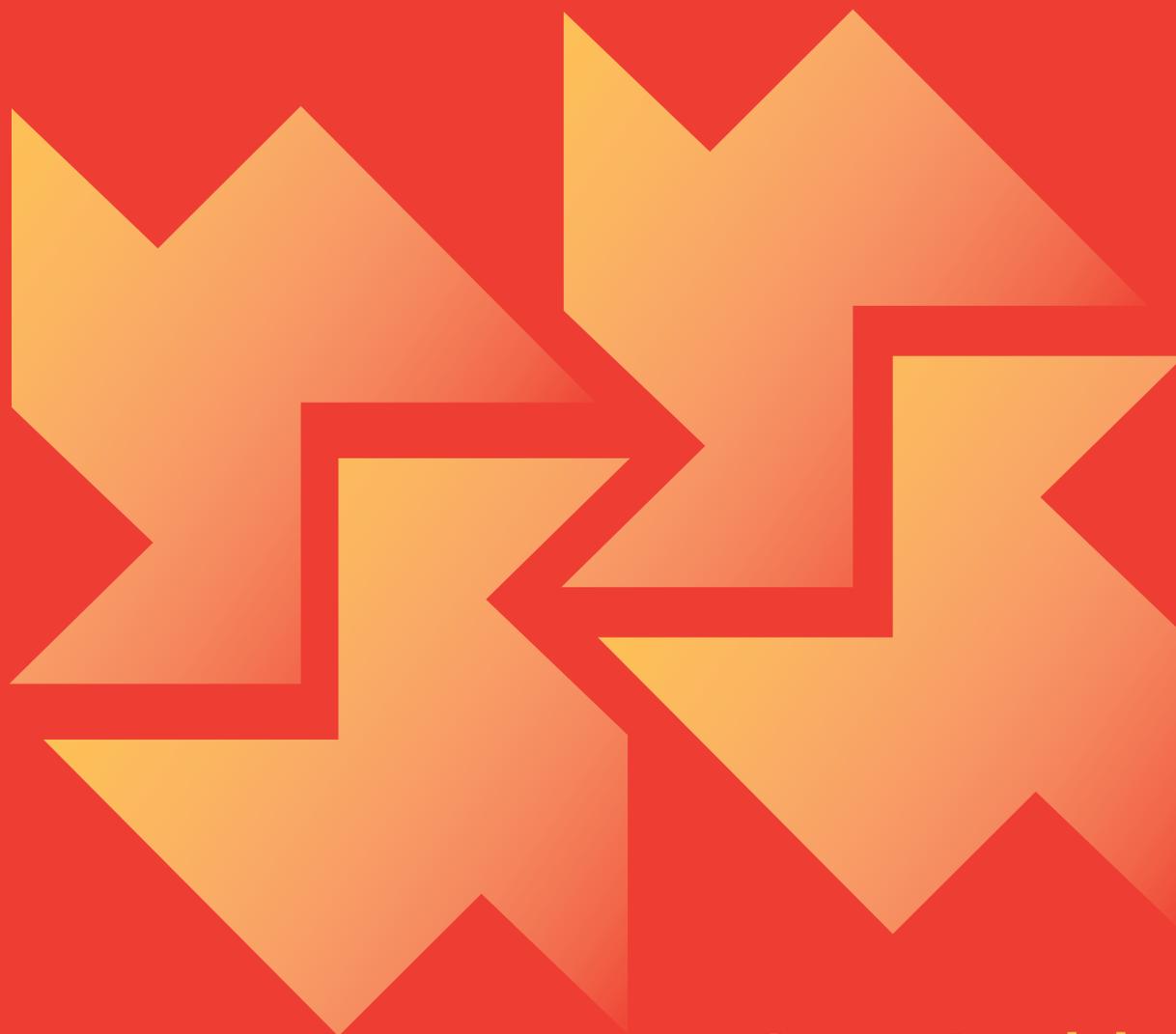


Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia



Otras Justicias

Silvina Ramírez Justicia penal y Pueblos indígenas • **Fco. Javier Jiménez Fortea** El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa • **Informe CEJA** Reforma procesal penal y Pueblos indígenas • **Yalibat, Wöltke, Vasquez Oliva y de León Córdova** Justicia de pequeñas causas en Guatemala. Juzgados de Paz móviles • **Evangelina Pirri** La Justicia Vecinal desde la mirada del vecino • **Alejandro E. Alvarez** El estado de la seguridad en América Latina • **Valeria F. Piñero** Oficina de Gestión de Audiencias en el Plan Piloto para el fortalecimiento del sistema acusatorio en Mar del Plata • **Vladimir Passos de Freitas** A eficiencia na administração da justiça • **José M. de la Calle R.** Ensayo sobre la solución de los problemas de la justicia en Colombia • **Alberto I. Gutiérrez Fuentes** Suspensión condicional del procedimiento • **Luis Bates Hidalgo** Reflexiones sobre la justicia

Sistemas Judiciales

Directores

Juan Enrique Vargas

Alberto Martín Binder

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Alfredo Fuentes

Linn Hammergren

Luis Paulino Mora Mora

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Cristián Riego

© 2007 - Ediciones del Instituto
Talcahuano 256 1° Piso (C1013AAF)
Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4372-0570
ediciones@inecip.org
www.inecip.org/ediciones

© 2007 - Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Holanda 2023, Providencia
Santiago, Chile
Tel. +(562) 274-2933
info@cejamericas.org
www.cejamericas.org

Impreso en:
Verlap S.A. Producciones Gráficas
Cte. Spurr 653 - Avellaneda
Buenos Aires - Argentina

Impreso en mayo de 2007

Hecho el depósito de ley
ISSN 1666-0048

Impreso en Argentina

La revista autoriza la reproducción o traducción, total o parcial de los artículos publicados en sus páginas, toda vez que se señale claramente el autor y se indique la siguiente atribución:

“Reproducido con autorización © Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP”

➤ PRESENTACION	4
➤ TEMA CENTRAL <i>Otras Justicias</i>	
▶ Silvina Ramírez. Justicia penal y pueblos indígenas. Una agenda pendiente.	6
▶ Fco. Javier Jiménez Fortea. El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Una visión desde Europa.	16
▶ Informe CEJA. Reforma procesal penal y pueblos indígenas.	42
▶ Yalibat, Wöltke, Vasquez Oliva y de León Córdova. Justicia de pequeñas causas en Guatemala. Juzgados de Paz móviles.	60
▶ Evangelina Pirri. La Justicia Vecinal desde la mirada del vecino.	64
➤ NOTAS GENERALES	
▶ Alejandro E. Alvarez. El estado de la seguridad en América Latina.	70
▶ Valeria Fernanda Piñero. Oficina de Gestión de Audiencias en el Plan piloto para el fortalecimiento del sistema acusatorio en Mar del Plata.	89
▶ Vladimir Passos de Freitas. A eficiencia na administração da justiça.	95
▶ José Miguel De la Calle R. Ensayo sobre una solución de los problemas de la justicia en Colombia.	102
➤ TRABAJO GANADOR DEL PREMIO SISTEMAS JUDICIALES PARA JÓVENES AUTORES	
▶ Alberto Gutiérrez. Suspensión condicional del procedimiento. Estudio empírico en Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte.	118
➤ REFLEXIONES	
▶ Luis Bates Hidalgo. Reflexiones sobre la justicia.	131
➤ Documentos	138
➤ Reseñas bibliográficas	140
➤ Noticias	143
➤ Agenda	145
➤ Política Editorial	146

[Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan.]

