

ESTRATEGIAS Y PROCESOS DE REFORMA EN LA JUSTICIA PENAL Y CIVIL

Alberto M. Binder*

I. EL PUNTO DE PARTIDA COMUN.

El Programa de reforma judicial en América Latina se consolida en la últimas dos décadas como producto de varias tendencias¹. En primer lugar, el clima general de reforma institucional propio del ciclo de recuperación democrática o de transición a la democracia que, si bien se manifiesta de diversas maneras en los distintos países, generó una convicción general en la región acerca de la necesidad de modernizar las instituciones del Estado, dejando rémoras coloniales o estructuras que habían tenido fuertes compromisos con la inestabilidad institucional, las dictaduras militares o el terrorismo de Estado. Estas consideraciones, sin duda, fueron más firmes y claras en su referencia a la reforma del proceso penal o a la crítica a la estructura general del Poder Judicial, pero también influyó, aunque de un modo más indirecto, en una disposición favorable a toda reforma y oralización de los procesos. En segundo lugar, a principios de la década de los años ochenta del siglo pasado, cristaliza una larga tarea del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con la presentación de los Códigos Modelo Civil y Penal, productos de largos debates y del trabajo mancomunado de por lo menos tres generaciones de procesalistas, que comienzan con las visiones de Couture, por un lado, y de Vélez Mariconde, por el otro, ambos, a su vez, influenciados por el movimiento reformista italiano de la primera mitad del siglo XX. En tercer lugar, tanto en el ámbito del proceso penal como del proceso civil (en sentido amplio) existían grupos académico-intelectuales con un nivel adecuado de especialización y actualización, conscientes de la necesidad de enfrentar nuevos desafíos que ya se estaban planteando en otros países (reformas europeas de la década anterior) y también con clara consciencia de que el proceso civil y penal en América Latina no se encontraba en condiciones de evolucionar para enfrentar esos desafíos en el futuro próximo, en especial por su anclaje en el formalismo y las estructuras escrituristas. Finalmente, muchos sectores sociales se encontraban predispuestos a la crítica al sistema judicial, manifestaban con fuerza su insatisfacción y ello provocaba un reflejo de preocupación política en los distintos partidos y funcionarios de gobierno.

* Profesor de Derecho Procesal Penal en el Departamento de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional San Juan Bosco de la Patagonia. Director del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS. www.ceppas.org)

¹ Un análisis amplio de los temas de la reforma judicial en la región, lo he hecho en la investigación publicada bajo el nombre de “De las Repúblicas Aereas al Estado de Derecho, con conjunto con Jorge Obando, publicada por Ed. Ad. Hoc, 2003. Pueden servir de complemento otros dos trabajos: “La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República, publicado en Política Criminal Bonaerense, 2007 y La Política Judicial de la Democracia” publicado en Revista Ecuatoriana de Seguridad, Flacso. Quito, 2008.

Si bien el nombre emblemático de todo este proceso de reforma ha sido el de *oralización del proceso*, su contenido y alcances han sido mucho mayores. Se planteó, en términos generales, una revisión de toda la estructura del proceso, la simplificación de pasos, la modernización de categorías y, en el caso del proceso penal, un intento de ruptura muy fuerte con el arquetipo inquisitorial para aproximarse con diversas variantes a los modelos adversariales.² Por otra parte, se plantearon con distintos grados de intensidad reformas organizacionales, administrativas, nuevos modelos de gerenciamiento y una fuerte incorporación de la informática, tanto en el plano documental como en la gestión de casos. Podemos decir, pues, que la década del ochenta del siglo pasado comienza con una batería de propuestas de reforma y un clima general propicio como posiblemente no se había dado hasta entonces en toda la región. A ello habría que agregar que el trabajo de décadas de relacionamiento entre autores y profesores, realizado por los diversos institutos y grupos académicos había generado redes de colaboración y de conocimiento de las experiencias e ideas de los otros países de la región de un modo cualitativa y cuantitativamente muy superior al pasado.

En las dos décadas subsiguientes la actividad fue muy intensa. Cuatro líneas fundamentales se desarrollaron con mayor profundidad. En primer lugar la aparición de la *nueva justicia constitucional*, ya sea a través de la creación de Salas especializadas en las Cortes Supremas o mediante la creación de Tribunales Constitucionales; muchos de los países de la región modernizaron sus sistemas judiciales de defensa directa de la Constitución con efectos que todavía no se han evaluado en profundidad, pero sin duda con gran impacto en toda la estructura institucional del país. En segundo lugar, se *modificó el sistema de nombramiento de jueces y en algunos casos de gobierno judicial*, a través de los Consejos del Poder Judicial o Consejos de la magistratura. Con la evidente intención de dejar atrás los “spoiled system” del pasado o la influencia de grupos de poder en el nombramiento de jueces, se desarrollaron nuevos procedimientos y criterios de nombramiento de jueces. En tercer lugar, se hicieron fuertes modificaciones en la *justicia juvenil* de la mano de la ratificación de la Convención de los Derechos de Niño y la expansión de las ideas de Unicef sobre protección integral y abandono de la doctrina tutelar. En cuarto lugar, una *nueva justicia penal de tipo adversarial* se desarrolla en toda la región, hasta tal punto que luego de veinticinco años de actividad sólo muy pocos son los lugares donde aún no se ha producido ese cambio. Más de treinta nuevos códigos procesales penales de tipo adversarial son aprobados y puestos en marcha, aparece una nueva estructura para las Fiscalías y nuevos sistemas de defensa de oficio. Se modifican no sólo los procedimientos sino aspectos de la organización judicial y de gestión de los tribunales. Más allá de los evidentes problemas de implementación –que luego analizaremos- y la persistencia de problemas en el control de criminalidad que tienen raíces muy complejas, se puede afirmar que el cambio producido en la justicia penal fue el más intenso desde la adopción de las nuevas formas republicanas a principios del siglo XIX.³

² Sobre las características y principios inspiradores de la reforma de la justicia penal en América Latina la bibliografía también es ya muy amplia. Para acceder a mucho de ella de un modo simple en el centro de documentación de www.cejamericas.org

³ Langer, Máximo *Revolución en el proceso penal latinoamericano* : difusión de ideas legales desde la periferia. Santiago : CEJA. Santiago de Chile, 2007.

