

## LA FUERZA DE LA ORALIDAD

### *Los ciclos de la reforma.*

El proyecto de construir una administración de justicia republicana en nuestro país, que deje atrás las prácticas y las funciones del sistema inquisitorial y contribuya a crear una nueva institucionalidad, está aún pendiente de realización. Si observamos su desarrollo a lo largo de nuestra historia podemos hallar –con el riesgo de una excesiva simplificación- cuatro etapas en lo que se refiere a la justicia penal, etapas que, por supuesto, todavía deben ser estudiadas y analizadas con mayor profundidad:

1. *La etapa fundacional, que comienza con los movimientos emancipatorios y tiene su punto culminante en los trabajos de Guret Bellamare por encargo de Martín Rodríguez y Rivadavia.* Esta etapa que acompaña tanto los entusiasmos por la República como las dificultades por sentar sus bases, se caracteriza por la fuerza de la crítica al sistema inquisitorial y su enorme poder simbólico, así como la toma de conciencia de la necesidad de dejar atrás el régimen legal y judicial de la colonia. El esfuerzo institucionalista tiene un punto de desarrollo mayor en el Plan de Organización de la Justicia penal para Buenos Aires, redactado por el jurista francés Guret Bellemare y que, inspirado en la nueva legislación francesa e impregnada de mucho de su optimismo, propone un cambio radical a nuestro sistema judicial. La debacle de los proyectos institucionalistas, la guerra civil, el declive del federalismo más republicano y el inicio de la política de “hecho” del período rosista, acaban con estos esfuerzos o los postergan frente a otras urgencias.
2. *La etapa post-constitucional, cuyo centro es el Proyecto Florentino Gonzalez/Victorino de la Plaza.* La guerra civil y el dificultoso camino hacia la federación generaron sin duda otras preocupaciones, pero el texto constitucional de 1853-1860 recupera la visión republicana de la administración de justicia estableciendo el modelo claro y sencillo que todavía no hemos querido construir y manda con precisión al legislador reformar toda la legislación y el sistema de justicia colonial. Ese es el sentido del artículo 23, que debe ser entendido comprendiendo que en el lenguaje de la época establecer el juicio por jurados era el modo sintético de diferenciarse del sistema inquisitorial. Este modelo tuvo su expresión en materia penal en el encargo a Florentino González y Victorino de la Plaza quienes presentaron en 1871 un sistema

perfectamente adaptado a las cláusulas constitucionales. Aquí se produce la derrota fundamental del proyecto constitucional que es relegado frente a la fuerza de la tradición inquisitiva y los intereses que la sustentan o se aprovechan de ella y que finalmente se expresarán en el Código Obarrio, que reactualiza la cultura y la tradición inquisitiva y la impulsa y proyecta hasta casi finalizado el siglo XX en la mayor parte del país.

3. Código Procesal Penal Italiano de 1913 y consolidada en el Código de Córdoba y la escuela procesal cordobesa que se funda en los trabajos de Alfredo Vélez Mariconde, esta etapa se caracteriza por dos dimensiones entrelazadas: por una parte logra desencadenar el primer movimiento de abandono sistemático de la legislación colonial, ciclo que recién finaliza en 1992 con el abandono del modelo inquisitorial puro en el ámbito federal; por otra parte, ya no tiene la capacidad de actualizar integralmente el modelo republicano previsto en la Constitución nacional y por ello adopta un sistema inquisitivo atenuado y todo el aparato conceptual propio de los llamados sistemas mixtos, generando un nuevo lenguaje a la vez que una nueva visión “técnica” sobre la administración de justicia.
4. *La etapa “neoconstitucionalista” que comienza con la recuperación democrática de 1983, se desarrolla fundamentalmente con los trabajos de Julio B. J. Maier y Jose I. Cafferatta Nores y tiene su centro de gravedad en el Proyecto Maier de 1986. Este proyecto si bien no logra su sanción legislativa, marca una recuperación de la integralidad del modelo constitucional, genera un nuevo lenguaje y una visión que combina las dimensiones técnicas y políticas sobre el poder judicial e incorpora progresivamente la visión desde los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Los nuevos Códigos Procesales Penales de Tucumán, Córdoba, Buenos Aires, Chubut, Chaco, Mendoza y los Proyectos de Santa Fe, Entre Ríos y Neuquen, con sus variantes temáticas y políticas ya responden a esta nueva etapa. Asimismo se produce una renovación de los estudios procesales y un giro teórico en la misma escuela cordobesa, cuyo desarrollo todavía está en curso.*

Este esquema (repito, provisional y necesitado de mayores estudios) nos permite destacar algunas afirmaciones

- A. Existe una línea de continuidad en los esfuerzos trunco por construir una justicia republicana, que se expresa de diferentes formas pero con unidad de propósitos y objetivos.

- B. Este esfuerzo debe enfrentarse a una fuerte tradición inquisitiva instalada en las prácticas institucionales
- C. En cada una de las etapas, con sus propias particularidades, no solo se ha discutido el problema de la justicia penal sino la configuración del poder judicial mismo
- D. Cuanto más se acercan los proyectos de reforma al modelo constitucional más resistencias encuentran, lo que plantea un fuerte problema estratégico
- E. La tradición inquisitiva no es algo muerto sino una estructura poderosa que configura todavía de un modo predominante el campo judicial y las prácticas de los actores.