Directores:

Juan Enrique Vargas, Alberto M. Binder

Editor:

Luciano Hazan

Coordinadora de Edición:

Ximena Catalán

Equipo Editorial:

Francisco Godínez Galay, Agustín Territoriale,
Bárbara Mastronardi, Julia Mengolini

Diseño Gráfico y Diagramación:

Patricia Peralta

Traducciones:

Kate Goldman

Administración:

Pamela Varela, Ezequiel Griotto

CEJA

Holanda 2023,
Providencia, Santiago de Chile,
Tel/Fax: 274 2911/33,
E mail: info@cejamericas.org
Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1º piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,
E-mail: inecip@inecip.org
Página web: www.inecip.org

Este nuevo número de la Revista Sistemas Judiciales pretende mostrar al lector las distintas maneras en que pueden ser abordadas estas “otras justicias” que son eje de las notas centrales. El tema tradicionalmente olvidado en la región es el de la justicia indígena. Así, el nuevo informe de CEJA se propone identificar en qué medida la reforma procesal penal en los distintos países ha resultado “sensible” a la problemática que presenta la diversidad cultural en materia de justicia penal. Avances normativos y experiencias institucionales aparecen como indicadores para valorar esta receptividad. La información que logra recopilar el informe en perspectiva comparada, pone en evidencia que los nuevos procedimientos penales antes que impulsar innovaciones en el campo de los derechos de los pueblos indígenas, fueron enriquecidos y adaptados localmente en consonancia con las reivindicaciones y derechos ya ganados en materia de diversidad cultural en algunos estados de la región.

Silvina Ramírez, por su parte, aborda los matices que caracterizan la relación entre la justicia penal del Estado y el sistema de justicia indígena, para llegar luego a señalar aquellos cambios normativos e institucionales que posibilitan la construcción de un nuevo sistema de justicia penal que contemple los requerimientos de los pueblos originarios. La autora plantea desafíos pendientes en la región en torno a esta relación entre los Estados y los movimientos indígenas, viendo en el horizonte transformaciones genuinas que los conviertan en actores sociales de mayor incidencia.

Javier Jiménez estudia pormenorizadamente los mecanismos que las comunidades indígenas utilizan para la solución de sus conflictos y responde afirmativamente a la cuestión de si existe un verdadero proceso indígena. Pero antes de llegar a esa conclusión se ocupa de estudiar hasta qué punto son reconocidos estos “ordenamientos jurídicos” indígenas, y cómo se compatibilizan con los estatales. Su mirada tiene la particularidad de estar centrada en las Américas, pero pensando problemáticas similares que se viven en Europa, aunque tal vez con un desarrollo menor en este tipo de estudios.

Estas “otras justicias” incluyen también a la justicia de paz. Por eso esta edición también aborda la experiencia guatemalteca por la cual se ha impulsado un nuevo sistema a través de juzgados móviles que facilita el acceso a la justicia, con la intención explícita de acercar el servicio a la población más vulnerable, buscando agilizar los procesos judiciales y propiciar la utilización de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de menor cuantía.

El texto de Evangelina Pirri, vecina de la ciudad de Buenos Aires, en Argentina, tiene la particularidad de plantear el problema del acceso a la justicia y la resolución de los conflictos interpersonales desde una mirada ajena al mundo de la abogacía. Su preocupación está en incidir en un proceso que se está desarrollando en esa ciudad que se encamina a tener una Justicia Vecinal que permita resolver en forma sencilla los pequeños conflictos legales de los vecinos, teniendo ese tribunal en comunas

descentralizadas. El grupo de vecinos que representa propone un procedimiento basado en la oralidad, la informalidad, la celeridad y la gratuidad, y una de las grandes polémicas que se presenta es justamente sobre la participación obligatoria o no de los abogados también en este tipo de vías para resolver los conflictos.

En la sección de las Notas Generales, Alejandro Álvarez brinda un avance del estudio que están preparando el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED) sobre la seguridad en la región en el que señala dos grandes dimensiones de evaluación: sobre la situación de la violencia y el delito comparada entre los países de la región; y en segundo orden saca una fotografía de los principales aspectos del funcionamiento y organización de las instituciones del sector de la seguridad pública, planteando en ambos caminos evaluativos interesantes indicadores.

En la misma sección, Valeria Piñero describe el funcionamiento de la Oficina de Gestión de Audiencias que se diseñó en el marco del Plan Piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata, en Argentina; y Vladimir Passos de Freitas plantea su mirada sobre la eficiencia en la administración de justicia. En tono reflexivo Luis Bates enfatiza en los problemas que acarrea la larga duración de los procesos y propone algunas soluciones alternativas a la visión del litigio como forma preponderante de resolución de conflictos.

Finalmente, se presenta el trabajo ganador del Premio Sistemas Judiciales para jóvenes autores, que quedó en manos de Alberto Gutiérrez, quien analizó cómo la Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte, de Santiago, ha desarrollado un esquema de organización y funcionamiento para la suspensión condicional del procedimiento. El autor presenta un diagnóstico empírico referente al uso y empleo de esta institución procesal penal que interpreta como una buena práctica por parte de esta Fiscalía, que otorga considerables resultados por los procesos de trabajo y dinámica de gestión que pueden ser replicados en otros países de la región.

Equipo editorial
de *Sistemas Judiciales*

Silvina Ramírez

Directora Ejecutiva del INECIP
 Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad
 de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

inecip@inecip.org

Justicia Penal y Pueblos indígenas: una agenda pendiente



This article addresses three main topics. First, the author describes the subtleties of the relationship between State criminal justice and that of indigenous communities. She then goes on to present a discussion of institutional and normative changes needed to create a criminal justice system that responds to the needs of aboriginal groups. Finally, and in order to move the discussion forward, she addresses how the relationship between governments and indigenous movements limits the opportunities of indigenous groups to participate as true social actors.

