



LOS EFECTOS DE LA PREVENCIÓN COMO CRITERIO DETERMINANTE DE COMPETENCIA Y SUS REPERCUSIONES EN LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

ARTÍCULO ORIGINAL

TERÇAROLLI, André Fini¹

TERÇAROLLI, André Fini. **Los efectos de la prevención como criterio determinante de competencia y sus repercusiones en la imparcialidad del juez.**

Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Año 08, Edición 06, Volumen 02, pp. 58-73. Junio de 2023. ISSN: 2448-0959, Enlace de acceso:

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ley/imparcialidad-del-juez>,

DOI:

10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ley/imparcialidad-del-juez

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los efectos, aunque involuntarios, derivados de la fijación de la competencia por prevención en el proceso penal debido al vínculo del juez que actuó en la fase de investigación preliminar con la acción penal. Durante la etapa de investigación preliminar, se convoca al juez para emitir una serie de decisiones y entrar en contacto con los elementos de información producidos unilateralmente sin contradicción, circunstancias que pueden generar una mayor predilección por la tesis que se está construyendo. Estos factores tienen la capacidad de generar reflejos en la fase procesal debido a la mayor cercanía del juez con esos términos, rechazando los argumentos presentados por la parte contraria, aunque no sea su voluntad. Después de analizar los aspectos relacionados con la prevención y su impacto en la imparcialidad del juez, se busca proponer una solución para evitar sus efectos negativos.

Palabras clave: Imparcialidad del juez, Efectos negativos de la prevención, Preservación de la cognición, Inconstitucionalidad, Juez de garantías.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, una de las premisas principales del proceso penal moderno es establecer medios o mecanismos que garanticen un juicio por parte de un juez



imparcial. Al buscar condiciones cercanas a este deseado, se permitirá que se dicte una decisión judicial equitativa y justa para resolver los casos concretos.

Por otro lado, de acuerdo con el modelo procesal diseñado por el Código de Proceso Penal, a pesar de los avances establecidos por la Constitución Federal de 1988, así como las pocas modificaciones legislativas, todavía se remonta a los ideales inquisitoriales, con una gran influencia del denominado Código Rocco (Código de Proceso Penal Italiano), lo que se refleja en la organización del sistema penal brasileño y, especialmente, en la actuación de los sujetos procesales (MAYA, 2014, p. 01 y GIACOMOLLI, 2016, p. 87-91).

El modelo brasileño, en su esencia, no es más que un sistema inquisitivo, teniendo en cuenta la amplia posibilidad de intervención del juez en la actividad probatoria (COUTINHO, 2009, p. 110).

Esta ideología, aunque aún no ha sido completamente eliminada del Código de Proceso Penal, no puede considerarse superada con la simple separación de funciones, el llamado *actum trium personarum*, ya que solo habrá imparcialidad cuando el juez se aparte de la actividad probatoria (gestión de la prueba) y se desvincule de los elementos indiciarios recopilados durante la investigación preliminar (COUTINHO, 2001, p. 28).

En este contexto, el sistema acusatorio representa el único modelo democrático capaz de garantizar la imparcialidad del juez y alejar el sesgo autoritario del régimen anterior, con la iniciativa exclusiva de las partes para la gestión de las pruebas (principio dispositivo), quedando el juez en una posición pasiva ajena a la búsqueda de pruebas (RITTER, 2019, p. 58 y SILVEIRA, 2013, p. 27).

De acuerdo con la estructura delineada por el Código de Proceso Penal, durante la etapa preliminar de persecución penal se llama al juez a tomar una serie de decisiones complejas e invasivas a los derechos fundamentales, basándose exclusivamente en los elementos recopilados unilateralmente por la Policía Judicial.



El contacto con los elementos indiciarios permite al juez formar una convicción provisional, aunque involuntaria, sobre la probable existencia del delito y su autoría, lo que pone en duda la imparcialidad para el juicio de fondo (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207).

La práctica de actos decisorios en la fase de investigación brinda al juez un conocimiento diferenciado sobre el objeto investigado y, por consiguiente, influye en la acción penal debido a prejuicios o prejuicios sobre el objeto que se llevará a juicio, desequilibrando la conducción de la acción penal, ya que el juez tiende a confirmar su posición anterior, además de ser más receptivo a esos fundamentos, a expensas de la evidencia presentada en sentido contrario (MAYA, 2020, p. 36-37).

