

LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL: ENTRE EL CORTO Y EL LARGO PLAZO.

ALBERTO M. BINDER (inecip@velocom.com.ar)

Vicepresidente del INECIP y Co-Director de Sistemas Judiciales

Abstract

There is no doubt that the criminal justice reform process has its problems. But this very fact also means that the process is alive, that it can be evaluated, that it has an impact on reality, that it has not stagnated, that it has been able to move resources, that it has been successful in changing some practices and confronting others, that it has not been able to resolve all of its problems, that it is dependent on other policies, that it needs fresh ideas to move forward, that there is much enthusiasm and desire to continue contributing to its progress, and that the people continue to demand justice.

The task of removing centuries of inquisitorial tradition would not be greater in any other setting. Anyone who expected otherwise either did not measure the problem adequately or lacked sufficient understanding of our history and institutional weaknesses.

This comparative report and its methodology make interesting contributions for the transition into the next stage of criminal justice reform. This is both the task that remains and the call to do so.

Uno de los signos de seriedad de cualquier política pública es que ella sea susceptible de ser evaluada y, mucho más aún, que lo sea efectivamente. Es una gran debilidad de las políticas judiciales de la región el que plantean acciones y planes que no pueden o nunca son evaluados. Por lo tanto, poco se puede aprender de errores que es imposible conocer y muy fácilmente cometer en cualquier caso, mucho más aún en contextos altamente inestables o de debilidad institucional como los de nuestra región. De todos los criterios que se pueden tomar para evaluar una política me parece adecuado – como hace el informe- comenzar por las propias promesas, con aquello que se planteó como un objetivo del plan de cambio. Por supuesto, allí no se agota la evaluación porque además de toda planeación y de todo propósito se encuentra lo que una política produce, más allá de sus agentes directos o de sus propósitos explícitos.

Este comentario no puede ser un análisis completo de la evaluación presentada ni del conjunto del proceso de reforma de la justicia penal. Tanto la profundidad de los hallazgos como la complejidad del proceso de reforma, así como la extensión y el propósito de esta nota impiden hacerlo. No obstante, creo que se pueden destacar algunos primeros hallazgos y conclusiones de modo que ese énfasis pueda servir para suscitar nuevos debates u orientar otras investigaciones.

A. LA POSIBILIDAD DE SUPERAR EL FETICHISMO NORMATIVISTA.

Se le ha puesto el nombre de “fetichismo normativista” a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se despreocupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de “pensamiento mágico” –lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos

de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas.

Un primer elemento que resalta el informe –y quiero insistir en destacarlo– es el siguiente: *“es necesario plantear de modo general que, en todos los casos, se trata de procesos de reforma que muestran un grado importante de impacto sobre la realidad de los sistemas judiciales. Es decir, más allá de las debilidades que los procesos de implementación presentan, se trata en todos los casos de procesos que han producido cambios importantes, que hacen que la fisonomía de los sistemas judiciales haya variado sustancialmente”*. Una lectura rápida o ideológica del informe puede pasar por alto esta afirmación o considerarla obvia. Sin embargo, ella destaca un aspecto de primer orden de importancia y un cambio en el modo de encarar políticas efectivas en el sector que abren nuevas perspectivas.

Lo primero que se debe tener en cuenta que ello no es casualidad sino el resultado de un cambio de metodología. Las reformas tradicionales en el campo legal y mucho más en el campo judicial, quedaban reducidas a modificar un texto legal sin mayor preocupación por generar condiciones para su aplicación. Ya en los primeros proyectos de reforma (Argentina 1986) se planteaba explícitamente la necesidad de un cambio de metodología tanto en la formulación de las leyes como en los trabajos para su puesta en marcha. Tres aspectos han demostrado ser relevantes para ello: **1.** Una discusión amplia de los textos normativos, en distintos niveles, desde el social (a través de los medios de comunicación) hasta el de los ámbitos especializados, pasando por los operadores del sistema. Quizás esta metodología produzca textos normativos menos “prolijos” o “impuros”, pero sin duda aumenta la capacidad de esos textos de instalarse efectivamente en el plano de la realidad de las instituciones y “constituye” actores que, luego, jugarán diversos roles positivos en las etapas subsiguientes. **2.** La adopción de una visión amplia (llamada en su momento “multidimensionalidad del proceso de reforma”) que permitió integrar problemas organizacionales, arquitectónicos, culturales, presupuestarios en un plano de “igualdad” y, a veces, superioridad con el tradicional enfoque normativo. Ello permitió, a su vez, la incorporación de otros profesionales con otras “miradas” sobre el problema judicial. **3.** La incorporación, como una etapa esencial del proceso de reforma de todos los trabajos preparatorios para la puesta en marcha y el monitoreo de los primeros años de trabajo del nuevo sistema. Así, la “etapa de implementación” va adquiriendo progresivamente una mayor relevancia dentro del proceso de reforma.