Algunas clarificaciones iniciales

En la actualidad, presentar un ensayo sobre justicia penal y pueblos indígenas que contenga información novedosa o ideas innovadoras es una tarea desafiante, si tenemos en cuenta que en las últimas décadas esta relación ha merecido la atención de diferentes sectores, tanto estatales como no gubernamentales, ya sea de parte de los movimientos indígenas como de funcionarios estatales preocupados por instalar una relación más armoniosa que la establecida históricamente, a partir de los procesos de conquista.

La administración de justicia como parte fundamental del Estado, también ha sido objeto de análisis. Dentro de ésta, la justicia penal como uno de los segmentos más sensibles de los sistemas de justicia se ha mostrado como la más privilegiada para dar cuenta de los avances de esta relación.

En este proceso que involucra la construcción de Estados cuyo signo distintivo sea el respeto a la diversidad, se han identificado instituciones específicas que pueden receptor el reconocimiento de los derechos indígenas, desde la introducción del peritaje y los intérpretes hasta la extinción de la acción penal en caso de resolución de conflictos por parte de las autoridades indígenas, desde prácticas diferenciadas en la ejecución penal hasta la existencia

de tribunales comunitarios, todos han sido presentados como modos de articulación entre la justicia penal y la justicia indígena.

Sin embargo, a pesar de las discusiones, los estudios realizados, la incorporación efectiva en algunos códigos procesales penales de esta normativa, los pueblos originarios en general carecen todavía de la entidad necesaria para ser registrados como interlocutores políticos del Estado, como genuinos sujetos colectivos que merecen más que una norma que exprese un reconocimiento que aún no se ha plasmado¹.

En este trabajo se abordarán, en primer lugar, los matices que caracterizan la relación entre la justicia penal del Estado y el sistema de justicia indígena (I). En segundo lugar señalaré los cambios institucionales y normativos ya existentes que posibilitan la construcción de un nuevo sistema de justicia penal de cara a los requerimientos de los pueblos originarios (II). Finalmente, y para avanzar en la discusión,

¹ Realizar generalizaciones de este tipo en América Latina nos lleva necesariamente a provocar algunas distorsiones. Es innegable que en algunos países los movimientos indígenas no sólo se han posicionado ventajosamente sino que han accedido al poder (actualmente el caso de Bolivia). Los procesos históricos demostrarán hasta dónde las estructuras coloniales del Estado pueden ser transformadas.

mencionaré algunos de los desafíos pendientes que genera la relación Estados y movimientos indígenas, para provocar genuinas transformaciones que conviertan a los Pueblos indígenas en actores sociales.

I. Sistema de justicia “oficial” y el sistema de justicia indígena

1. Una relación compleja

No ha sido precisamente una relación armoniosa la que ha imperado entre los pueblos originarios y los Estados, conformados luego de largos procesos que culminaron con la independencia del dominio español pero que no lograron su inclusión —hasta el día de la fecha— como sujetos colectivos.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los movimientos indígenas empiezan lentamente un recorrido que culmina con la demanda clara de reconocimiento de sus derechos, y junto con esta necesidad y requerimiento de ser visualizados como interlocutores del Estado, se plantea la necesidad de articular sus propios modos de administrar justicia con la justicia oficial².

Los Pueblos indígenas latinoamericanos finalmente han logrado convertirse en interlocutores políticos, y actualmente se presentan como un sujeto colectivo que demanda por la titulación colectiva de las tierras, por el uso de su lengua, porque se respete su propio modo de administrar justicia, entre otros derechos. Éstos han sido reconocidos e incorporados a los instrumentos internacionales y a la legislación nacional, pero muchas veces no son instrumentados y mucho menos respetados en la práctica.

Son precisamente estos derechos los que han habilitado a requerir que los modos de resolución de conflictos, la administración de justicia indígena, fuera reconocida por los organismos de justicia gubernamental. Sin embargo, y a pesar de que dicho reconocimiento está contenido en los instrumentos normativos, el debate alrededor de los límites del ejercicio de jurisdicción indígena, y sobre todo el fantasma permanente de la secesión estatal han contribuido a que los derechos

de los Pueblos indígenas se hayan transformado en conflictos permanentes con el Estado.

Políticamente, la autonomía de los Pueblos indígenas no significa fragmentación del Estado, ni separación ni constitución de otra unidad política. Y aunque esta discusión con el paso del tiempo se ha vuelto redundante, algunos siguen insistiendo en su vigencia: la posibilidad cierta de que los Pueblos indígenas se independicen de los Estados en cuyo territorio se encuentran. Estas posturas no hacen otra cosa que provocar distorsión acerca del objeto de la discusión: no es la secesión lo que constituye el problema (secesión, por otra parte, que resultaría hasta inviable pragmáticamente) sino la concreción de sus derechos.

Lo que en principio fue un absoluto desconocimiento de las particularidades de los pueblos indígenas se transformó paulatinamente en el “registro del otro”, lo que fue determinante para generar el respeto de su sistema de creencias, su cosmovisión del mundo, sus pautas culturales, etc. Es imposible, entonces, reconocer un conjunto de características específicas de los pueblos originarios sin involucrar el reconocimiento de su sistema de justicia. Reconocer lo uno es también admitir que existen otros modos de administrar justicia que difieren de la administración de justicia del Estado en el que habitan.

A pesar de los difíciles escollos a superar, se han desplegado numerosas iniciativas tendientes a dejar lugar en el sistema de administración de justicia oficial al sistema de justicia indígena. El Estado reconoce que existen diversas maneras de resolución de conflictos, y que las respuestas a los conflictos son más adecuadas si se formulan a través de las prácticas indígenas.

Por último, cabe señalar que si bien los instrumentos normativos internacionales y nacionales³ reconocen la forma de administración de justicia llevada

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los movimientos indígenas empiezan lentamente un recorrido que culmina con la demanda clara de reconocimiento de sus derechos, y junto con esta necesidad y requerimiento de ser visualizados como interlocutores del Estado, se plantea la necesidad de articular sus propios modos de administrar justicia con la justicia oficial.

² Cfr. Grey Postero, Nancy, “Movimientos indígenas bolivianos: articulaciones y fragmentaciones en búsqueda del multiculturalismo” en Luis Enrique López y Pablo Regalsky (editores), *Movimientos indígenas y Estado en Bolivia*, Proeib Andes Ediciones, La Paz, 2005.

³ Los instrumentos internacionales más importantes son el Convenio 169 de la OIT, los Pactos Internacionales (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. En todas las constituciones latinoamericanas, y preferentemente en la década de los 90, se han incorporado fórmulas de reconocimiento de los derechos indígenas.

adelante por las propias autoridades indígenas, no se ha podido avanzar demasiado en la “bajada a tierra” de este conjunto normativo. Razones variadas que van desde la debilidad de las instituciones indígenas a la falta de voluntad política para lograr la coexistencia entre sistemas de justicia diversos siguen mostrando la necesidad de seguir reclamando por el respeto de los derechos indígenas. Derechos indígenas que son prerrogativas –ya sea basadas en intereses, en necesidades, en conquistas– que les corresponden a los indígenas, no por concesión –en este caso– del Estado en cuyo territorio habitan, sino porque constituyen reivindicaciones legítimas que han adquirido a través de siglos de luchas denodadas para ser reconocidos como Pueblos.