Todo el escenario latinoamericano estaba preparado para que *la reforma de la justicia civil fuera la quinta gran línea de trabajo*. Sin embargo ello no fue así; extrañamente luego de un auspicioso comienzo con la reforma de la justicia civil del Uruguay y de la expansión de esa experiencia, el movimiento de reforma de la justicia civil fue perdiendo fuerza. La reforma peruana fue un segundo eco importante y luego algunos cambios en estados pequeños de la Argentina, pero en términos generales más allá de intentos y proyectos de códigos y de algunos cambios puntuales la reforma de la justicia civil fue retrocediendo del lugar que se le asignaba. El objeto de este trabajo es, precisamente, plantearse la pregunta de cuáles fueron las circunstancias que le hicieron perder fuerza. Las ideas estaban disponibles; el ejemplo uruguayo era un buen punto inicial de referencia; el clima general era reformista; las redes de académicos y el control sobre los institutos le correspondía a aquellos que se dedicaban antes que nada al proceso civil; la cooperación internacional siempre estuvo dispuesta a apoyar esos emprendimientos, *¿Qué sucedió, entonces, para que hoy, veinte años después, la oralización del proceso civil sea en gran medida una tarea pendiente e, inclusive, haya perdido fuerza el movimiento oralista y exista un cierto estancamiento no sólo de los ánimos sino de las ideas, reflexiones e innovaciones necesarias para absorber la experiencia de veinte años de reforma judicial en América Latina?*

La pregunta no sólo es interesante en términos históricos sino grave en términos políticos. Nuestra región no puede abandonar sin más el proyecto de oralización de la justicia civil. Ello no sólo por el valor en sí mismo del área de la administración de justicia más útil para el común de la gente sino porque la influencia de la justicia civil en la totalidad del sistema judicial y en los mecanismos de reproducción de prácticas y conocimientos es enorme. En gran medida, *el retraso de la reforma de la justicia civil condiciona negativamente a todos los otros procesos de reforma*.

No es posible responder fácilmente a la pregunta establecida en el párrafo anterior, pero el objeto de esta ponencia es marcar la necesidad de comenzar a formular esa pregunta de un modo insistente y, a la vez, proponer algunas reflexiones sobre las razones que pueden haber influido en ese estancamiento. Para mi es ineludible hacerlo desde la experiencia de la reforma de la justicia penal; de todos modos, más allá de las valoraciones personales que podamos tener sobre dicha reforma, lo cierto es que existe una notable desigualdad de desarrollo y extensión respecto de procesos que tuvieron similares orígenes, una misma matriz ideológica, que compartieron muchos escenarios de trabajo y de debate y estaban llamados a tener un desarrollo histórico paralelo y análogo. Valgan, en consecuencia, las siguientes reflexiones sólo como un intento de aproximación a un tema que merece una investigación histórico-política más extensa y minuciosa.

II. LOS DEBATES ESTRATEGICOS Y SUS ACTORES.

Si tomamos el conjunto de acciones vinculadas a la reforma judicial y buscamos elementos comunes –proceso de abstracción que siempre dejará afuera muchas de las particularidades- es posible ordenar los intentos de reforma desde la perspectiva del entrecruzamiento o competencia de tres visiones básicas sobre la estrategia mas conveniente para desencadenar o llevar adelante los procesos de cambio. Según una primera visión, la

falla principal de la administración de justicia -y por lo tanto el principal remedio que necesita- proviene de las deficiencias profesionales y humanas de los jueces y funcionarios judiciales. Ya sea que se trate de problemas de formación profesional e intelectual, de falta de compromiso con los valores democráticos, de fallas éticas en su desempeño o de una débil conciencia moral lo cierto es que los jueces no están a la altura de sus cargos. Se debe, en consecuencia, provocar remociones de esos jueces y, para el futuro, mejorar el sistema de nombramiento, control y remoción. Cuando esto ocurra mejorará el desempeño del sistema judicial en su conjunto y renacerá la confianza ciudadana.

Para una segunda visión, el problema principal consiste en la deficiente administración de los recursos humanos y materiales que mueven la maquinaria judicial. Todos los procesos de trabajo que se desarrollan, desde la atención al público hasta la realización de audiencias o el dictado de sentencias, se han vuelto obsoletos y la incorporación de la ayuda tecnológica es débil, caótica e inadecuada. Por más que los jueces y funcionarios trabajen mucho y con dedicación, todo su esfuerzo se ve diluido por los defectos de la organización y la administración de los tribunales que no responden a los parámetros más elementales de la administración moderna.

Una tercera visión señala que el problema fundamental es más profundo ya que se relaciona con la pervivencia de estructuras de trabajo regidas por normas antiguas y por modelos de organización y gobierno judicial rígido, vertical y burocrático. Esta visión destaca que ellos no son “defectos” de la administración de justicia, sino la pervivencia de un modelo judicial autoritario, proveniente de la tradición inquisitorial propia de la Colonia, que genera una matriz político-estructural que es necesario revertir para adecuarla a los modelos judiciales de tipo republicano-liberal.