Por lo tanto, diseñar una política pública que, más allá de sus bondades sustanciales o temáticas, tenga capacidad de “impactar” la realidad es un logro importante que no debe dejar de ser señalado. Es más, una buena parte de los problemas que hoy debe enfrentar la reforma provienen precisamente de este logro, es decir, “impactar” sobre una realidad que necesariamente va a reaccionar de un modo relacional hace nacer innumerables problemas que antes quedaban ocultos tras ficciones normativistas. No se debe leer en estas afirmaciones un intento de justificación: al contrario, lo que debe primar es un enfoque realista que aprenda a convivir con los problemas permanentes que debe resolver una política judicial estabilizada y, por lo tanto, deje de pensar la reforma judicial como un cambio de estados para comprender que se trata de orientar un proceso permanente, atendido por una política judicial en estado también permanente de trabajo y no meramente espasmódico (como a veces parece sugerir la idea de “reforma judicial”).

B. LA FUERZA DE LA ORALIDAD.

Otro de los hallazgos de este informe que me parece necesario destacar consiste en las dificultades de implementar y sostener adecuadamente la oralidad. También aquí es necesario hacer aclaraciones. Cuando hablamos de “oralidad” no estamos diciendo simplemente las actuaciones de roles escénicos en un espacio más o menos majestuoso. De lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas) a una administración de justicia basada en el litigio. La estructura del litigio es un punto fundamental como eje articulador de las distintas propuestas de cambio. De allí que no sea extraño que la tradición inquisitorial –una tradición de justicia sin litigio- se ensañe con el juicio y las audiencias orales. Ya podemos destacar distintas manifestaciones graves de esa tradición que debilitan o anulan el litigio, algunas de ellas claramente detectadas por la investigación en curso. Ellas son: **A.** La incorporación de prueba por lectura, es decir, renunciando a su producción en juicio público, muchas veces en contradicción expresa a las normas legales. **B.** La actividad de los jueces supletoria de la que es propia de las partes. **C.** Las limitaciones a las facultades de las partes para litigar (interrogar, alegar, etc.), es decir, la consideración del debate más como un problema que como una virtud del sistema. **D.** La utilización de pocas horas para hacer juicios, pese a que la organización judicial asigna muchos recursos para ello. **E.** La tendencia a preparar de un modo negligente los juicios pese a que los sistemas normativos asignan suficiente tiempo para hacerlo de un modo conveniente. **F.** La suspensión de las audiencias sin motivos de valía. **G.** La utilización corriente de prueba producida de oficio, lo que presupone rupturas de la imparcialidad. **H.** Escaso tiempo asignado a la deliberación y a la producción inmediata de la sentencia. **I.** La redacción de sentencias con muchos elementos de formulario. **J.** La poca preocupación por la publicidad y la facilitación de la asistencia del público. **K.** La resistencia a realizar audiencias orales en las etapas preparatorias. **L.** La falta de salas de audiencia disponibles para los jueces de garantías, quienes perciben su trabajo como un trabajo de “despacho” y no de “sala de audiencia” (en definitiva, esos son dos paradigmas de relación de juez con su trabajo y dos “cosmovisiones” en competencia en el ámbito de lo judicial) **M.** La ausencia de preparación de los abogados para ser litigantes, no en el sentido espurio de aquellos abogados que complican innecesariamente los casos y utilizan el “litigio indirecto” sino como el profesional que sabe preparar el caso y presentarlo ante un juez, obteniendo adecuada información de la prueba que presenta y argumentando y debatiendo con su contendiente. **N.** La falta de organización de todos los servicios auxiliares necesarios para el éxito de las audiencias, tales como búsqueda de personas, cuidado de la prueba, preservación de los documentos y objetos secuestrados, etc. **Ñ.** La escasa literatura existente sobre la adquisición de destrezas y habilidades necesarias para litigar y **O.** Una teoría y una forma de análisis de los problemas de la justicia y el derecho procesal que sigue afincada en la idea de trámite y no utiliza al litigio como concepto-base.

