

## PRÓLOGO

La docencia sobre los contenidos y las habilidades necesarias para poner en funcionamiento de un modo correcto la justicia penal se encuentra frente a grandes desafíos. Ellos provienen de los grandes cambios sociales que se han producido en las últimas décadas, por una parte, y de los propios cambios operados en el campo más estrecho de la justicia penal que en nuestra región viene modificando sus reglas de funcionamiento en base a un completo cambio de paradigma. Los primeros ponen en tensión viejos principios, confrontados ahora con nuevas formas de conflictividad, todo ello en el marco de sociedades democráticas con pretensión inclusiva, lo que es también un gran desafío y una hermosa novedad; los segundos, que nos interpelan más directamente, se relacionan con la necesidad de construir un saber nuevo, que permita a los operadores del sistema judicial poner en marcha un sinnúmero de nuevas instituciones que rompen con la vieja tradición inquisitorial.

Por ello es correcto, como se hace en los trabajos que me toca presentar, comenzar con los principios constitucionales. Seguramente, la gran idea que se afirmó en las últimas tres décadas en Latinoamérica y ella en sí mismo constituye un gran avance es la que nos dice que el modelo del proceso penal no surge de las leyes procesales ni de otros reglamentos, sino de las normas constitucionales y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que constituyen nuestro bloque de constitucionalidad. Al proceso penal lo debemos comprender *desde la Constitución hacia las leyes y no viceversa*. Esta idea a muchos hoy les parece obvia—no lo era hace apenas treinta años—pero todavía falta desarrollarla y extenderla hacia todos los confines del sistema penal. Por ejemplo, todavía legisladores creen que pueden modificar el estatuto normativo de la prisión preventiva, cuando su base constitucional y convencional (limitativa, por supuesto) se impone sobre cualquier intento de reforma secundaria. O la figura del juicio oral o los estándares de defensa penal efectiva, que se encuentran fijados en la legislación internacional. Las posibilidades de configurar el juicio de conocimiento por fuera de esas normas básicas son muy estrechas, y ello le ha dado una base común de legislación procesal a nuestro país federal sin necesidad de “unificar” legislaciones ni imponer tradiciones. Lasti-

mosamente es a nuestro sistema federal al que más le cuesta entender esas reglas y de allí que todavía no haya terminado el ciclo de reformas en nuestro país y ello nos mantiene en atraso.

Creo y me gustaría plantearle esta tarea a los jóvenes profesores, que la conceptualización y la explicación docente de esos principios necesita todavía de muchas profundizaciones. Hace ya muchos años, cuando se discutía a los inicios del proceso democrático los planes de estudio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (a instancias de Carlos Nino, Julio Maier, David Baigún y muchos otros) se convino el sano principio de que no era posible la separación entre el derecho penal y el derecho procesal penal. Ello llevó, incluso, a la unificación de programas y cátedras. Sin embargo, esa tarea estimo que no se entendió en su totalidad. Yuxtaponer en un mismo curso el modo tradicional de explicar uno y otro no era el problema, sino encontrar formas explicativas que explicaran al *derecho criminal como una totalidad, tal como una larga tradición, incluso continental europea, lo había hecho*. Allí está Carrara para demostrarlo, el curso de Tejedor, a su modo la obra de Rivarola, etcétera. Tal como lo vengo repitiendo hasta el cansancio, la distinción útil es la que se debe establecer entre *herramientas de política criminal y herramientas de garantías y los saberes correspondientes al uso de unas y otras*. La distinción tradicional entre derecho penal y procesal penal (conteniendo ambos saberes relacionados con uno y otro tipo de herramientas) es confusa, teóricamente insustentable y hace daño. No es fácil, no obstante, romper los moldes académicos. Para hacerlo se necesitan jóvenes profesores con fuerte vocación intelectual y nada predispuestos a seguir los caminos trillados. La Asociación de Profesores de Derecho Procesal Penal que promueve estos trabajos siempre lo ha pensado así y ha estimulado dicha tarea, pero resta aún mucho camino por transitar. Garantías, principios, modelos, son todavía conceptos muy amplios que requieren mayor precisión, sin abandonar sus nobles y viejas tareas de protección.