La gran problemática surge de las hipótesis que establecen la competencia por prevención, que vinculan funcionalmente al juez para el juzgamiento de la acción penal, a pesar de la posible contaminación subjetiva derivada de la etapa procesal anterior, con el consiguiente desequilibrio en la actividad cognitiva (MAYA, 2014, p. 42).

En este contexto, el objetivo de este trabajo parte del análisis de los nefastos efectos derivados de la aplicabilidad de la competencia por prevención frente a la necesidad de salvaguardar la imparcialidad del juez, proponiendo soluciones concretas o reinterpretaciones a partir de institutos ya previstos en la legislación procesal nacional.

LA PREVENCIÓN COMO CRITERIO FIJADOR DE COMPETENCIA

Como advierte Frederico Marques, las "razones de orden práctico obligan al Estado a distribuir el poder de juzgar entre los varios jueces y tribunales, ya que no es posible que un solo órgano judicial conozca todos los litigios y decida todas las causas" (MARQUES, 1953, p. 36). Así, ante la necesidad funcional de estructurar la actividad jurisdiccional, ya sea debido a la extensión territorial o delimitándola en razón de ciertas materias y/o personas, surge la necesidad de distribuir su ejercicio a cada órgano o grupo de órganos que componen el Poder Judicial, dando origen al concepto de competencia.



En este sentido, Scarance Fernandes establece que "la competencia es la capacidad de ejercer la jurisdicción dentro de los límites establecidos por la Constitución Federal y la legislación ordinaria" (SCARANCE, 2007, p. 107). Por lo tanto, el ejercicio de la actividad jurisdiccional está sujeto a ciertas limitaciones impuestas por los criterios de competencia, establecidos con el fin de estructurar y facilitar la prestación de la actividad.

Teniendo en cuenta las lecciones de Frederico Marques al analizar los criterios de clasificación de competencia establecidos en la Constitución Federal y la legislación ordinaria, el modelo más adecuado para el ordenamiento jurídico brasileño sería la división tripartita, distribuida según criterios materiales, territoriales y funcionales (MARQUES, 1953, p. 51).

De manera resumida, la competencia funcional se establece de acuerdo con las etapas del proceso; la competencia material se define en función de la naturaleza de los hechos en juicio; y, por último, la competencia territorial se establece de acuerdo con el lugar donde se habría cometido la infracción penal.

Después de recorrer todas las etapas para definir al juez competente, que transcurren desde el plano abstracto hasta llegar al órgano jurisdiccional concreto (BADARÓ, 2016, p. 227), ocurre que, en este último plano concreto, dos o más órganos jurisdiccionales pueden ser igualmente competentes para procesar y juzgar la causa, ya sea por razones materiales, al existir más de un juzgado penal o cámaras especializadas en la misma materia, o en casos de crímenes limítrofes entre dos jurisdicciones, cuando no se puede determinar el lugar exacto del crimen, resolviendo tal impase el criterio de fijación de competencia por prevención.

De acuerdo con el artículo 83 del Código de Proceso Penal, se establecerá la competencia por prevención cuando compitan dos o más jueces igualmente competentes (por razón de la materia o el lugar), y el proceso será juzgado por el primero que haya realizado algún acto procesal, aunque sea antes de la presentación de la denuncia o querrela.



Se trata de una vinculación funcional al caso con respecto al juez que "en primer lugar tomó contacto con la causa" (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 266). Aunque este concepto mencionado está ampliamente difundido, no cumple con los requisitos establecidos en el Código de Proceso Penal, ya que requiere no solo el simple contacto con la causa, sino la práctica de un acto o medida relativa al proceso por parte de un juez que se adelante al otro.

Una de las premisas principales de la regla de competencia por prevención se deriva del requisito legal de que existan tribunales con la misma competencia. En caso contrario, no se debe considerar la determinación según sus criterios, sino la prevalencia del juez competente sobre los demás, de acuerdo con la normativa sobre la materia y/o el lugar.