La cantidad de problemas señalados y otras muchas manifestaciones de este tipo, podrían llevar a la conclusión de que poco se ha avanzado, pero eso no sería el análisis correcto. Debemos huir tanto de la miopía del “corto plazo” como la perpetua postergación de las evaluaciones del “largo plazo”. Detectar el recorte temporal que nos debe servir de “horizonte de evaluación” es central para comprender todos estos problemas.

La reforma judicial en general y la de la justicia penal en particular, se enfrenta a la “tradición inquisitorial”, esa tradición configura un campo de acción (los sistemas judiciales), en la que existen reglas, actores (cada uno de ellos con capital cultural), *habitus*

(en el sentido de Pierre Bourdieu, es decir, un mecanismo estructurante, incorporado a la subjetividad, pero que es también reflejo de la estructura objetiva y que, si bien no opera como un determinante, sí genera amplios mecanismos de condicionamiento) y, finalmente, estrategias (posicionamiento y alianzas) en las que esos actores ponen “en juego” su capital para lograr triunfos. Pretender que en unos pocos años el movimiento de reforma revierta esa tradición inquisitorial es algo absurdo, propio de impacientes o burócratas que tienen que dar cuenta del éxito de sus proyectos. Lo importante es tomar conciencia de lo siguiente: **1.** Todo texto normativo diseña una práctica, que debe ser extraída del texto mismo en una actividad (hermenéutica) más amplia que la que nos sugiere la pura interpretación de la ley. **2.** Esa práctica debe ser comunicada adecuadamente a los actores, de modo que sepan con claridad que se espera de ellos, con métodos más complejos y diversificados que los que nos presenta hoy en día la capacitación judicial –carente de una reflexión profunda sobre el juego de la tradición e innovación en el marco de campos fuertemente estructurados históricamente-. **3.** Esa práctica siempre y necesariamente *combate* con otra práctica de signo contrario. Una desplazará a otra en un complejo mecanismo que debe ser apoyado y monitoreado del modo más preciso (esa es la razón de la metodología que propone la evaluación y que ya muestra sus resultados) ya que los factores que llevarán a que se imponga una u otra práctica son de diversa índole. Si tuviera que describir el estado de la reforma de la justicia penal en América Latina yo lo haría como el *momento en el que las nuevas prácticas sugeridas por los nuevos textos normativos se hallan en franca pelea con las prácticas que hunden sus raíces en la tradición inquisitorial y que todavía no podemos realizar afirmaciones acerca de cómo concluirá este combate, hay tantas razones como para pensar que las viejas prácticas triunfarán como para sostener que pasará todo lo contrario*. Así definiría el estado de la cuestión que nos muestra el informe y nos permite sacar conclusiones: **a).** Insistir en la oralidad, que a veces se pensaba que era un tema superado. No sólo no lo es sino que sigue demostrando que es uno de los factores de cambio más importante y debe profundizarse su consideración y volver a ponerlo en el centro de la escena. **b).** Carecemos de una adecuada *teoría de la práctica, que nos permita avanzar en otras manifestaciones fuertes de la tradición inquisitorial y nos permite actuar frente a ellas*. **c).** Carecemos de adecuada información sobre el funcionamiento concreto de los sistemas judiciales, pero sería un error limitarnos a juntar información sobre algunas variables. El trabajo de construcción de indicadores ha estado poco orientado a desarrollar *indicadores de prácticas*, ha estado más bien orientado a construir *indicadores de resultados*, lo que es insuficiente. **d).** El discurso de la primera etapa de la reforma (adecuación constitucional, graves problemas de ineficacia, violación de derechos fundamentales), debe ser mantenido, pero ya no alcanza (por lo menos en los países que ya han hecho cambios en sus sistemas) para proyectar el mejoramiento de los sistemas judiciales a una nueva etapa. Es necesario construir un *discurso de segunda generación, para el cual este informe nos da elementos importantes*. **e).** Los organismos de cooperación internacional deben tomar nota de este estado de situación para no caer en la práctica de “empezar siempre de nuevo”, diagnosticar sino modernizar sus instrumentos de diagnóstico, superar la miopía del corto plazo (pese a que normalmente se proclama otra cosa) y adecuar sus mecanismos de ayuda a procesos en marcha, en la que ya existen muchos actores. América Latina no tiene tiempo para que se imponga la lógica burocrática incapaz de comprender los procesos en marcha.