Cualquier lector avezado pronto se dará cuenta que en realidad estas tres visiones no son incompatibles y que con gran seguridad uno podría afirmar que cada visión destaca una parte importante del problema. Como esa observación es totalmente cierta, de lo que se trataría es de construir una visión más comprensiva de tipo “integral”, con capacidad de abarcar todos los problemas y de proponer soluciones en todas las dimensiones. Así nace una cuarta visión, aparentemente superadora, que ha nutrido y sigue nutriendo los sucesivos planes integrales de la reforma judicial, de los cuales en la Argentina existen varias versiones. Lo que ocurre es que el problema está instalado en otro plano. La competencia entre las tres visiones y finalmente entre cada una de ellas y la visión “integral” se da en el plano de la *perspectiva estratégica*. Un plano esencial a la hora de diseñar una política de cambio ya que se trata de encauzar recursos escasos en todos los niveles y obtener escalonadamente resultados en un programa coherente de mediano plazo.

La reforma judicial es el desarrollo de un tipo específico de política pública, orientada a la *renovación de instrumentos*, es decir, no se trata de cambiar el modo como se viene utilizando un determinado instrumento (lo que ocurre, muchas veces, cuando se cambia de orientación en la política económica) sino que la política busca cambiar el instrumento mismo, por considerar que con ese instrumento no se puede lograr las finalidades principales que su busca realizar en el plano, llamémosle *sustantivo*. Como hemos dicho, el instrumento podrá ser malo

porque son malos sus operadores, porque son insuficientes y mal asignados sus recursos o porque tiene que ser cambiado por otro tipo de instrumentos. Las políticas de cambio instrumental tienen poco tiempo para ser desarrolladas. Normalmente al ciudadano común –receptor y constructor de la legitimidad- se le escapan las discusiones sobre instrumentos, ya sea porque no vislumbra su importancia o porque desconoce cuáles son esos instrumentos. Le es mucho más fácil entender los cambios sustantivos que se buscan (por ejemplo que la justicia sea mas rápida, mas sencilla, mas “justa” o equitativa, etc.) Si ello se logra mejor con tal o cual instrumento le es algo más lejano. De allí que nuestra afirmación sobre la idea de que los cambios instrumentales deben ser más rápidos se funde en esta distinta percepción por parte de la sociedad que es la que regula, finalmente, los tiempos políticos de los cambios. De lo dicho se sigue nuestra segunda afirmación: si el tiempo para los cambios instrumentales es menor, entonces la *opción estratégica* acrecienta su importancia ya que si la política es siempre la opción de varios caminos posibles, es decir, tomar decisiones en una encrucijada (no hay política si sólo hay un camino posible) entonces la urgencia por optar por aquella estrategia que logre lo mayores efectos de cambio instrumental en el menor tiempo posible es más evidente.

Por otra parte, una opción estratégica plantea siempre dos problemas adicionales: 1) la selección de los sujetos que ingresan al juego en determinada opción estratégica y quienes, por el contrario, quedan por afuera y 2) la forma de absorción de todos los costos que esa específica estrategia genera, es decir, *todo lo que no se va a lograr por la aplicación de la estrategia elegida*. Por ejemplo –y esto es crucial- la adopción de una determinada estrategia, como por ejemplo elegir el camino del recambio de personas, puede tener demasiados costos en términos de disputas laborales (con los sindicatos o con las asociaciones de jueces o con las partidos políticos) de tal modo que finalmente ponga en peligro el cumplimiento de los objetivos en el tiempo de que se dispone. O, como ha sucedido, adoptar cambios más rápidos implica, necesariamente, que los sistemas funcionarán mal durante un tiempo o que serán más caros por un tiempo, etc. Toda estrategia tiene un costo indirecto que debe ser asumido si se quiere realizar una verdadera opción estratégica.

El problema de los sujetos merece una consideración aparte. No existe proceso de cambio sin sujetos que lo impulsen. Esto no es una verdad de Perogrullo sino un elemento de análisis central en las políticas públicas. En realidad no existe un solo sujeto sino una pluralidad de sujetos interactuando, cada uno desde su propia perspectiva. Es bastante fácil decir, en un plano formal, que no se puede llevar adelante un proceso de cambio sin la participación de los jueces, por ejemplo, pero no se suele advertir que esa participación genera condicionantes para otros sujetos, para otros tiempos, es decir, influye en todas las variables y, a veces, una afirmación como la indicada puede significar, en realidad, un cambio de estrategia o asumir una estrategia determinada, no por un análisis preciso sino de un modo indirecto, por la elección de un sujeto cuya participación parece obvia. Esto se ha mostrado especialmente complejo a la hora de pretender compatibilizar tiempos y actores, los tiempos de los jueces con los tiempos de la sociedad.

III. LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL: SUS PROBLEMAS Y OPCIONES ESTRATÉGICAS.

Una de las hipótesis de este trabajo es que a diferencia de lo que ocurrió en materia procesal penal, donde se debatió y, a su modo, se saldó el debate estratégico, asumiendo los costos de las opciones estratégicas y definiendo con claridad actores y espectadores, no ocurrió lo mismo en materia procesal civil y ello ha sido una de las razones del distinto desarrollo de una y otra, sin tomar partido –en esa dimensión explicativa nada más- sobre cual de las dos situaciones ha sido mejor. Las tres estrategias señaladas como principales fueron objetos de debates específicos en los primeros momentos del proceso de reforma de la justicia penal. De hecho se transitó un buen tramo de ese proceso con la adopción de alguna de ellas. En primer lugar el fuerte compromiso de los jueces penales con las dictaduras y las violaciones a los derechos humanos facilitó la adopción de una estrategia de recambio de planteles profesionales. Ello pronto se enfrentó a dos problemas: uno, más allá de la calidad personal de muchos nuevos jueces, los procedimientos los empujaban a la misma dependencia de los sistemas policiales o no les permitían avanzar en las causas, por lo que pronto se notó la deficiencia de esta estrategia. Por otra parte, el recambio de personas se enfrenta a un problema más de fondo: no es cierto que existan planteles de recambio. El hecho de que las Escuelas de Leyes sigan enseñando lo mismo y produciendo el mismo tipo de profesional –de hecho son los jueces y funcionarios la mayoría de los profesores- hace que la capacidad de reproducción de las viejas prácticas por los nuevos miembros sea inmensa. El mismo procedimiento con las mismas destrezas pronto mostró los mismos resultados, pese a los nuevos compromisos éticos de muchos jueces –no todos- con valores democráticos. También se intentó seriamente la renovación del gerenciamiento de recursos. Esta estrategia, mucho más fácil de comprender por las Agencias de Cooperación Internacional, en especial las norteamericanas, tuvo la capacidad de mostrar las graves deficiencias en la administración de recursos: los despachos judiciales mal organizados, los jueces ocupados en tareas administrativas, la delegación de funciones, la corrupción instalada en prácticas pequeñas, tales como notificaciones, archivos, etc., la falta de incorporación de tecnología básica – todavía se siguen cosiendo expedientes con hilo y aguja, lo que era mucho más común hace veinte años-, la falta de métodos de notificación adecuados, en fin, un atraso organizacional, administrativo y tecnológico que era palmario y causante de grandes problemas. Sin embargo, pronto esta estrategia se enfrentó a un problema. El modelo de organización de los tribunales, la unidad funcional (el juzgado) no era el resultado de una mera mala asignación de recursos sino el resultado de una larga historia vinculada a tradiciones culturales, a formas de ejercicio de poder, a un tipo determinado de juez y fuertemente vinculado también a una forma de ejercicio de la abogacía. En particular la incorporación tecnológica se enfrentó rápidamente al problema del escriturismo y a las diferencias entre una organización orientada a la realización de audiencias con otra orientada al trasiego de papeles. Por otra parte, si bien esta estrategia se presentaba como más “sencilla”, menos “traumática” para los actores judiciales y por lo tanto más dúctil para tenerlos a ellos como actores protagonistas del cambio, pronto demostró que las resistencias a los “pequeños cambios administrativos” era tan o más grande que la

existente para cambios más de fondo. Además, a la resistencia de los jueces y funcionarios se le sumaba la de todo el personal administrativo que veía cambios sustanciales en su forma de trabajo, sin que ello se reflejara en cambios de salarios o de carrera profesional. En definitiva, lo que parecía simple pronto demostró ser mucho más complejo y el camino simple y llano se convirtió en un pantano, además demasiado costoso, ya que la incorporación tecnológica marcaba un ritmo temporal mucho más rápido que los cambios que podía asimilar una organización verticalizada, rígida y formalista como la judicial.

Todos estos problemas le dieron su oportunidad a la tercera estrategia, que no negaba la importancia de las otras dimensiones, pero señalaba que sin un cambio muy fuerte de paradigma, es decir, sin un cambio radical de los procedimientos que implicaba un abandono del modelo escrito-inquisitorial o mixto-inquisitorial por la asunción de modelos orales-adversariales, poco se podía lograr. Y sin una aceleración de esos cambios para poder tener en el corto tiempo un nuevo norte hacia donde evolucionar, se iba a malgastar el tiempo social y político dispuesto a permitir cambios de tipo instrumental. Esta estrategia era débil en varios flancos. En primer lugar, ninguna organización –y menos una como la judicial– asimila cambios tan rápidos en el corto plazo. ¡Menos aún si se trataba de dejar atrás formas de trabajo que hundían sus raíces en la colonia, es decir, dejar atrás casi quinientos años de trabajo! En segundo lugar, era evidente que no existían planteles con capacidad de realizar las nuevas formas de trabajo en el corto plazo. Y ello no era sólo un problema de capacitación sino algo más profundo, vinculado a la cultura jurídica. En tercer lugar, el atraso de recursos e infraestructura era tan grande que difícilmente se iba a poder implementar adecuadamente todo lo necesario para que el sistema comenzara a funcionar correctamente cuando comenzara su vigencia. En cuarto lugar, la aparición de nuevos actores institucionales, tales como las nuevas fiscalías o las defensas públicas, podrían generar disfunciones políticas difíciles de manejar en el corto plazo, en sociedades todavía con problemas complejos de violencia o de criminalidad pos conflicto armado. En quinto lugar, las expectativas sociales que podría generar un cambio tan radical no estaba claro si iban a poder ser saldadas en el corto plazo, generando un efecto bumerang sobre la legitimidad de la reforma. Bajo todas estas condiciones el *riesgo de colapso* era muy alto y ello podría retrasar las reformas o sepultarlas por un buen tiempo.

Todas estas discusiones no son una reconstrucción tardía de lo que luego sucedió sino que fueron el contenido de muchos talleres, reuniones, publicaciones, debates formales e informales. Finalmente, los distintos países fueron decidiendo asumir esta estrategia, *con clara conciencia de los riesgos que se asumían*. En realidad, como ocurre en el desarrollo de todas las políticas públicas, ciertos actores, con capacidad de influir en ese momento, asumieron que los riesgos se debían tomar y empujaron el cambio. Claro está que esto habrá contado con un mayor o menor nivel de conciencia, según las situaciones o momentos, pero se puede afirmar que *asumir los costos de esta estrategia de cambio fue un tema de debate*. Las consideraciones para afrontar cada una de las debilidades fueron también claras. En primer lugar, frente a la imposibilidad de pensar que se podía pasar de sistemas inquisitoriales, predominantemente escritos, a otros adversariales de tipo oral en unos pocos años, primó la idea de que tampoco era posible pensar que los sistemas