Por estos motivos, se entiende que es un criterio subsidiario para determinar la competencia que se utiliza cuando los demás resultan insuficientes para definir al juez competente. Sin embargo, existe un posicionamiento contrario que niega la calidad de causa de determinación de la competencia precisamente por el requisito legal de la existencia de dos o más jueces competentes, sirviendo solo como indicador de qué tribunal, entre todos los competentes, prevalecerá sobre los demás.[2]

No obstante la aplicación del instituto solo se produce cuando existen tribunales igualmente competentes, de hecho, al superar el plano abstracto de definición, la prevención determina cuál órgano jurisdiccional será concretamente competente, funcionando "como regla subsidiaria y auxiliar para determinar la competencia exclusiva de uno de estos tribunales, y, en consecuencia, para excluir la competencia de los demás" (MAYA, 2014, p. 112).

Además, la literalidad del artículo 83 del Código de Proceso Penal puede llevar a la conclusión de que bastaría la realización de cualquier acto judicial para que el tribunal se considere preventivo. La correcta interpretación de la norma exige la realización de actos con contenido decisivo, aunque limitados a aquellos que mantengan una "relación de accesoriadad" (KARAM, 2005, p. 149) con el objeto de la futura acción penal al proporcionar al juez un conocimiento previo y sumario sobre el fondo de la



demanda, como en los casos de dictado de medidas cautelares (reales o personales) y los medios de obtención de pruebas (MAYA, 2020, p. 35).

Las demás medidas, realizadas con el objetivo de impulsar el avance de la investigación preliminar, sin ninguna relación con el fondo del caso principal, no tienen la capacidad de establecer la competencia por prevención, como por ejemplo, la decisión de aceptar la ampliación del plazo para la conclusión de la investigación policial; la notificación para responder a una solicitud de aclaraciones (artículo 144 del Código Penal); etc.

IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Se debe tener en cuenta que el proceso ya no puede ser considerado como un instrumento al servicio del poder punitivo estatal, sino como limitador de ese poder y garante de los derechos fundamentales del investigado y/o acusado. Como advierte Aury Lopes Júnior, "el respeto a las garantías fundamentales no se confunde con la impunidad, y nunca se ha defendido eso" (LOPES, 2020, p. 38), funcionando como un legitimador en el camino hacia una eventual sentencia condenatoria.

Dado el papel que el juez penal asume en la estructura procesal, como garante de los derechos y garantías fundamentales, su posición es fundamental para el equilibrio del sistema penal. En consecuencia, es crucial mantener su imparcialidad para que su actuación sea legítima y se mantenga la estructura democrática del proceso penal.

De hecho, debido a su importancia, la imparcialidad ha sido elevada a la característica del sistema acusatorio (REALE, 2011, p. 99), a la esencia de la jurisdicción (GIACOMOLLI, 2006, p. 210) o, como prefiere Pedro Aragones Alonso, al "principio supremo del proceso" (ARAGONES, 1997, p. 127).

Tradicionalmente, superada la idea de neutralidad[3], la imparcialidad siempre se ha considerado solo en su aspecto subjetivo, representado por la condición de tercero desinteresado o equidistante ocupado por el juez (ZILLI, 2003, p. 140), ya sea con respecto a las partes como al objeto de la acción penal. El juez debe mantenerse en un estado de neutralidad respecto a los intereses en juego (RITTER, 2019, p. 69).



En este formato, investigar los indicios que puedan evidenciar el compromiso subjetivo del juez representa una tarea extremadamente ardua, ya que demanda reflexiones relacionadas con cuestiones de convicción personal en un caso concreto. Frente a estas dificultades, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH, a partir del caso *Piersack vs. Bélgica*[4], tuvo la oportunidad de definir los contornos sobre la imparcialidad objetiva, consistente en verificar si el juez ofrece garantías suficientes para eliminar cualquier duda sobre su imparcialidad.

Su examen parte del análisis de situaciones concretas que puedan generar dudas sobre la imparcialidad del órgano jurisdiccional, eventos que legitimen el temor a su ausencia, resultando en la pérdida de confianza de la sociedad y, sobre todo, de los acusados, siempre que el temor generado pueda justificarse objetivamente (GIACOMOLLI, 2016, p. 279).

En este aspecto, el TEDH se orienta por la teoría de la apariencia, valorando la importancia de que el juez sea imparcial tanto en el aspecto subjetivo como en la apariencia de ser imparcial. En palabras de Badaró, "si la sociedad no cree que se haya hecho justicia porque no se le garantizó al acusado un juicio por un juez o tribunal imparcial, el resultado de dicho proceso será ilegítimo y perjudicial para el Poder Judicial" (BADARÓ, 2016, p. 45).