2. Intentos de coordinación

La década de los 90 representa para el análisis de las conquistas de los Pueblos indígenas la introducción en el ámbito constitucional del reconocimiento de sus Derechos. Luego de la promulgación del Convenio 169 de la OIT –instrumento que hasta la fecha constituye la avanzada en el tema que nos ocupa– las Constituciones de los Estados latinoamericanos incorporaron cláusulas específicas que reflejan que al menos desde un marco normativo los derechos colectivos de ciertas minorías encuentran un lugar de protección y resguardo.

Sin embargo, y no obstante dicho reconocimiento, la necesidad de formular legislación secundaria que articule el sistema de justicia indígena con el sistema de justicia oficial ha obstaculizado el respeto efectivo de los Derechos Indígenas, provocando no sólo innumerables debates a su alrededor, sino generando una discusión aún no saldada en el ámbito jurídico: si las normas constitucionales son programáticas u operativas, y si aquellas que se refieren al reconocimiento expreso de sus formas de administrar justicia requieren otra ley que las operativice o pueden ser ejecutadas desde el momento en que forman parte de la norma fundamental.

Casi en paralelo, y a partir del inicio de la década de los 90, se inicia un movimiento de reforma de la justicia penal, más específicamente alrededor del procedimiento penal, que tiene como ejes principales el establecimiento de la oralidad, la investigación a cargo del fiscal, el control de las garantías del proceso en cabeza del juez de garantías, todo

esto encaminado no sólo al respeto de las garantías del procesado y a la recuperación del rol de la víctima en el proceso, sino también a transparentar un procedimiento absolutamente oculto en donde el expediente ocupaba el lugar central y a dotar de una cuota de humanidad un sistema de justicia que se caracterizaba principalmente por afectar derechos fundamentales.

Estas reformas procesales penales no se caracterizaron por ocuparse de la coordinación con el sistema de justicia indígena, no obstante introdujeron algunas normas atinentes a los Pueblos indígenas. Aspectos tales como la incorporación de normas de coordinación (Bolivia y Paraguay), peritaje e idioma (Paraguay), y en algunos casos legitimación activa de las comunidades indígenas para ser querellantes en casos de genocidio o discriminación (Guatemala) han sido contemplados en los Códigos de Procedimiento Penal reformados. De todos modos, tampoco ha sido suficiente para regular de manera no conflictiva la convivencia armónica de dos formas diferentes (indígena vs oficial) de resolver los conflictos.

Como aspectos destacables, podemos mencionar la incorporación de la multiculturalidad dentro de las agendas públicas (otra vez, esto no es general en América Latina, y algunos países les prestan mayor atención en comparación con otros⁴), pero cabe destacar que los esfuerzos que se han realizado para formular políticas públicas que establezcan el respeto y el reconocimiento a la institucionalidad de los Pueblos indígenas no han logrado alcanzar los niveles deseados.

Los intentos de coordinación que se han llevado adelante entre la justicia indígena y la justicia oficial no han logrado hasta la fecha concreción en ninguna normativa de los Estados⁵. Los puntos de encuentros que existen entre las reformas procesales

penales y los Derechos de los Pueblos indígenas tienen sentido sólo si tomamos a las reformas procesales penales como parte de las reformas judiciales, y sólo si entendemos las reformas judiciales como procesos contextualizados históricamente, que se

Como aspectos destacables, podemos mencionar la incorporación de la multiculturalidad dentro de las agendas públicas (...), pero cabe destacar que los esfuerzos que se han realizado para formular políticas públicas que establezcan el respeto y el reconocimiento a la institucionalidad de los Pueblos indígenas no han logrado alcanzar los niveles deseados.

⁴ A pesar que algunos autores manifiesten que la multiculturalidad dirigida por el Estado responde a las nuevas políticas globalizadoras de modernidad. Cfr., López, Luis Enrique y Regalsky, Pablo (editores), Ob. Cit., 2005.

⁵ Ver Irigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

vinculan al devenir de los Pueblos originarios en la medida en que ambos responden a un paradigma estatal que se encuentra en permanente estructuración y discusión.

Es importante, entonces, determinar cuál es la relación entre los movimientos de reforma a la justicia y los reclamos de los movimientos indígenas, para evaluar hasta qué punto inciden en la inclusión política y cultural de los Pueblos indígenas y en definitiva en la construcción de ciudadanía.

En primer lugar, los movimientos de reforma a la justicia penal avanzan en profundizar las garantías ciudadanas, dotando a un proceso por demás sensible —aquel que puede terminar con la libertad de las personas— de la suficiente transparencia e instaurando la centralidad del juicio oral como una forma de garantizar a la vez la publicidad de lo que se ventila en el proceso y la posibilidad de acusar y defender en igualdad de condiciones. En otras palabras, un proceso penal se convierte en una ventana a través de la cual uno puede vislumbrar el perfil del Estado.

El Estado cada vez más se ve compelido a adecuar sus estructuras para dar respuestas a una multitud de demandas. Entre ellas, la de una profundización de la participación social, la inclusión de sectores marginados, y una distribución más adecuada de la riqueza. Uno de aquellos sectores sin duda lo constituyen los Pueblos indígenas, que interpelan permanentemente al Estado para hacer escuchar sus voces.

En segundo lugar, el Estado debe responder en distintos niveles a las demandas. Uno de estos niveles, quizás el menos importante pero uno de los más visibles, es el de la administración de justicia. Cuando el segmento de la justicia actúa con receptividad frente a la diversidad, cuando su entramado se vuelve más flexible a lo diferente, uno de los poderes del Estado se acerca a través de sus reformas introduciendo rasgos que permiten ejercer el respeto y la tolerancia frente a las propias pautas culturales de los Pueblos indígenas.

Así planteadas las cosas, creemos que vale la pena señalar la importancia estratégica de aprovechar las transformaciones de la justicia penal para incorporar de un modo más contundente e insoslayable el reconocimiento a los Derechos de los Pueblos indígenas. Si se introduce esta variable como una que puede llevar agua al molino de la

lucha indígena, construyendo el Estado pluricultural que se reclama, pero sobre todo legitimando estas reformas de modo de prestar atención a diversos sectores, entonces la vinculación no sólo se presenta como necesaria sino también como fructífera.

Por último, los movimientos de reforma de la justicia penal pueden contribuir a un fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo en la medida que democratizan la propia justicia penal, sino también dando la apertura necesaria para que algunos sectores que reclaman una sensibilidad y una respuesta ajustada a sus necesidades encuentren un lugar que debe darles un Estado que pregona una democracia participativa como forma de gobierno.