C. EL GRAN TEMA PENDIENTE: CONSTRUIR LOS SISTEMAS DE INVESTIGACION

También nos muestra el informe que si existe un punto todavía muy problemático es el de la actuación del Ministerio Público y su relación con la Policía: falta de dirección (la cláusula de dirección funcional no ha demostrado ser muy útil), falta de coordinación entre las distintas policías y entre ellas y los fiscales, burocratización y desorientación organizacional del Ministerio Público, falta de capacitación, etc. Estos son sólo algunos de los muchos problemas que se destacan y muestran que todavía la promesa de mejorar los métodos de investigación tiene mucho trabajo por delante. Pero, para ello, creo que hay que tomar conciencia de algo fundamental: no se puede construir un sistema eficiente de investigaciones sin una profunda reforma de las policías de investigaciones y su separación de las policías de seguridad. La superación del modelo unitario de Policía que predomina en América Latina es un tema de alta prioridad. Lo que sucede es que es imposible encarar ese proceso de reforma sin contar antes con un cuerpo de fiscales, correctamente organizados, con capacidad de preparar los casos y presentarlos antes los tribunales. Y todavía no estamos en esa situación tal como lo muestran muchas conclusiones del informe. Por lo tanto, si bien ya es necesario comenzar a preparar las estrategias de reforma de la policía de investigaciones, no se debe descuidar el fortalecimiento del Ministerio Público fiscal en los próximos años tanto por su valor en sí mismo como por su carácter de herramienta insoslayable para las transformaciones policiales.

En este sentido, también es necesario construir un nuevo modo de acercamiento al problema policial no de tipo moralista sino vinculado al desarrollo de las modernas políticas de seguridad en todas sus dimensiones. Tengo la impresión, en definitiva, que la lógica del “tramitar” frente a la “lógica de investigar” se ha instalado en las prácticas de los fiscales muchos más rápidamente de los que hubiéramos esperado. Así que aquí es necesario diseñar instrumentos rápidos de intervención en este problema que, en mi opinión, deben estar orientados a dos dimensiones: **I)** los nuevos modelos organizacionales del Ministerio Público Fiscal y **II)** nuevas formas de capacitación de fiscales, tanto en técnicas y estrategias de investigación como en la preparación del litigio y la atención y colaboración con las víctimas y sus organizaciones sociales. Urge, en este sentido *la creación de un Centro de Capacitación en el nivel latinoamericano* que pueda formar a una nueva generación de fiscales, ya que los recursos actualmente disponibles para esta tarea en la región son notoriamente insuficientes. Creo, firmemente, que la creación de policías de investigación, totalmente separadas de la policía de seguridad es la solución más idónea para dar un paso más en lograr mecanismos eficientes de investigación, ello con relación a otras dos dimensiones: **1.** la modernización de todas las dimensiones de las políticas de seguridad y **2.** el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil para luchar contra la impunidad (acciones colectivas, acciones populares, representación colectiva de las víctimas, etc.).

D. LA DEFENSA PUBLICA Y LA CRISIS DEL MERCADO DE SERVICIOS LEGALES.

El cuarto punto que me parece importante destacar es que, si bien la defensa pública ha sido uno de los aspectos más dinámicos del proceso de reforma de la justicia penal y han

demostrado muchos defensores gran aptitud para capacitarse y adaptarse a nuevos niveles de exigencia, todavía sigue siendo un segmento débil del nuevo campo de la justicia penal.