Resumiendo la concepción de imparcialidad objetiva, el TEDH, durante el caso *Delcourt vs. Bélgica*, estableció que "no basta con que se haga justicia, es necesario que se vea que se hace" (traducción nuestra)[5].

Como consecuencia, en caso de existir una duda razonable sobre la imparcialidad del juez, aunque subjetivamente pueda no haber influido directamente en el proceso, se justifica apartarlo del caso (RITTER, 2019, p. 77).



LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA PREVENCIÓN EN LA IMPARCIALIDAD

A medida que se fueron delineando los contornos de la imparcialidad objetiva, el TEDH comenzó a analizar diversos casos concretos cuestionando su posible violación, incluyendo el instituto de la prevención, con especial énfasis en los casos en los que un mismo juez actúa en diferentes fases procesales, como sucede en Brasil, España e Italia, constituyendo una etapa preliminar de investigación y otra de juicio (MAYA, 2014, p. 126).

La característica principal de la prevención es vincular al juez al proceso por haber realizado algún acto o medida, estableciendo su competencia para el futuro juicio. Teniendo en cuenta la forma en que el Código de Procedimiento Penal estructuró la persecución penal, compuesta por una fase de investigación y otra procesal, el juez en la primera etapa preprocesal está llamado a tomar una serie de decisiones, por ejemplo, decidir sobre la imposición de medidas cautelares personales o reales, y decidir sobre el proceso al final.

Esta actuación en la fase preliminar permite al juez, aunque de manera precaria e involuntaria, cierto conocimiento inicial sobre la culpabilidad del agente involucrado debido a la proximidad con los elementos de información recopilados sin contradicción, lo que puede influir en la futura sentencia final.

Como reflejo de la formación de un juicio provisional sobre la existencia del delito y la autoría, el TEDH, a través de la perspectiva objetiva de la imparcialidad, utilizando la teoría de la apariencia, basada en la concepción de que "el tribunal no solo debe ser imparcial, sino que también debe demostrar ser imparcial, preservando así la confianza de la sociedad en las decisiones judiciales" (MAYA, 2014, p. 127), comenzó a cuestionarse sobre la actuación del juez en diferentes etapas del mismo proceso.

Ante la posibilidad de un riesgo concreto de quiebre de la imparcialidad, el TEDH, durante el *Caso De Cubber vs. Bélgica*, estableció un precedente que sentó las bases para las decisiones posteriores, en el sentido del temor a la pérdida de imparcialidad



del juez por haber participado en la fase investigativa y la posibilidad de haber formado su convicción sobre la culpabilidad en esa etapa procesal. Así, "en estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comiencen los debates, el magistrado no tendría plena libertad de juicio y, en consecuencia, no ofrecería las garantías de imparcialidad necesarias"[6]. En conclusión, se establece la violación de la imparcialidad objetiva basada en la existencia de dudas sobre la garantía de imparcialidad.

A pesar de la inclinación inicial del TEDH a no admitir abstratamente la actuación del juez en la fase preliminar de la persecución penal, con el paso del tiempo, la concepción ha sufrido cierta relativización. En el caso *Hauschildt vs. Dinamarca*[7], el Tribunal consideró que no basta la intervención previa del juez en la fase de investigación, sino que se debe analizar la naturaleza de los actos realizados para evaluar el nivel de convicción formada por el juez. Por lo tanto, las decisiones que requieren la construcción de una comprensión cercana a la culpabilidad del acusado serían las que justificarían el temor a la pérdida de imparcialidad objetiva (MAYA, 2020, p. 52-53).

A pesar de la nueva interpretación proporcionada por el TEDH, con capacidad incluso para generar mayor inseguridad al estar respaldada en un análisis casuístico (COMAR, 2022, p. 274), se observa una sensibilidad en la protección de la imparcialidad a nivel internacional, considerada como el verdadero fundamento de validez del proceso (RITTER, p. 2019, p. 83-84).