### **El campo de la justicia penal.**

Por otra parte se debe comprender que en cada discusión sobre alguno de los segmentos de la administración de justicia –como en nuestro caso la justicia penal- no sólo se discute problemas propios de ese segmento sino la configuración general del campo judicial tal como ha ocurrido a lo largo de la historia. En particular por los instrumentos que utiliza y su mayor visibilidad social el modo de administración justicia penal ha tenido gran influencia en la definición del modo general de administrar justicia. Como nos enseña Bourdieu, un campo es “una red o configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones se definen objetivamente en su existencia y las determinaciones que imponen a sus ocupantes, ya sean agentes o instituciones, por su situación (situs) actual y poder (o de capital) –cuya posesión implica el acceso a las ganancias específicas que están en juego dentro del campo- y, de paso, por su relaciones objetivas con las demás posiciones (dominación, subordinación, homología)” (pg. 64). Dentro de ese campo, existen “habitus”, es decir –según la especial acepción de Bourdieu- “ contra el empirismo, la teoría de la practica como práctica, plantea que los objetos de conocimientos son construidos y no pasivamente registrados: contra el idealismo intelectualista, dicha teoría recuerda que el principio de esta construcción no es el sistema de las formas apriorísticas y de las categorías universales propias de un sujeto trascendental, sino esta suerte de trascendente histórica que es el habitus, un sistema socialmente constituido de disposiciones estructuradas y estructurantes, adquirido mediante la práctica y siempre orientado hacia funciones prácticas” (83).

Estos conceptos son sólo una muestra del esfuerzo analítico que es necesario realizar para desarrollar nuevas políticas judiciales en nuestro país. Una vez que se ha comenzado a esclarecer cual es el modelo constitucional – esclarecimiento que esta todavía en proceso y que nos obliga a seguir insistiendo sobre ello- la cuestión principal se traslada a tratar de configurar el espacio de lo

judicial enfrentado la fuerza de la configuración inquisitorial de ese campo. Cuando decimos configuración inquisitorial significa, preeminencia del trámite, formalización, cultura del secreto, organización judicial rígida y verticalizada, falta de control de gestión, despreocupación por los resultados, despersonalización, etc. Para ello ya no alcanza con el desarrollo normativo del modelo constitucional sino que es necesario tener capacidad para comprender y modificar las prácticas concretas que configuran el campo de la justicia penal bajo la estructura inquisitorial. De todos modos, solo a partir, por lo menos, de la adopción aun en el plano formal de las reglas de juego de la justicia republicana dicha tarea es posible. El mantenimiento de sistemas confusos o parciales ha sido una de las causas principales de la pervivencia de la estructura inquisitorial instalada en las prácticas.

### **Del trámite al litigio.**

Otra 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 la 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: 1. La incorporación de prueba por lectura, es decir, renunciando a su producción en juicio público, muchas veces en contradicción expresa a las normas legales. 2. La actividad de los jueces supletoria de la que es propia de las partes. 3. 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. 4. La utilización de pocas horas para hacer juicios, pese a que la organización judicial asigna muchos recursos para ello. 5. 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. 5. La suspensión de las audiencias sin motivos de valía. 6. La utilización corriente de prueba producida de oficio, lo que presupone rupturas de

la imparcialidad. 7. Escaso tiempo asignado a la deliberación y a la producción inmediata de la sentencia. 8. La redacción de sentencias con muchos elementos de formulario. 9. La poca preocupación por la publicidad y la facilitación de la asistencia del público. 10. La resistencia a realizar audiencias orales en las etapas preparatorias. 11. 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) 12. 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. 13. 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. 14. La escasa literatura existente sobre la adquisición de destrezas y habilidades necesarias para litigar y 15. Una teoría y una forma de análisis de los problemas de la justicia y el derecho procesal que siga afincada en la idea de trámite y no utiliza al litigio como concepto-base.

La cantidad de problemas señaladas 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 “tradicción 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 objetivo 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 unos pocos años el movimiento de reforma revierta esa tradición inquisitorial es algo absurdo, propio de impaciente 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 las 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 ellas, 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 practica son de diversa índole. Si tuviéramos 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: 1. 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 mas importante y debe profundizarse su consideración y volver a ponerlo en el centro de la escena. 2. Carecemos de una adecuada *teoría de la práctica, que nos permita avanzar en otros manifestaciones fuertes de la tradición inquisitorial y nos permite actuar frente a ellas*. 3. 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. 4. 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*. 5. 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 necesita 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 sino 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: 1. los nuevos modelos organizacionales del Ministerio Público Fiscal y 2) 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 a 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 en relación a otros 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 PÚBLICA 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 capacidad 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 primer 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 atrás de esto se encuentra la ideología de burocracias administrativas que gozan de no pocos privilegios y ejercer 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) bien puede quedar en manos especializados 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 lleno de problemas. Eso significa que esta 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. En fin, la promesa de remover siglos de tradición inquisitorial no podía encontrarse con otro escenario posible. Quien tuviera otra expectativa era que no había mensurado el problema o carecía de la adecuada lectura de nuestra historia y nuestra debilidad institucional. Creo, finalmente que de la lectura del informe que se presenta y su metodología podemos extraer nuevas fuerzas para ingresar a una nueva fase de la reforma de la justicia penal. Es la convocatoria y es la tarea pendiente.