta del proceso implica graves problemas de legitimidad y eficacia. Ya lo advertía Carrara, el gran crítico del monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Público, quien nos llamaba la atención sobre la necesidad de asentar al proceso penal sobre sus “sujetos naturales”, es decir, la víctima y el imputado, portadores de los interés genuinos en cuya disputa se realza el valor de tolerancia y transparencia del juicio oral. Claro está que no se trata sólo de la víctima individual sino de las múltiples formas de víctimas que van desde lo individual a la totalidad de los miembros de una sociedad. Es en esa recategorización de las víctimas y en lo que llamamos el “derecho penal del conflicto” frente a la tradición inquisitorial del “derecho penal de la infracción”, donde se instala el estudio del régimen de la acción. Sigue estando poco clara la ubicación de las normas que constituyen ese régimen (y el trabajo que prologo señala esas ambigüedades) y ello ha motivado la reflexión de buena parte de los procesalistas; pero aún esa vieja reflexión debe ser renovada, destacando el alto valor político de esas normas en las que se juega, por lo menos, dos de los más grandes problemas que debemos afrontar en el corto plazo: por un lado, la construcción de una nueva y moderna relación entre los fiscales y las víctimas, en todos sus niveles y, por el otro, el control de la selectividad del sistema (condición tanto de legitimidad como de eficacia), mediante la flexibilidad del antiguo régimen de la obligatoriedad de la acción. Buena parte de las nuevas políticas que se quieren llevar adelante en los sistemas reformados pasan por el régimen de la

acción. Lastimosamente todavía se encuentra subutilizado, mal comprendido, tratado de un modo errático por la jurisprudencia y pero aplicado en la práctica. Pero quien quiera reflexionar seriamente sobre el futuro del proceso penal de su país, no podrá obviar los problemas que existen alrededor del nuevo régimen de la acción que han establecido los nuevos códigos, entre ellos el de Bolivia. Asimismo todavía encontramos en ese régimen una cantera enorme para el desarrollo de nuevas formas de persecución penal, de trabajo conjunto entre víctimas y fiscales, en políticas de diversificación. Este libro nos llama a prestarle atención y a confrontar con la jurisprudencia ese conjunto normativo en el que se han producido parte de las mayores innovaciones y donde se encuentran muchas de las llaves para el mejoramiento de la justicia penal.

La visión curialesca del trámite ha hecho de las excepciones una vía de morosidad; más lamentable aún es que muchos jueces dejan que ese tipo de litigio florezca –teniendo todos los medios para frenarlo– como un modo de evitar tomar decisiones, de postergar esa decisión y posiblemente de postergar los problemas que toda decisión conlleva. Un sistema judicial fundado en una abogacía que sólo ve el incidente como herramienta y unos jueces que permiten que alegremente se planteen incidentes y excepciones sin el menor fundamento, sólo es un laberinto macabro en el que los mejores valores vagarán perdidos y desorientados. Todavía la jurisprudencia no ha encontrado el rumbo para acabar con este fenómeno y sentar en la práctica la doctrina elemental de que hay que llegar cuanto antes a la decisión de fondo. Sin embargo ya está floreciendo una nueva jurisprudencia que todavía convive con otra confusa y aleatoria. Contar con libros como el que nos presentan aquí, en el que se confrontan las doctrinas con los principales fallos del país, el mejor, sino el único camino, para ponerle bases firmes a la dogmática procesal y a la jurisprudencia, en especial, la de los máximos tribunales de Derecho. Debemos felicitar al autor por facilitarnos esta tarea que no siempre es sencilla en nuestros países donde todavía la doctrina judicial no se encuentra suficientemente difundida.

Pero se puede hablar de las Excepciones in caer en la cultura curialesca; al contrario ellas son expresión cabal de la importancia extrema de la correcta regularidad del proceso; de los grandes valores que entran en juego en la etapa preparatoria (esencial desde la consolidación del propio procedimiento romano... ¡hace más de dos mil años!) y de la importancia que en nuestra época ha adquirido la defensa en juicio como la condición ineludible de todo proceso que aspire a ser justo.

Valgan estas sencillas palabras iniciales para entusiasmar al lector a adentrarse en este tema de la mano del autor; valgan también para alentar a todos a sacarle horas a otras labores para dedicarle tiempo y esfuerzo a la construcción de una nueva ciencia procesal en nuestros países que, con una mirada puesta en las producciones del pasado, tenga la capacidad de señalarnos el horizonte nuevo que ya marca la legislación pero que todavía debe volverse práctica y cultura cotidiana.

Alberto M. Binder
Inecip. (Instituto de Estudios
Comparados en Ciencias Penales)
Argentina.