En el escenario brasileño, los reflejos de la definición de imparcialidad objetiva pueden extraerse del fallo del Habeas Corpus nº 164.494/PR llevado a cabo por el Tribunal Supremo Federal, en el cual se reconoció la imparcialidad del exjuez Sérgio Moro debido a su comportamiento como juez acusador por la orden de conducción coercitiva, la violación del secreto telefónico de los abogados para monitorear y anticipar las estrategias de la defensa, la divulgación de conversaciones obtenidas mediante intervenciones telefónicas, la actuación para evitar que se cumpla una decisión del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, la utilización de expresiones abusivas en los actos decisorios, la divulgación de colaboraciones premiadas para influir en la elección y haber aceptado un cargo de Ministro de Estado en el Gobierno



de oposición. Todo ello indica, aunque no se pueda cuestionar su imparcialidad concretamente, el temor o la ausencia de imparcialidad en el aspecto objetivo, lo que afecta la legitimidad de su actuación por la pérdida de confianza depositada en su desempeño.

Además, al traer toda la evolución de la jurisprudencia establecida por el TEDH a la realidad procesal brasileña, destacan los efectos perjudiciales derivados de la prevención cuando se confrontan con la imparcialidad del juez, ya que, como se mencionó anteriormente, solo los actos decisorios que mantienen una "relación de accesoriadad" (KARAM, 2005, p. 149) con el objeto de la futura acción penal vinculan al juez con el juicio.

Sin embargo, estos actos son los que permiten al juez tener un conocimiento previo, aunque sea sumario, sobre la culpabilidad del agente, es decir, permiten la "formación temprana de un juicio sobre la ocurrencia del delito y su posible autoría" (RITTER, 2019, p. 153).

Por lo tanto, la vinculación del juez proveniente de la prevención constituye un obstáculo para garantizar la imparcialidad del juez en su aspecto objetivo.

En estos casos, aunque de manera no deseada[8], no es posible preservar la actividad cognitiva del juez debido a la creación de prejuicios derivados de su proximidad a los elementos de información y, principalmente, de la formación inicial de la convicción sobre la culpabilidad del agente, circunstancias que, de acuerdo con la psicología social, hacen que el juez sea más receptivo al material probatorio que confirme sus decisiones anteriores, en detrimento de las pruebas contrarias.[9]

No se puede negar que "la práctica de actos decisivos proporciona al juez un conocimiento diferenciado sobre el objeto de la investigación y futura acción penal" (MAYA, 2020, p. 36). En este sentido, la teoría de la disonancia cognitiva busca analizar el comportamiento de una persona frente a dos ideas divergentes (disonantes) y, en especial, la superación de este estado de contradicción, generador



de un conflicto interno, mediante la toma de decisiones para evitar su restauración (LOPES, 2020, p. 258 y RITTER, 2019, p. 146).

Aplicando los fundamentos del pensamiento al proceso penal, se puede resumir según el razonamiento desarrollado por Schünemann, en la necesidad de que el juez resuelva dos concepciones conflictivas (tesis de acusación y defensa), así como establezca su convicción sobre el objeto de la acción penal, apoyándose en una de las concepciones presentadas por las partes (SHÜNEMANN, 2013, p. 208).

Para eliminar esta incongruencia de pensamientos y estabilizar la actividad cognitiva, "una vez que la lectura de los autos genera una imagen del hecho, es de suponer que, tendencialmente, el juez se adherirá a ella (...), es decir, tenderá a sobrevalorar la información coherente y subestimar la información disonante" (SHÜNEMANN, 2013, p. 208), lo que resulta en la preservación de la posición tomada previamente a través de la sobrevaloración de los datos y la búsqueda selectiva de información que confirme las cogniciones previas (LOPES, 2020, p. 258-259).

Al decidir, el juez asume involuntariamente el "compromiso de conservar una posición determinada" (RITTER, 2019, p. 146), denominado efecto de primacía, lo que significa rechazar las actividades disonantes. "Toda persona busca un equilibrio en su sistema cognitivo, una relación no contradictoria. La tesis de la defensa genera una relación contradictoria con las hipótesis iniciales (acusatorias) y conduce a una (molesta) disonancia cognitiva" (LOPES, 2020, p. 259).

Saliendo brevemente del campo teórico, cabe mencionar la investigación realizada por Gloeckner[10], en la que se analizaron 90 (noventa) fallos del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur, y se encontró que en todas las situaciones procesales en las que se decretó la prisión preventiva, el acusado fue condenado al final, o se modificó la decisión de primera instancia para condenar en segunda instancia, así como se hizo mención, aunque parcial, a la prisión preventiva en los fundamentos de la decisión (GLOECKNER, 2015, p. 273-274).