escrituristas podían evolucionar hacia sistemas de tipo oral adversarial, es decir, se había llegado a una situación en la que el salto era ineludible. Las políticas “incrementalistas” que van provocando cambios de a poco en base a los ajustes de eficiencia en los recursos ya existentes, siempre parecen mas razonables, salvo cuando ya conducen, irremediablemente, hacia otro lugar. La opción real, entonces, era o continuar con el sistema escritural o dar un salto hacia otro sistema, tratando de reducir los costos del salto pero sabiendo que era *imposible* una asimilación inmediata o de cortísimo plazo (dentro de los cinco años, por ejemplo) de las nuevas formas de trabajo. Esa era la opción real, lo otro aparecía como una expresión de deseos. Es decir, la política incrementalista era fantasiosa. Frente a la segunda debilidad, esto es, la falta de abogados capacitados en los nuevos sistemas, ocurría algo semejante. Ciertamente con capacitación –y se hicieron muchos planes al respecto- se podía paliar un poco el déficit, pero lo real es que las Escuelas de Leyes no se iban a mover tan rápido (de hecho todavía no han realizado cambios sustanciales para adaptarse a estos cambios) y ello generaba un obstáculo estructural, es decir, de difícil solución en el corto plazo; por otra parte, dado que las universidades forman, antes que nada, profesionales orientados a la práctica, será esa práctica la determinante para provocar cambios en los conocimientos; dicho de otro manera: si no cambia el *sistema de necesidades* difícilmente cambiará el *sistema de conocimientos y destrezas*. Claro está que esto se puede mostrar como un círculo vicioso, pero en realidad no lo es. Se trata, antes bien, de un conjunto de tensiones y antinomias, que se equilibran y desequilibran permanentemente. La cuestión era generar un desequilibrio –y el cambio de sistema lo podía generar- para obligar a generar un nuevo equilibrio de las destrezas y conocimientos. Pese a que nos gustaría que las realidades sociales fueran de otra manera o también nos gustaría que los conocimientos operaran virtuosamente de otra manera, más directa, lo cierto es que los saberes prácticos, vinculados a instituciones sociales, marchan de esta forma “a los tumbos” antes que de un modo lineal y coherente. Las nuevas necesidades generarían nuevos conocimientos, por lo menos por un tiempo, hasta que los hábitos logran establecer un equilibrio que luego habría que romper nuevamente. Una visión “intelectualista” de los cambios sociales es mas bella, pero irreal. En tercer lugar, ciertamente la falta de infraestructura generaba un condicionante no imposible de superar; al contrario siempre ha sido más fácil movilizar nuevos recursos en procesos de cambio que asignarlos para complementar simplemente lo ya existente. La noción de “inversiones no productivas” utilizadas en aquella época (utilizadas a veces con criterio y otras como una forma de desfinanciar sectores del Estado que se querían abandonar) ayudó a generar un flujo de inversiones. Era necesario asumir el riesgo de provocar esas decisiones: de hecho luego de una década y media se pudo comprobar que efectivamente todos los países hicieron fuertes inversiones en justicia penal; no fue la falta de inversión un problema como se esperaba; al contrario el problema consiste en justificar que esas inversiones hayan producido beneficios suficientes en relación al gasto realizado. Los problemas vinculados a la emergencia de nuevas instituciones eran imposibles de soslayar y, al contrario, se convirtieron en una palanca de cambio ya que en general la percepción –que continúa hasta el presente- es que la sociedad democrática no está suficientemente preparada para enfrentar los problemas de criminalidad. En cuanto al riesgo de defraudar a la sociedad, era una riesgo inherente

a todo proceso de cambio y, en cierta medida, había que asumir que las demandas sociales en relación a los problemas de criminalidad son tan intensas, tan volátiles, tan fuertemente manipuladas por la demagogia política y los medios de comunicación, que no existen formas claras de racionalizar esa dimensión. Ello generaba tanto un clima para el cambio como una situación de exigencia desmesurada. Pero ese contexto social era imposible de revertir; tan imposible como querer modificar el mar en el que se debe navegar: Se trataba de decir lanzar las embarcaciones a ese mar, sabiendo que no existe otro.

Como podemos apreciar, el conjunto de debilidades eran ciertas e ineludibles en gran medida. Uno de los puntos determinantes del proceso de reforma de la justicia penal –que como veremos lo diferencia del mismo proceso en materia civil- fue la decisión de *lanzarse al cambio en esas circunstancias sabiendo que no existían otras y que las condiciones de éxito bajo esas circunstancias quedaban limitadas a ese preciso contexto y no a otro ideal o de mejores condiciones*. Finalmente, los resultados mostraron que los temores no eran infundados. Cada una de las debilidades se hizo sentir en los distintos países con diversa intensidad; es decir, no se puede decir que el proceso de reforma de la justicia penal haya sido un proceso “limpio”, producto de planificaciones precisas. Pero lo cierto es que se produjeron cambios muy notables. No sólo con la aprobación de más de una treintena de nuevos códigos de tipo adversarial, sino por la creación de nuevas instituciones, un redimensionamiento de las fiscalías, la aparición de nuevas defensas públicas de gran magnitud, se construyeron edificios, etc. A diferencia de lo que había sucedido en otros momentos de la historia la reforma de la justicia penal, tuvo un impacto real sobre las instituciones y los modos de trabajo. No quedó en una reforma de papel ni en un mero cambio de códigos. Ahora bien, ¿significa esto “éxito”? En el desarrollo de políticas públicas de cambio instrumental muy extendido es difícil determinar cuándo se llega a un punto de éxito. Si por tal se entiende un sistema que funcione totalmente bajo los parámetros nuevos, la situación actual está bastante lejos de ello; si se entiende un sistema que haya resuelto de un modo significativo los problemas de control de criminalidad, todavía estaría mucho más lejos. Sin embargo, es cierto también que se generó un nuevo escenario en la justicia penal con *una capacidad evolutiva inexistente en el pasado*. Si lo que se buscaba era generar un giro en la situación eso se logró y es demostrativo de ello no sólo el impacto, sino que las llamadas “contrarreformas” (procesos de ajuste, casi de “manual”) afectaron a puntos sensibles (como las medidas cautelares) y afectaron el nivel de garantías como forma de compensar la ineficacia de los fiscales, pero las líneas estructurales de la adversarialidad no fueron afectadas, abriendo el proceso de cambio a nuevas acciones de profundización. Todo el período de reformas de “segunda generación” que se han desarrollado en los últimos cinco años es una muestra de la vitalidad del proceso de cambio y del “éxito” del rumbo emprendido, aunque sus resultados sean aun insatisfactorios. Hoy en la justicia penal latinoamericana existen nuevos problemas, nuevos debates, nuevos conocimientos, nuevas perspectivas que eran totalmente desconocidas o irrelevantes antes de la reforma. El nuevo escenario construido y su capacidad evolutiva es el éxito del proceso de reforma aunque sus resultados todavía no sean satisfactorios, si es que, en