3. Realidad y Reglas en las relaciones interculturales

Las relaciones que se establecen entre los Pueblos originarios y el Estado deben estar asentadas en el paradigma de la interculturalidad. Un intercambio signado por el respeto y reconocimiento de los sistemas de creencias, los sistemas culturales y los sistemas de justicia de cada uno de los extremos de esta relación.

Desafortunadamente, aún es preciso transitar un largo camino para cerrar la brecha que existe entre la realidad y todo el plexo normativo que da cabida a la diversidad. Tanto el Convenio 169 de la OIT, como las normas constitucionales de reconocimiento de los derechos indígenas y la última Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, recogen una multitud de derechos que en la práctica no se respetan efectivamente.

Así, uno de los temas que abrió una profunda discusión en las últimas décadas es el de la construcción de ciudadanía y cómo se preservan las relaciones de igualdad para consolidar un Estado equitativo. La construcción de ciudadanía presenta un desafío no sólo para el Estado sino también para los debates suscitados en el seno de las organizaciones y movimientos indígenas.

Más allá del doble status que presentan los miembros de los Pueblos indígenas, esto es ciudadanos del Estado en el que habitan e indígenas de los diferentes pueblos, lo cierto es que el Estado tiene la obligación de admi-

Cuando el segmento de la justicia actúa con receptividad frente a la diversidad, cuando su entramado se vuelve más flexible a lo diferente, uno de los poderes del Estado se acerca a través de sus reformas introduciendo rasgos que permiten ejercer el respeto y la tolerancia frente a las propias pautas culturales de los Pueblos indígenas.

nistrar justicia para todos sus ciudadanos, entre ellos los ciudadanos indígenas.

Este principio de igualdad –igual ciudadanía frente a la ley– indiscutible y pilar de los Estados modernos, no se respeta en la práctica con la misma fuerza que se predica en los diferentes foros. La igualdad se respeta cabalmente si se aplica –paradójicamente– de modo diferenciado. En el caso de los indígenas, hacer valer el principio de “aplicación de la ley de la misma manera para todos los habitantes” resulta en un trato discriminatorio y racista.

Comprender meditamente el párrafo anterior no es una tarea sencilla. Existe, en la práctica, inconciencia pero también responsabilidad frente al desconocimiento o ignorancia de las diferencias. Esto no puede dejar de señalarse: El Estado, fiel a las bases que lo nutren, debe hacer prevalecer en el juego democrático el principio de igualdad, principio que es aplicable a todos los ciudadanos y que debe ser entendido como aquel que respeta el ejercicio de todos los Derechos.

Las diferencias deben teñir toda la vida democrática. En el caso de los Pueblos indígenas, y concretamente alrededor de la administración de justicia, el Estado debe adoptar distintas vías para demostrar que es un Estado que respeta el principio de igualdad, que considera que todos los habitantes son ciudadanos, y que la diversidad forma parte de su entramado.

Estas vías pueden ser resumidas en:

1. reconocimiento de las formas de resolución de conflictos de los Pueblos indígenas.
2. incorporación a las normas oficiales de instituciones que contemplen la diversidad para respetar el principio de igualdad.
3. armonización de la legislación y adecuación de la práctica para la inclusión de los Pueblos indígenas en la administración de justicia.

Si el Estado cumple el desafío de articular estos caminos estará en condiciones de cumplir con los mínimos objetivos de democratización. Lo que pondremos de relieve en este trabajo es –dentro de estas diversas vías mencionadas, no exclusivas ni excluyentes– que en lo que atañe a las reformas procesales penales, el Estado puede enfatizar sus ejes democratizantes prestando especial atención a instituciones particulares que proporcionarían al indígena de un procedimiento acorde con su cosmovisión.

La administración de justicia se realiza tomando como parámetros algunos valores sociales, dinámicos y cambiantes, que forman parte y constituyen la cultura de cada uno de los Pueblos. Si admitimos que un Estado puede albergar a diversos Pueblos, y que los indígenas conforman uno de ellos, para realizar un tratamiento igualitario, y no considerar un valor más importante que otro, el Estado debe ser neutral respetando los valores de cada pueblo.

De estas afirmaciones se desprende fácilmente la necesidad de que el Estado, profundizando las relaciones de igualdad, considere las valoraciones sobre las que se asienta la cultura del Pueblo indígena de la misma forma que las que constituyen el resto de los pueblos (y quizás las valoraciones que forman parte de las concepciones de la mayoría).

Por eso, aunque ya hemos advertido que la solución a los problemas que plantean los Pueblos indígenas no pasa por el tema de las reformas judiciales y las reformas procesales penales, estas últimas pueden ser un instrumento notable para avanzar en su reconocimiento y su respeto.

Es dentro de este marco que debemos encarar el análisis de las reformas procesales penales. Sólo podemos considerar su importancia frente al respeto y protección de los Derechos de los Pueblos indígenas si evaluamos su incidencia frente a las culturas indígenas (en sentido amplio) como una forma de promoverlas y respetarlas, y no como un modo de intervención o de cooptación a un paradigma monocultural.

El Estado históricamente se ha visto tentado de uniformar lo diferente, con múltiples justificaciones de acuerdo al momento, pero con un ánimo simplificador que no es otra cosa que la demostración de su ineptitud para gestionar la diferencia. Afortunadamente, esta tendencia ha cambiado sobre todo influida por los movimientos sociales, por los movimientos indígenas, y por una mayor demanda de participación que se ha hecho sentir en todos los niveles⁶.

En el caso de los indígenas, hacer valer el principio de “aplicación de la ley de la misma manera para todos los habitantes” resulta en un trato discriminatorio y racista.

⁶ Éste es un análisis que peca tal vez de excesiva ingenuidad. Tengo un criterio ambivalente entre sostener la fuerza de los movimientos sociales que han logrado algunos objetivos, y reflexionar sobre la necesidad que tiene el Estado de dar cabida a la multiculturalidad como un modo de autolegitimación.

II. Transformaciones posibles y pendientes

1. Renovaciones institucionales

Junto al movimiento de reformas procesales penales que se llevaron adelante en gran parte de América Latina se adscribieron también cambios relativos a una armonización entre la administración de justicia penal y la administración de justicia indígena. La incorporación de mecanismos tendientes a respetar la diversidad plasmada en uno de sus aspectos relevantes, el de la resolución de conflictos, indica un avance al menos en materia discursiva.

Para ello, se han contemplado diversos modos de coordinar ambos sistemas de justicia, como ya ha sido señalado en la introducción. La inclusión del peritaje, la obligación de contar con un intérprete en el caso de que esté siendo procesado un ciudadano indígena, la extinción de la acción penal en los casos en que el conflicto ya haya sido solucionado por las autoridades indígenas, la existencia de defensorías especializadas. Una batería de medidas que apuntan a tender puentes pero que no pueden superar las deficiencias estructurales⁷.