Dentro de los límites establecidos por la legislación procesal penal, no existe un remedio para garantizar la imparcialidad del juez, por lo que solo a través de una reforma en su estructura sería posible lograr dicho modelo ideal (CHOUKR, 2006, p. 93). Desde esta perspectiva, la mejor solución para adecuar el sistema se logrará mediante la implementación del juez de garantías, considerado como un medio para preservar la originalidad de la cognición del juez durante el juicio penal.

El Derecho no ofrece respuestas sobre la posibilidad de contaminación judicial derivada de la actuación del magistrado en la etapa preprocesal, que puede formar una cognición provisional sobre la culpabilidad del investigado mucho antes de que comience la instrucción procesal, y tampoco existen medios para lograr la exclusión del conocimiento previamente establecido.

No hay aquí un efecto real en la imparcialidad del juez derivado de los contactos con los elementos de información, sino solo una predisposición o inclinación del camino destacado, con la capacidad de generar riesgos sobre la expectativa de imparcialidad depositada por la sociedad en la figura del juez.

La Ley n. 13.945/2019 implementó la creación del juez de garantías en el proceso penal brasileño, estableciendo que el juez que intervenga en la fase investigativa estará impedido de actuar en la etapa procesal, dividiendo así los dos grandes momentos del proceso penal, con el objetivo de apartar al juez de la investigación por no ofrecer condiciones mínimas de imparcialidad. Su creación fomenta la imparcialidad del juez, alejando cualquier contaminación derivada del contacto con los elementos de información producidos de manera precaria durante la investigación preliminar.

El juez de garantías representa una especie de competencia funcional determinada por la fase del proceso, establecida según la etapa de persecución penal entre órganos jurisdiccionales diferentes con funciones distintas. La competencia será del juez de garantías para actuar durante la etapa preprocesal, entre la apertura de la investigación preliminar y la recepción (ratificación) de la denuncia, quedando impedido de actuar en la fase judicial compuesta por la instrucción y el juicio. Una vez



recibida la acusación, la competencia será del juez de instrucción. En consecuencia, el juez que ejerció el control de la investigación policial debe ser diferente de aquel que intervendrá en la instrucción procesal.

El artículo 3º-D del Código de Procedimiento Penal creó una regla de impedimento para el proceso penal, justificada por la necesidad de preservar la imparcialidad del juez, imp

idiendo que el juez que actuó en la fase de investigación preliminar pueda también desempeñar el papel de juez en la instrucción y el juicio.

Con la institución del juez de garantías, los artículos que regulan la prevención deben reinterpretarse para adecuarlos a la nueva sistemática. En determinadas situaciones, la prevención seguirá funcionando como criterio residual de competencia aplicable hasta la recepción de la denuncia o querrela, orientada a definir cuál juez de garantías será competente entre todos los demás. Para ello, el que anteceda en la realización de algún acto en la investigación preliminar será el preventivo.

CONCLUSIÓN

No es infrecuente que el juez tenga contacto con los elementos de información producidos unilateralmente y sin contradicción durante la fase de investigación, con la capacidad de formar una cognición inicial sobre la culpabilidad, aunque sea a través de un juicio provisional. La situación tiende a agravarse cuando, durante la investigación preliminar, el juez emite decisiones que rozan el fondo del proceso penal, sopesando indicios de autoría y pruebas de la materialidad, utilizando para ello los elementos de la investigación.

En ambas situaciones, ya sea por el contacto con el material recopilado en la investigación preliminar o al emitir decisiones judiciales, se requiere que el juez tenga un contacto muy cercano con los datos de la investigación, lo que genera la posibilidad de dudas sobre la imparcialidad derivada de la contaminación inconsciente y temprana del juez.



En este escenario, no hay forma de establecer mecanismos seguros para garantizar la imparcialidad del juez, ya que en estos casos pueden incidir los efectos negativos de la prevención, generando el temor de duda sobre la imparcialidad debido a la posibilidad de contaminación, inconsciente y temprana, del juez por las decisiones tomadas anteriormente.