el campo específico de la justicia penal, se puede aspirar realmente a un estado de satisfacción sobre su funcionamiento.

IV. LA JUSTICIA CIVIL. LA INDETERMINACIÓN ESTRATÉGICA.

Si bien es un tema que todavía requiere de mayores investigaciones, se puede afirmar que el proceso de reforma de la justicia civil no siguió este mismo derrotero y no llegó a plantearse con la misma intensidad el problema estratégico. El punto de referencia obligado, que fue la reforma de la justicia civil en Uruguay, no obstante, tuvo similar riqueza a la de los restantes procesos de reforma de la justicia penal y se plantearon muchos de los mismos problemas. Se enfrentó, incluso, a las mismas peleas políticas, al riesgo del “colapso” (real o imaginario), a las resistencias de los abogados, a los problemas de infraestructura, etc. Posiblemente, visto en el momento de su diseño e implementación tenía análogas debilidades que los otros procesos de reforma. Sin embargo, también avanzó, posiblemente porque los actores que impulsaban esos cambios tenían no sólo el suficiente apoyo político –apoyo que otros actores de la justicia civil también tuvieron, aunque de un modo fragmentario- sino capacidad para afrontar los riesgos y convencer a los decisores que esos riesgos eran inherentes al proceso de cambio o costos menores en relación a los beneficios.

Una hipótesis a sostener podría ser la siguiente: *la difusión de la reforma procesal civil, pese a contar con el antecedente de la experiencia uruguaya (“exitosa”, en el mismo sentido que puede ser la reforma de la justicia penal), no se extendió porque los actores de los distintos procesos no estaban dispuestos a correr los riesgos o no lograron convencer a los decisores de políticas de que esos riesgos eran menores o ineludibles.* Una hipótesis de esta naturaleza explicaría por qué muchos procesos quedaron varados en el diseño de nuevos “códigos procesales civiles o generales” que no lograron avanzar en el debate parlamentario. Ahora bien, resta explicar –o someramente dar razones- de por qué ocurrió ese fenómeno.

Uno de los factores que influyó fue el hecho de que en los sectores técnico-académicos proclives a la oralidad se cambió *demasiado pronto el eje de la discusión*. Rápidamente se dio por superada la controversia “oralidad vs. escritura” y se cambió el eje del debate hacia la mayor o menor cantidad de actividad oficiosa del juez. La idea que primó en ese momento fue que era preferible un sistema escrito o no provocar un cambio siquiera, si es que la oralidad iba acompañada de activismo judicial y, desde la otra parte también se sostuvo que era preferible el sistema escrito o no provocar ningún cambio, si esa oralidad restringía de un modo inaceptable la necesaria actividad supletoria del juez condición ineludible de la buena administración de justicia en materia civil.⁴ Nadie discute que éste sea un debate

⁴ Tengo la impresión de que la concepción secuencial del proceso ha influido en llevar a esta discusión a un callejón sin salida. Si, por el contrario, vemos el proceso civil desde sus etapas (en especial en la fuerte división propia del proceso civil romano clásico) es bastante más fácil comprender que existe una etapa, preparatoria del litigio o de su composición, con un fuerte activismo del juez (pretor) y otra mucho más formal en el que el juicio se atiene a reglas muy firmes y claras, que constituyen el “fair trial” y en el que el juez (jurados, por qué no también) mantiene firmemente su imparcialidad. Pareciera que las necesidades

importante en el diseño de un sistema procesal. De hecho, en materia penal se produjo el mismo debate, pero pronto se llegó a un acuerdo: era preferible una oralidad (con cualquiera de las dos versiones) a mantener el sistema escrito inquisitorial. De hecho, el debate sobre las facultades del juez se reabrió inmediatamente después de aprobados los nuevos códigos y continúa hasta el presente, pero ese debate *no frenó en ningún momento el proceso de cambio*. En materia civil, por el contrario, tuvo el efecto de frenar el debate porque dividió a los sectores reformistas y desorientó a los actores externos, que dejaron de tener claridad sobre cuál era el *eje sustancial de la política de cambio en esa etapa*. Es necesario comprender dos ideas sencillas: una, que las políticas públicas, en especial en épocas de cambios importantes, se sustenten en pocas ideas muy claras. Los aparatos conceptuales más complejos deben tener la capacidad de identificar y sustentar estas pocas ideas fuerza, que en un determinado momento ya no pueden ser discutidas. El cambio de eje del debate en materia procesal civil finalmente debilitó la idea de oralidad misma como idea fuerza del cambio y ninguna de las otras dos ideas logró constituirse como idea fuerza indubitable.