Las renovaciones institucionales apuntadas despliegan cambios profundos en algunas concepciones. Si bien no significan una transformación de fondo, al menos son indicios claros de que los Estados en la actualidad dejan lugar a otras formas de administración de justicia que interpelan la idea clásica del monopolio por parte del Estado. Sin embargo, estos cambios –algunos ya incorporados en la normativa vigente, otros que todavía forman parte de proyectos– no modifican de por sí las prácticas instaladas, ni implica que mágicamente los operadores de justicia serán más sensibles a su ejecución.

Los Estados contruidos rígidamente van abriendo canales de participación que, en definitiva, amplía su base de sustentación incorporando nuevos actores sociales. Las instituciones se renuevan adoptando formas que permitan “gestionar lo público” desde otros espacios.

2. Cambios normativos: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas

En general las reformas normativas tienen sus límites en cuanto al avance que pueda realizarse en el efectivo respeto de los derechos indígenas. Si bien tanto las reformas constitucionales, como la legislación interna –que no sobresa por su abundancia– constituyen progresos frente al status que los Pueblos indígenas adquieren dentro de sus propios Estados, no tienen por sí solas la capacidad transformadora que requieren siglos de atraso.

No obstante, consideramos que la evaluación de estas dos últimas décadas en materia de Derechos indígenas y sus avances, en especial en cuanto a la legislación tanto internacional como constitucional, es positiva. No sólo se ha dado un giro radical en la normativa internacional con el Convenio 169 de la OIT, que aunque no sea vinculante, sí permite discutir desde otro lugar en los Estados que lo han ratificado.

Asimismo, los movimientos de reformas constitucionales se visualizan como lo suficientemente importantes para que se abran nuevas perspectivas a la vez que se constituyen como herramientas de reclamo para los Pueblos indígenas. Por último, también algunos Estados han promulgado⁸ o están discutiendo proyectos de ley de coordinación⁹, que mantienen vigente el debate, sustrayendo a los pueblos originarios del olvido.

Vale la pena destacar la promulgación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. La misma, aprobada en 2006, también señala un avance –otra vez en el plano normativo– de las políticas de reconocimiento de los pueblos originarios. Su articulado recoge gran parte de los derechos demandados por los pueblos indígenas, y establece una participación importante de éstos en la formulación de las políticas¹⁰.

No obstante haber recogido el amplio abanico de los derechos indígenas demandados por el movimiento indígena en general, y enfatizar princi-

⁷ Ver Ramírez, Silvina, “La Reforma procesal penal y los pueblos indígenas” en www.cejamericas.org

⁸ Caso de Chile con su ley indígena 19.253 de 1993.

⁹ Caso de Bolivia, que está trabajando en un proyecto de ley de coordinación desde 1997, con posibilidades de retomar su discusión en la actualidad.

¹⁰ El artículo 1 dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho internacional relativo a los Derechos Humanos.

palmente el derecho de los pueblos originarios a la tierra, territorio y recursos, lo cierto es que menciona escuetamente la cuestión de la administración de justicia. Así, su artículo 33 dispone la posibilidad de mantener sus “costumbres o sistemas jurídicos”, siempre supeditado a las normas internacionales de los derechos humanos¹¹.

De esta manera, y con una fórmula discutible, asemeja las costumbres a los sistemas jurídicos generando algunas distorsiones que afortunadamente la literatura sobre el tema ha clarificado¹². Por otra parte, y al condicionar su sistema de justicia a la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, genera un límite a la administración de justicia indígena también cuestionable desde un paradigma de respeto a la diversidad.

Por otra parte, si bien es destacable que luego de once años de trabajo finalmente se haya consensuado el contenido de la Declaración, es imperioso generar las vías adecuadas para que su contenido pueda implementarse. Caso contrario, el riesgo lo conforma la imposibilidad cierta de llevar a la práctica toda esta nueva normativa. El desafío, entonces, es “bajar a tierra” estos contenidos, lo que no significa que sea necesaria una nueva legislación secundaria en cada uno de los Estados, sino que es preciso generar las condiciones para que el contenido de la Declaración pueda aplicarse directamente.

3. Participación de las organizaciones indígenas: hacia nuevas prácticas

Por su parte, las organizaciones indígenas han adquirido un protagonismo indiscutible. La CONAIE en Ecuador, las autoridades mayas que se están reorganizando en Guatemala como lo es la OXLAJUV AJPOP, la CSUCTCB o la CIDOB en Bolivia son sólo ejemplos –con características muy disímiles, pero también con aspectos semejantes– de la articulación de las demandas de los pueblos originarios.

Es por ello que los Estados no pueden ya más ser indiferentes a sus reclamos. Y es también por esta causa que la conflictividad, que se hace más evidente a partir de la organización de los indígenas, tiene que ser gestionada ya sea a través de la negociación (y ésta incluye la promulgación de leyes), ya sea a través de imposiciones que van desde fallos adversos de la justicia hasta la persecución y la criminalización¹³.

Unos de los aspectos centrales de las demandas indígenas, que forman parte de lo regulado por los instrumentos internacionales pero que aún no logran un correlato con la realidad, lo constituye sin lugar a dudas el reclamo por sus tierras. El despojo al que fueron históricamente sometidos y un presente que también los arrincona por los intereses económicos que representan las tierras que demandan, genera una situación que muchas veces se vincula con la justicia penal, debido a que sus reclamos son rotulados, en el peor de los casos, como delitos y canalizados para ser resueltos en el ámbito de la justicia penal.

De ese modo, los mecanismos de la justicia penal son utilizados muchas veces para criminalizar una demanda genuina, sumado al rechazo político que provoca una redistribución de los territorios en litigio, lo que no configura el mejor de los escenarios para profundizar el diálogo y las participación.

No obstante, los movimientos indígenas y las organizaciones que los representan han encontrado, estratégicamente, en el ámbito judicial un espacio de lucha. Se percibe que una de las herramientas que puede proporcionar protección a sus derechos es, paradójicamente, la generada por los Estados y plasmada en los instrumentos internacionales.

...
al condicionar su sistema de justicia a la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, genera un límite a la administración de justicia indígena también cuestionable desde un paradigma de respeto a la diversidad.

11 El artículo 33 manifiesta: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

12 Es relevante diferenciar las costumbres de los sistemas jurídicos, principalmente porque las primeras siempre han sido tomadas como subordinadas y secundarias al sistema de justicia imperante en el Estado.