Una de las formas de preservar la originalidad de la cognición para el juicio de mérito puede darse a través de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 75 y 83 del Código de Proceso Penal, ya que representan un verdadero obstáculo para garantizar el juicio por un juez imparcial al permitir el desequilibrio de la relación jurídica procesal al formar juicios previos sobre la culpabilidad del acusado, lo que, como consecuencia, hará inviable el ejercicio del contradictorio y la amplia defensa al ser más receptivo con el material probatorio que confirme su decisión anterior, en detrimento de los elementos en sentido contrario.

A pesar de que el Tribunal Supremo Federal, en el caso de Habeas Corpus nº 92.893/ES, ya ha declarado la constitucionalidad de la prevención en el caso de un juez que actuó en la fase de investigación preliminar y luego fue ponente de la decisión de recepción de la denuncia, su decisión se tomó en sede de control incidental y no se analizó con la profundidad que el tema recibe actualmente, de modo que el Tribunal basó sus fundamentos solo en la actividad ejercida por el juez en la etapa preprocesal como mero administrador y supervisor de ilegalidades para formar su razonamiento, desdibujando cualquier tipo de ponderación sobre la necesidad de preservar la cognición del juez para evitar, aunque sea de manera inconsciente, que haya preferencia por una tesis u otra, originada por el juicio previo formado sobre la culpabilidad a través de la toma de decisiones que lo vinculan al futuro juicio.

Por otro lado, debido a que la jurisprudencia del TEDH ha sufrido ciertas oscilaciones a lo largo del tiempo, desde inicialmente considerar que la mera participación del juez en la fase de investigación ya implicaba una violación a la imparcialidad objetiva, hasta llegar a la necesidad de analizar el contenido del acto y los requisitos legales exigidos por el ordenamiento local, sus fundamentos no pueden invocarse exclusivamente para justificar la implementación del juez de garantías en nuestro país. Sin embargo, no se



puede negar su importancia, que delineó los contornos entre la imparcialidad objetiva y subjetiva, además de analizar su aplicabilidad en casos concretos. Decisiones que acabaron influyendo en cambios legislativos en diversos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH nos ha brindado una noción de la necesidad de analizar también la apariencia de imparcialidad basada en el riesgo o temor de su pérdida, debido a la intervención del juez durante la fase de investigación preliminar, lo que puede generar perjuicios a la cognición en el momento de la sentencia debido a posibles prejuicios. Esta concepción, sumada a los estudios surgidos de la psicología social, llevó a replantear la estructura del proceso penal, especialmente la posición y, sobre todo, la condición del juez durante la fase de investigación preliminar y sus reflexiones para el juicio futuro.

En los términos en que se ha formulado nuestro proceso penal, con la actuación del magistrado en las dos fases de la persecución penal (actuación dual), representa un terreno fértil para propagar la disonancia cognitiva, a través de la construcción mental inicial inconsciente sobre los hechos y la tendencia a la confirmación, poniendo en duda la imparcialidad que se espera del juez.

No hay aquí una afectación efectiva a la imparcialidad del juez derivada de los contactos con los elementos de información, sino solo una predisposición o inclinación del camino destacado, con la capacidad de generar riesgos sobre la expectativa de imparcialidad depositada por la sociedad en la figura del juez.

Dentro de los límites establecidos por la legislación procesal penal, no existe un remedio para garantizar la imparcialidad del juez, por lo que solo a través de una reforma en su estructura sería posible lograr dicho modelo ideal. [11] Desde esta perspectiva, la mejor solución para adecuar el sistema se logrará mediante la implementación del juez de garantías, considerado como un medio para contener los indeseables efectos derivados de la prevención.

Por lo tanto, la creación del juez de garantías mediante la Ley nº 13.945/2019 busca minimizar los riesgos potenciales para la imparcialidad, procurando preservar la



cognición del magistrado de la instrucción y el juicio de los prejuicios originados por la intervención en la fase de investigación policial, prohibiendo que lleguen a su conocimiento cualquier elemento recopilado en la etapa preprocesal.

Dentro de la nueva sistemática, el juez que intervenga en la fase investigativa estará impedido de actuar en la etapa procesal de instrucción y juicio, dividiendo los dos grandes momentos del proceso penal, a fin de evitar la actuación y apartar al juez que puede representar riesgos para la imparcialidad.