La comunidad técnico-académica no logró percibir con claridad la desorientación que esto causaba en otros actores y no tuvo capacidad de llegar a pactos claros, si no eran posibles en el nivel del modelo, por lo menos en el cronograma de discusiones. Posiblemente –y no puedo decir otra cosa que “posiblemente”– influyeron en la imposibilidad de generar un acuerdo el agotamiento intelectual del tema sin tener la capacidad de realizar planteos metodológicos novedosos sobre el mismo asunto, cierta cerrazón propia del espíritu de cuerpo que impidió la discusión de otros actores no especializados, que hubieran podido “refrescar” la discusión y cierta incapacidad para observar que frente al funcionamiento real de los sistemas ciertas discusiones conceptuales pierden fuerza o vigencia o se ven transformadas por nuevas realidades (por ejemplo, el mismo debate en materia penal queda muy modificado frente a partes que presentan bien sus casos o tienen capacidad para hacerlo –como resultado de buenas defensas públicas por ejemplo-).⁵ Un excesivo conceptualismo conspira contra el desarrollo adecuado de temas que son prácticos y políticos y como tales dependen de muchos factores que se vuelven invisibles en la discusión conceptual. Lo cierto es que *la idea fuerza de la oralidad quedó debilitada en el momento en que necesitaba mayor fortaleza*.

Una segunda razón tiene que ver con la indeterminación de la visión estratégica en sí misma. Como ya hemos dicho, en un plano abstracto, las visiones de renovación de planteles, gerencial-administrativa y estructural-política no compiten, no son opuestas. Es en el decurso de los procesos políticos concretos donde hay que tomar opciones en base a prioridades y allí aparecen como

de equiparar desigualdades y de mantener la imparcialidad (dos tensiones siempre presentes en el proceso) pueden generar soluciones muy diversas en una u otra etapa.

⁵ Ver estos debates, por ejemplo, en José Carlos Barbosa Moreira “Corrientes e contracorrientes no processo civil contemporaneo” y Juan Montero Aroca “El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia comunitaria” y las obras citadas en ambos trabajos. Todo ello en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004. Número 6. pgs. 85 y 15 respectivamente. La bibliografía sobre esta controversia es ya muy dilatada, valga lo citado como ejemplo, ya que no es el tema de esta conferencia. Sobre los debates y su tono ver Montero Aroca, Juan (crd) Proceso civil e ideología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

alternativas. En buena medida, los distintos actores de la reforma procesal civil evadieron este problema manteniéndolo en una racionalidad abstracta, revestida de una gran razonabilidad. En el plano práctico, ello significó desarrollar un conjunto de condiciones básicas para iniciar el proceso de cambio, que casi ningún país podía garantizar y el sostenimiento de una conclusión finalmente paralizante: *es preferible no iniciar ningún cambio antes que hacerlo si esas condiciones no están garantizadas*. Si, por otra parte, se insiste en que esas condiciones deben estar garantizadas mucho antes de comenzar procesos que duran varios años, en países donde es muy difícil predecir lo que puede ocurrir a los pocos años (y el nuestro es paradigmático en ese sentido) es fácil concluir que la propuesta de reforma lleva ya la condición de su parálisis. Si ello es sostenido por los propios sectores reformistas, es difícil imaginar decisores (ministros, legisladores, etc.) que tengan tanta claridad como para ir más allá de lo que los propios actores principales del cambio le están proponiendo. Detrás de esta idea existe otra: *la oralidad es el mejor sistema siempre que funcione bajo ciertas condiciones de infraestructura y recursos*. Esta idea que tiene una larga historia en nuestro país es la que permitió mantener un diálogo “actualizado” con la doctrina moderna, por una parte, y otro diálogo con la práctica de nuestros sistemas que necesitaban también de “ideas procesales”. Este “doble discurso” del derecho procesal civil, acentuado porque muchos de sus principales cultores han sido jueces o abogados en ejercicio (ante la ausencia de un sector académico independiente del sector judicial) le ha permitido a la doctrina procesal navegar a dos aguas entre lo “correcto” teóricamente y lo “cotidiano” de la vida de los tribunales. Pudo sumar así la fuerza de una buena doctrina con la fuerza de la influencia de la práctica y pudo evitar convertirse en un discurso contracultural y en gran medida marginal, como fue durante varias décadas la doctrina moderna del derecho procesal penal (recordemos que hasta hace veinticinco años apenas, Velez Maricó era prácticamente desconocido en la Universidad de Buenos Aires, sostenido por apenas pocos profesores que también eran marginales). Esta enorme adaptación de la doctrina procesal civil a las condiciones duales de la vida académica y la vida práctica se le volvió en contra en el momento en que el tiempo político estaba maduro para el cambio de sistema y la expansión de la oralidad. Es parte de esta misma razón la convicción de que *la oralidad es una idealidad y no un motor del cambio*.⁶ Es una nueva cultura jurídica y condiciones institucionales de funcionamiento lo que genera un buen sistema de oralidad. En materia penal el pensamiento fue casi inverso; es la oralidad y su expansión a todas las etapas del proceso lo que genera una nueva cultura jurídica y una nueva institucionalidad. En una visión la oralidad debe ser custodiada como una joya, en la otra usada como una espada. Ha influido, incluso, el estilo literario de la Escuela Italiana del proceso civil en sus loas a la oralidad como artefacto precioso, frente al estilo mucho más agresivo y combativo de la tradición penal liberal.