Pero ello no es sólo un problema de la defensa pública en sí misma (que todavía debe definir mejor sus modelos organizativos) sino que tiene que ver con la crisis del mercado de servicios legales, dependiente a su vez de muchos vicios formalistas de las instituciones judiciales. La ecuación negativa formada por el hecho de que cada vez en nuestros países tenemos más cantidad de abogados, cada día peor preparados, cada vez más abogados jóvenes desocupados y cada vez más gente indefensa, no constituye un problema de la defensa pública, pero sin duda condiciona sus posibilidades de desarrollo, con el agravante de que puede frenar su actual orientación de fortalecimiento o ahogarla con una sobrecarga de trabajo imposible de afrontar. Por eso, me parece imprescindible, dado los hallazgos del informe, incorporar cuanto antes una reflexión de cómo acompañar el proceso de fortalecimiento de las defensas públicas con una profunda transformación del mercado de servicios legales, que no puede transitar exclusivamente el carril estatal, aún cuando se trate de los sectores de menores recursos.

E. EL PROBLEMA DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Unas breves palabras finales para otras de las dimensiones en las que la investigación encarada ha hallado graves problemas: los modelos de organización de los tribunales. Creo que allí se entremezclan varios problemas. El primero, es la necesidad de abandonar la idea de la “especialización de lo judicial”. Se ha creado una ideología de las burocracias judiciales que nos induce a creer que los problemas de administración de tribunales tienen graves problemas de especialización, cuando en mi opinión son organizaciones bastante simples, con una apreciable tosquedad en sus métodos actuales y que perfectamente podrían incorporar conocimientos, técnicas y métodos ampliamente probados en otros sectores sociales o de la economía, muchos más complejos que las instituciones judiciales. Pero detrás de esto se encuentra la ideología de burocracias administrativas que gozan de no pocos privilegios y ejercen no pocas cuotas de poder, incluso en desmedro de los propios jueces. Por eso este tema está entremezclado con el problema del gobierno judicial y la pervivencia de las formas verticalistas de organización judicial que, hoy por hoy, son unos de los principales factores de atraso y de afectación de la independencia judicial.

Por ello creo que hay que ir hacia un sistema más sencillo que el que se ha intentado construir con los Consejos de la Magistratura, que han demostrado complicar más el tema antes que solucionarlo. Creo que la combinación adecuada consiste en una fórmula de amplia democratización del gobierno judicial, con la mayor tecnificación posible de su administración. De este modo, se podría conjugar la fuerza del compromiso y la responsabilidad compartida por todos los jueces, sin distinciones de “grados”, sin sobrecargar la toma de decisiones administrativas (que en su gran mayoría son de simple administración ordinaria de recursos) que bien pueden quedar en manos especializadas, sujetas a un adecuado órgano de gobierno que para gobernar no necesita involucrarse en la administración cotidiana sino a través del control y la planificación estratégica. Un esquema así permitiría finalmente resolver el problema de la complicada imbricación de lo jurisdiccional con lo administrativo, democratizaría el gobierno, rompería la estructura verticalizada y permitiría contar con administradores especializados. Esta dimensión es importante porque nos permitiría romper con los modelos de celdillas (juzgados, fiscalías,

defensorías, etc.) todavía existentes (pensemos sino en los innumerables juzgados civiles, laborales, comerciales, etc., que no han modificado su funcionamiento en la gran mayoría de países.) y evitar que ese modelo de organización se instale en otras áreas de la administración de justicia.

F. CONCLUSIONES.

Tal como nos muestra el informe, el proceso de reforma de la justicia penal esta repleto de problemas. Eso significa que está vivo, que es evaluable, que ha impactado en la realidad, que no ha quedado en aguas de borrajas, que ha movilizado recursos, que ha cambiado algunas prácticas y se encuentra en combate con otras tantas, que no ha podido resolver todos los problemas, que es dependiente de otras políticas, que ya no tenemos todas las ideas que necesitamos para continuar adelante, que hay mucha gente entusiasmada en seguir trabajando en ello, que la población sigue demandando justicia. En fin, la promesa de remover siglos de tradición inquisitorial no podía encontrarse con otro escenario posible. Quien tuvo otra expectativa no mensuró el problema o careció de la adecuada lectura de nuestra historia y nuestra debilidad institucional. Creo, finalmente que de la lectura del informe que se presenta y de su metodología podemos extraer nuevas fuerzas para ingresar a una nueva fase de la reforma de la justicia penal. Esa es la convocatoria y la tarea pendiente.