13 Sin ir más lejos, en Argentina un fallo adverso a indígenas mapuche, Atilio Curiñanco y Rosa Rúa Nahuelquir, en contra de la Empresa Benetton, tuvo en el 2004 amplia difusión. En cuanto a la criminalización, en la IX región de Chile se constatan persecuciones criminales, que tienen que ver con las políticas formuladas por el Estado chileno frente a los reclamos del pueblo mapuche.

III. Cambios de rumbo

1. Estado y Pueblos indígenas

La conformación de los Estados modernos, tal como los conocemos, fue en un inicio profundamente racista y no incluyó a los Pueblos indígenas en su noción de ciudadanía. Antes bien, o los asimilaron coactivamente o los exterminaron en procesos genocidas. El sistema colonial imperante fue impermeable a lo diferente y ese patrón se ha reproducido por siglos. Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los Estados empiezan una etapa de apertura hacia los Pueblos indígenas, y simultáneamente las organizaciones indígenas se vuelven cada vez más fuertes, presionando a los Estados para hacer valer sus derechos.

A pesar de que los Pueblos indígenas, como sujetos colectivos, se posicionan cada vez más como interlocutores del Estado, es también indispensable, con las potenciales distorsiones que provoca una generalización, mencionar la ausencia de políticas públicas estatales dirigida a éstos, en su condición de sujetos colectivos y sujetos políticos. Las acciones que se despliegan son esporádicas y fragmentarias y no responden a la necesidad de establecer una relación distinta, que incluya a los Pueblos indígenas en una agenda pública en la que no figuran¹⁴.

En cuanto a la administración de justicia, tampoco existe una política clara de los Estados para compatibilizar los diferentes sistemas de justicia. Si bien en algunos Estados se ha reconocido —en algunos casos después de múltiples debates— algunos mecanismos de coordinación ya mencionados, como la incorporación de peritos o de intérpretes en el proceso, y algunas fórmulas también incorporadas en los códigos procesales penales (la extinción de la acción penal, por ejemplo), todavía no se ha logrado plasmar con claridad lineamientos que partan de los distintos poderes del Estado para regular la resolución de los conflictos en los casos en que estén involucrados miembros de Pueblos originarios.

Deben formularse estrategias tendientes a introducir una batería de reformas que tengan un objetivo en conjunto, y que no se conviertan en medidas aisladas que no contribuyen a mejorar una relación históricamente instalada en la desconfianza entre el Estado y los Pueblos indígenas, y tampoco dejan sentada cuál es la política que establecerá el Estado para organizar la administración de justicia, a la luz de los tratados internacionales ya ratificados y en vigencia.

¹⁴ Para una discusión más amplia de estos temas ver: Ramírez, Silvina, *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006.

En definitiva, el cambio estructural de los Estados que demandan las nuevas relaciones con los Pueblos originarios exige mucho más que un cambio en la administración de justicia. No obstante, es importante provocar las transformaciones con líneas de acción diversificadas que sin duda incluyen la administración de justicia, y específicamente la justicia penal, pero que no se agotan en este ámbito, y que deben incluir reformas en los otros poderes del Estado, y sobre todo deben prever una reestructuración de las áreas más sensibles.

2. Políticas de Reconocimiento

En el contexto antes señalado, formular políticas públicas de reconocimiento que incorporen los contenidos de los instrumentos normativos internacionales y las constituciones nacionales es la gran deuda pendiente. Llevar adelante programas de redistribución de la tierra, de regularización de los títulos, generar espacios de respeto a una cultura distinta a través de la enseñanza en su lengua, por ejemplo, son acciones que esperan una planificación concreta.

Más allá de que los nudos problemáticos que aquejan a los Pueblos originarios y que esperan una pronta solución están identificados, y desde distintos sectores se acercan líneas de acción alternativas, el inmovilismo del Estado se hace más notorio. Es cierto de que debemos hacer algunas distinciones. Si bien en América Latina podemos hablar más que de políticas de reconocimiento de “políticas de invisibilización” de los Pueblos originarios, ésta es una afirmación general que luego debe ser reajustada Estado por Estado.

En la actual coyuntura, las políticas desplegadas por el Estado boliviano no son iguales que las pergeñadas por el Estado argentino. Tampoco puede asimilarse Guatemala a Colombia, principalmente en cuanto a las decisiones que se toman en el ámbito judicial. Existe, sin embargo, un común denominador entre todos los países del continente: la ausencia de acciones concertadas cuyo objetivo sea la inclusión de los Pueblos indígenas en términos de igualdad.

3. El sistema de justicia en la construcción de un nuevo Estado

Frente a un Estado que debe generar las condiciones de inclusión de los Pueblos indígenas (y como correlato, construcción de ciudadanía), y con su obligación (contraída por la ratificación de instrumentos normativos internacionales) de reconocer la administración de justicia propia de los

Pueblos, es que el sistema de justicia “oficial” debe adecuar sus contenidos para dar satisfacción a uno de los tantos requisitos que debe reunir básicamente un Estado multicultural.

En primer lugar, si bien el tema de este ensayo es la justicia penal, ésta corresponde a una clasificación occidental que no responde a la mirada de los Pueblos indígenas. Para éstos no existe una división tajante entre materias, por lo que sus modos de resolución de conflictos se alejan muchas veces de nuestras propias categorías.

En segundo lugar, las diferencias que existen entre Pueblos indígenas y la “sociedad occidental” también pueden establecerse entre las distintas etnias. No es lo mismo el pueblo mapuche que el pueblo guaraní, por ejemplo. Porque cada uno tiene una institucionalidad propia, una forma de organización y una estructura que le es propia. No obstante, por una forma de simplificación –y también por una tendencia reduccionista– hablamos siempre genéricamente de pueblos indígenas, Pueblos aborígenes o Pueblos originarios.

En tercer lugar, la justicia penal “occidental” ya ha dado muestras (tal como ha sido consignado en este trabajo) de que es posible encontrar vías de compatibilización y armonización. No sólo se han elaborado proyectos alrededor de la coordinación de ambos sistemas de justicia, sino que ya existen algunas normas e instituciones que apuntan a establecer una relación no conflictiva.

Sin embargo, lo que aquí sostengo es que independiente de los ajustes que puedan realizarse a los sistemas de justicia, se impone la renovación de toda la estructura estatal, que contempla al menos tres condiciones básicas:

1. Compartir sus funciones básicas (administrar, legislar, aplicar la ley) con otros sujetos, lo que interpela la concepción clásica de Estado.
2. Generar políticas públicas planificadas y discutidas con los otros sujetos colectivos (los Pueblos indígenas).
3. Arbitrar mecanismos concretos que permitan efectivamente proteger los derechos contemplados tanto en el Convenio 169 de la OIT, los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la recientemente promulgada De-

claración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Frente al sistema de justicia (y por ende, del sistema de justicia penal), no existen recetas mágicas ni ingredientes adicionales que añadir para que pueda formularse una política judicial concreta y transparente, que a la vez que reconozca sus derechos incluya a los Pueblos indígenas en las decisiones que les atañen. Las ideas ya han sido concebidas, discutidas, algunas puestas en práctica. Pero falta aún por parte de los operadores judiciales:

...
si bien el tema de este ensayo es la justicia penal, ésta corresponde a una clasificación occidental que no responde a la mirada de los pueblos indígenas. Para éstos no existe una división tajante entre materias, por lo que sus modos de resolución de conflictos se alejan muchas veces de nuestras propias categorías.