Una tercera razón tiene que ver con el distinto peso que en un proceso u otro tienen las prácticas de la abogacía. Desgraciadamente el proceso penal es, antes que nada, una cuestión de funcionarios: jueces, fiscales, defensores públicos y policías. El papel de la víctima –pese a que el nuevo proceso penal

⁶ Binder, la cultura jurídica- entre la tradición y la innovación. En “Las actores de la justicia penal” Luis Pasara (ed), Salamanca, 2007.

latinoamericano ha cambiado sustancialmente su rol- todavía no es determinante como actor del proceso y las condiciones de selectividad (imputados pobres, muchas víctimas también pobres) acentúan el carácter burocrático del proceso penal. Esto no es una virtud, sin duda, pero facilitó el proceso de cambio, porque la influencia sobre las prácticas de la abogacía ha sido menor. Esto no es aplicable al proceso de reforma de la justicia civil. Al contrario, la justicia civil es dependiente, en gran medida, de las prácticas de la abogacía. No sólo la formación de abogado común se encuentra totalmente adaptada al sistema escriturario sino que sus despachos, estudios jurídicos, manejo de los tiempos, organización de sus dependientes, formas de cobrar honorarios, etc. se encuentran adaptadas a esa forma de proceso. Es probable que esta dimensión no haya sido incorporada claramente y ello ha sido otro factor de parálisis. En particular, no se suele destacar con suficiente fuerza que el mercado de los servicios legales y la práctica de la abogacía se encuentran en profunda crisis, mientras las Escuelas de Leyes siguen expulsando miles de egresados sin ton ni son. Por otra parte, las prácticas de la abogacía tienen un patrón que responde al litigio del siglo XIX, en el mejor de los casos. Este factor retardatario complica, sin duda, todo el proceso de reforma de la justicia civil, pero es, a la vez, su gran objetivo. En gran medida la justicia civil no tiene gran futuro sin el cambio de esas prácticas y no se vislumbra cómo ellas podrán cambiar si no se cambia, en un primer gran paso, el funcionamiento básico de la justicia civil. Sin embargo, el proceso de la reforma de la justicia civil no tuvo la capacidad de poner en crisis el ejercicio de la abogacía ni de señalar con claridad los impactos y las soluciones para problemas tan concretos, que afectan la vida cotidiana y el bolsillo de miles y miles de abogados que son los que mueven las ruedas de la justicia civil.

Posiblemente las expuestas sean sólo algunas de las razones. Incluso falta mayor investigación y debate para profundizarlas. Sin embargo, es importante hacerlas explícitas porque suele instalarse la idea de que la reforma de la justicia civil no adelantó *por la falta de compromiso de otros actores, en particular el sector político, que no comprendió o no le dio apoyo a esta reforma*. La hipótesis que sostengo es otra: *fue el desarrollo de las ideas y debates de los propios sectores oralistas, su modo de concebir la oralidad y la indeterminación estratégica de ese mismo sector lo que le privó de fuerza a la idea de reforma de la justicia civil*. Valga sólo como hipótesis. Claro está no para dirimir responsabilidades, que es totalmente irrelevante y odioso, sino para poder identificar los cursos de acción futuros y el futuro de la reforma de la justicia civil.

¿Tiene futuro dicha reforma? Sin duda se trata de procesos todavía abiertos. Posiblemente se ha perdido el tiempo favorable de los primeros momentos de la transición a la democracia, pero el propio desarrollo del sistema democrático, la ampliación de la lucha por los derechos, el mayor papel del campo judicial en la vida política, generan escenarios que también pueden ser favorables si se sabe interpretarlos con creatividad y precisión. Por otra parte, hasta que no se oralice profundamente el proceso civil, la lucha por dejar atrás el modelo inquisitorial estará siempre en peligro. Hoy las mayores dificultades que enfrenta la reforma de la justicia penal no son las resultantes de los problemas de inseguridad y desborde de la criminalidad, ya que los vaivenes sociales y los momentos de percepciones cruzadas sobre esos fenómenos posiblemente sean una constante que tiene flujos y reflujos en

cada momento históricos. La justicia penal ha convivido, debe convivir y siempre convivirá con esos movimientos (comprender eso ha sido el gran aporte del pensamiento liberal ilustrado sobre el derecho penal). La pelea entre “garantistas” (antes liberales) y “mano dura” (ley y orden) es una constante con la que debe lidiar todo aquel que se dedique al derecho penal. Allí no está el mayor peligro. La mayor amenaza proviene de la cultura de la abogacía, el mayor reservorio de cultura inquisitorial de nuestra sociedad, que empuja desde las prácticas a la doctrina a tomar posturas contrarias a una justicia republicana y democrática. Y esa cultura jurídica, sustentada en prácticas nuevas, no comenzará a ser removida hasta que no cambien de un modo radical las condiciones del litigio en materia civil, porque es allí donde se cuece la cultura del abogado. En consecuencia, todos necesitamos a la reforma de la justicia civil para que la abogacía –y con ella la defensa de los derechos- ingrese de una vez por todas a los nuevos desafíos de esta época compleja y no nos arrastre al atraso y la indolencia intelectual propios del ritualismo colonial, la burocracia insensible y la escolástica petulante.

El diálogo entre los procesos de reforma de la justicia penal y la reforma de la justicia civil es, en el fondo, poner ambos temas, ambos con problemas, pero con problemas distintos, en un transfondo común, que debe responder a la pregunta sobre el futuro de la administración de justicia frente no sólo a una vida notoriamente más compleja y dinámica sino frente a un sistema político que juega día a día su legitimidad en el cumplimiento, a lo menos, de algunas de sus promesas más importantes, una de las cuales es convertir a cada ciudadano en un hacedor de su destino y en un luchador de sus derechos y no en mero espectador de las dádivas de los poderosos. En esa dimensión donde la administración de justicia, en particular la que no es penal, es un factor central de la “nueva ciudadanía” que nos permitirá profundizar nuestra aún débil democracia, construyendo, además, sus lazos más profundos con el Estado de Derecho.