Pero existe una segunda dimensión para las nuevas tareas de la docencia en materia criminal. Corremos el riesgo —riesgo que ya se ha vuelto realidad en muchos sistemas— que la mirada constitucional del proceso conviva con una práctica cotidiana afincada en las viejas tradiciones inquisitoriales del escriturismo, la opacidad sino secreto, la burocratización, la morosidad como forma de poder, la crueldad hecha rutina y tantas otras prácticas que conocemos hoy como la *reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios*. Tras este proceso se encuentra algo muy importante e interesante: los cambios de funcionamiento de las instituciones libran su batalla en el mundo de las prácticas instaladas en la cotidianeidad del funcionamiento de las organizaciones. Allí el principio de imparcialidad debe imponerse al juez que se siente cómodo supliendo la actividad de las partes, o se desespera ante el mal trabajo del fiscal; el principio de publicidad debe enfrentarse al gusto por actuar en tinieblas y evadir el control popular, las formas de la oralidad deben enfrentarse a la comodidad del escriturismo que permite delegar funciones,

la celeridad debe enfrentarse a la sobrevivencia del no decidir para evitar problemas y dejar que la rutina se imponga sola; en fin, cada principio tiene sus propios demonios con quienes luchar.

Este es un campo que todavía no hemos dominado. En primer lugar, porque no lo conocemos bien. Estudiar a fondo la jurisprudencia es un primer paso —y este libro pone a disposición de los lectores un trabajo de selección muy útil—, pero no alcanza. Tenemos que tener la habilidad de encontrar las prácticas concretas y su sustento tradicional. Atrás de cada una de ellas existe alguna racionalidad oculta que debemos descubrir. Entendiendo, claro está, la “racionalidad” como algo que produce el propio campo y que poco tiene que ver con una racionalidad abstracta y, menos aún, con lo razonable, como criterio constitucional de ponderación. Este trabajo de base empírica y analítica es indispensable porque toda tarea hermenéutica se funda en el discernimiento de una práctica debida, mandada, por ejemplo, el modelo constitucional del juicio de conocimiento, que *siempre y en todo caso* debe desplazar a una *práctica ya instalada*. Sin ese conocimiento de la práctica a desplazar la tarea hermenéutica puede convertirse en la mera descripción de un deber ser que no se hace cargo del problema de la *fuerza normativa* y, por lo tanto, queda muchas veces instalado en el papel, también a veces cómodo, de la expresión de un ideal regulativo, que según nuestro temperamento nos producirá rabia, frustración o pesimismo, pero en todo caso no tiene gran capacidad de mover la aguja de las prácticas reales. Un docente, y menos un joven docente, puede aceptar esto, porque la docencia tiene una vocación de transformar realidades que le es inherente. Y es nuestro país no podemos hacernos los distraídos sobre la necesidad de modificar esas prácticas. Conocer esas prácticas, conocer la jurisprudencia —tarea que se ha vuelto odiosa y por eso se agradece tanto el trabajo de ordenamiento y síntesis—, elaborar modelos, y encontrar una pedagogía eficaz constituyen el campo de trabajo de los profesores de derecho criminal. Todo ello sin olvidar, por supuesto, el marco constitucional del que hablamos al inicio y el conjunto de valores que lo sustenta.

Por todo ello estamos hoy explorando entre todos los profesores nuevas formas de enseñanza; no se trata sólo de la renovación de conceptos y clasificaciones, sino de poner a prueba nuevas maneras de transmisión de los conocimientos. Tarea compleja, que debe superar el mero “optimismo pedagógico” que cree que la simple comunicación de nuevas ideas produce un efecto mágico en los oyentes o el discurso de base moral que mostrando los valores en juego cree que naturalmente las personas ya se inclinan por ellos. ¿Qué es importante la claridad de ideas? Por supuesto. ¿Qué se debe enseñar con firmeza los valores que están en juego y como defenderlos? Sin duda. Pero debemos profundizar mucho más en la compleja trama de las motivaciones humanas, y en especial la motivación de los miembros de organizaciones (a veces voraces) para poder construir una *pedagogía eficaz sobre las reglas que configuran el proceso penal*. Todos los esfuerzos por la enseñanza de

las nuevas formas de litigación no deben ser vistas como un simple curso de instrucciones para la preparación de un caso (que lo son) sino como el desarrollo de una perspectiva compleja, donde la teoría y la práctica (el problema central de toda enseñanza) se mezclan de maneras nuevas, con efectos tanto para la práctica como para la teoría. Muchos de los autores de los trabajos que aquí se presentan están transitando ya ese camino y no me queda más que alentarlos a que continúen por esa senda y la profundicen con audacia. Estamos en una época propicia para la innovación y ello debe ser aprovechado. Como ocurre con toda buena innovación, ella debe nutrirse del conocimiento de las tradiciones operantes en nuestra justicia penal.

Espero que esta pequeña presentación, sirva para estimular y felicitar a los jóvenes autores de los trabajos y para felicitar también a las autoridades de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal que con generosidad han siempre alentado que nuestro lugar sea pronto sustituido por quienes tienen más bríos y horizontes y que, entre todos, formemos una comunidad de trabajo y pensamiento, creativa, comprometida y consciente de lo que debe enseñar y cambiar.

**ALBERTO M. BINDER**

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL PENAL