Aunque tardíamente, como resultado de la Ley nº 13.964/2019, se implementó la creación del nuevo actor procesal llamado juez de garantías, fomentando la

imparcialidad del juez y alejando una eventual contaminación derivada de la toma de decisiones durante la etapa de investigación preliminar. Sin embargo, la eficacia de dicha ley está suspendida debido al otorgamiento de medidas cautelares en las ADIs nº 6298, 6299 y 6300 hasta que se dicte sentencia sobre el fondo.

REFERENCIAS

ARAGONES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**: introducción. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Habeas Corpus nº 92.893/ES**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570780>. Acesso em: 17 nov. 2022.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Habeas Corpus nº 164.493/PR**. Relator Ministro Edson Fachin, Redator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 23 de outubro de 2021. Disponível em: <https://peticionamento.stf.jus.br/api/peca/recuperarpdf/15346606406>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz de garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais da investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001a.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

DUARTE, Liza. Bastos; GIACOMOLLI, Nereu José. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 102, 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application nº 8692)**. Strasbourg, 01 out. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 17 nov. 2022.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Delcourt v. Belgium (Application nº 2689/65)**. Strasbourg, 17 jan. 1970. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62025>. Acesso em: 17 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber v. Belgium (Application nº 98186/80)**. Strasbourg, 26 out. 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em: 17 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hauschildt v. Denmark (Application nº 10486/84)**. Strasbourg, 24 maio 1989. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Acesso em: 17 nov. 2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 209-230.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem crítica a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei nº 13.965/19 – artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V. 1.



KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz de garantias?”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 21-23, ago. 2010.

PRAGO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 43, out./dez. 2011.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

APÉNDICE - REFERENCIA NOTA AL PIE DE PÁGINA

2. "La prevención fija la competencia: no la determina. Por eso se denomina jurisdicción preventiva a la de un juez competente anticipada frente a otro, también competente" (MARQUES, José Frederico. **Da competência em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 202).

3. "(...) utópica abstracción subjetiva, un completo aislamiento del ser con respecto al contexto social en el que está inserto, parece inalcanzable para el hombre y, como tal, para el juzgador" (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99).



4. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application n.º 8692)**. Estrasburgo, 01 de octubre de 1982. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Accedido el: 17 de noviembre de 2021.
5. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Delcourt v. Belgium (Application n.º 2689/65)**. Estrasburgo, 17 de enero de 1970. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62025>. Accedido el: 17 de noviembre de 2022.
6. "En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber v. Belgium (Application n.º 98186/80)**. Estrasburgo, 26 de octubre de 1984. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Accedido el: 17 de noviembre de 2022.
7. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hauschildt v. Denmark (Application n.º 10486/84)**. Estrasburgo, 24 de mayo de 1989. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Accedido el: 17 de noviembre de 2022.
8. "La principal consecuencia de nuestro sistema en este punto es permitir que el juez que tiene contacto con los autos del sumario para cualquier acto (como en las 'concesiones' de plazo, por ejemplo) pueda verse indeseablemente influenciado por todo lo que se produjo previamente a la acción penal, dejando aflorar esta influencia no solo en el juicio de admisibilidad de la inicial, sino, sobre todo, procurando incorporar a su convencimiento sobre el mérito elementos de información que no tendrían este propósito" (CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais da investigação criminal**. 3.ª ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47).
9. "(...) entre en el proceso sin tener en su contra el peso de alguna decisión anterior por él mismo proferida a favor (o en contra) de una de las partes" (LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei n.º 13.965/19 – artigo por artigo**. 2.ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 113).
10. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisiones cautelares, confirmation bias y el derecho fundamental a la debida cognición en el proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, año 23, v. 117, p. 263-286, enero/febrero de 2015.
11. CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais da investigação criminal**. 3.ª ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.

Enviado: 17 de mayo de 2023.

Aprobado: 30 de mayo de 2023.



MULTIDISCIPLINARY SCIENTIFIC JOURNAL

**NÚCLEO DO
CONHECIMENTO**

REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR NÚCLEO DO
CONHECIMENTO ISSN: 2448-0959

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br>

¹ Abogado penalista, estudante de maestría en Derecho Procesal Penal en la PUC/SP y posgraduado en Derecho Penal Económico por la FGV/SP y la FDUSP. ORCID: 0009-0007-5677-8195.