- Conocimientos, tanto jurídicos de la normativa internacional y nacional existentes, como fácticos, por lo cual deben interiorizarse de la situación real de los pueblos indígenas.
- Flexibilidad interpretativa, para adecuar el contenido de la ley a la realidad que regula.
- Sensibilidad frente a las consecuencias que generan sus propias decisiones.

Aunque los movimientos indígenas y las organizaciones que los representan desconfían –con razón– de los resultados que puede generar el litigio y la lucha en el espacio judicial, algunas experiencias nos demuestran que constituye uno de los caminos para obtener cambios que son fundamentales en la consecución de los derechos de los Pueblos originarios¹⁵.

IV. Palabras finales

Los Pueblos indígenas, a pesar de los avances y las innegables transformaciones que se han dado en el último medio siglo, principalmente en algunos países latinoamericanos, están lejos de entablar una relación armoniosa con el Estado.

Las razones son múltiples, pero fundamentalmente se deben buscar en los procesos históricos de conformación de los Estados, en las incoherencias que se van sumando a cada paso entre tratados internacionales y situación real de los Pueblos (en

¹⁵ Para ilustrar al respecto pueden citarse los casos de Guatemala, en donde el Convenio 169 de la OIT es utilizado por algunos de los jueces para fundamentar el reconocimiento de las decisiones de las autoridades indígenas; el caso de Bolivia, cuyo código de procedimiento penal incorpora una fórmula de extinción de la acción penal en los casos de resolución en las comunidades indígenas; en Colombia, donde el Tribunal Constitucional es ejemplo de decisiones paradigmáticas que protegen los derechos de los pueblos indígenas.

donde parece que se da una relación inversamente proporcional: a mayores derechos reconocidos normativamente, menor goce de dichos derechos, lo que se traduce en una pobre calidad de vida para los Pueblos originarios), y en procesos más recientes de globalización, en donde la multiculturalidad parece ser un ingrediente más de lo que se considera “políticamente correcto”, pero no modifica de fondo las políticas neo-liberales imperantes que no se caracterizan precisamente por honrar el principio de igualdad.

El sistema de justicia no es ajeno a todo esto. Forma parte de una de las políticas del Estado, la política judicial; mantiene el equilibrio entre los conflictos que se suscitan en una sociedad (conformada por indígenas y no indígenas); y a través de uno de sus brazos, la justicia penal, conserva determinados modelos de sociedad que responden a ciertas concepciones imperantes.

En este marco, y con las limitaciones ya señaladas, es pertinente preguntarse hasta dónde puede avanzar la justicia penal para generar transformaciones en las relaciones Estado – Pueblos indígenas, cuáles son las nuevas instituciones o los cambios necesarios para provocar estas transformaciones, y finalmente si es necesario delinear una estrategia que enfatice algunos de estos ejes transformadores, a fin de generar en un futuro no tan lejano condiciones de convivencia genuina, en donde la igualdad sea algo más que un principio rector de toda la normativa vigente.

Las respuestas no son unívocas y exigen un nivel de reflexión que va más allá de la descripción de algunos mecanismos concretos de articulación entre el sistema de justicia oficial y el sistema de justicia indígena. En primer lugar, el sistema de justicia puede ser una herramienta que no sólo trasmite respeto hacia otras formas de resolución de conflictos sino que se presente como un escenario en donde se diriman conflictos que afecten directa y funda-

mentalmente la vida de los Pueblos indígenas (por ejemplo, conflictos por el tema tierras, casos que se están discutiendo actualmente en el ámbito judicial). En el caso específico de la justicia penal, a la vez que también puede transmitir reconocimiento y respeto a las decisiones de las autoridades indígenas, puede convertirse o bien en un instrumento para la criminalización de demandas o bien puede mostrar sensibilidad frente a determinados procesos.

Por lo que sólo resta agregar que si bien las transformaciones de los Estados deben ser estructurales, y apuntan a una profundización de los derechos de participación de los Pueblos indígenas y a un fortalecimiento de su autonomía, podemos provocar cambios desde el sector justicia básicamente con ejecutar lo ya dispuesto por los tratados internacionales y las constituciones, y en segundo lugar aceitando los mecanismos de articulación ya concebidos y que no presentan especiales dificultades a la hora de ponerlos en marcha.

En el caso específico de la justicia penal, a la vez que también puede transmitir reconocimiento y respeto a las decisiones de las autoridades indígenas, puede convertirse o bien en un instrumento para la criminalización de demandas o bien puede mostrar sensibilidad frente a determinados procesos.

Después de largos años de debates alrededor de la problemática de los Pueblos indígenas y su relación con los Estados, luego de haber agotado la discusión alrededor de algunas ideas cuyo objetivo fue –y sigue siendo– alcanzar sistemas de justicia accesibles a todos los ciudadanos, no queda sino poner en práctica lo que ya ha sido definido por los nuevos actores, pergeñado por especialistas, aprobado por los legisladores, incorporado al material jurídico existente, y cuya concreción sigue siendo una deuda de los Estados.

De lo contrario, todos serán esfuerzos estériles que reproducirán modos de relacionamiento ya caducos, y que nos conducen a espacios de “no diálogo”. La justicia penal aún tiene una agenda pendiente para los Pueblos indígenas, una agenda que no deja lugar a equívocos y que transmite la necesidad de desplegar acciones concretas que acerquen posiciones y evidencien respeto “al otro”.

Dr. Fco. Javier Jiménez Fortea

Profesor Titular de Derecho Procesal
 Universidad de Valencia (España)

jiminezf@uv.es

El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa



In this article, the author argues that there are two major questions posed by the existence of rules for dispute resolution that are specific to indigenous communities from the procedural perspective. The first is the recognition and compatibility of indigenous and government “judicial orderings.” The second is the study of the mechanisms that indigenous communities use to resolve disputes, and whether or not one can speak of a true process in those cases. This issue involves addressing not only the disputes that are heard but also the officials who resolve them and the procedure that is followed.

1. Introducción

1.1 Justificación del tema

Debo reconocer que la primera vez que oí hablar del “derecho indígena”, proponiéndome trabajar sobre el mismo, pensé que estaban refiriéndose a una parte de la historia del derecho, aunque la condición de penalista de mi interlocutor y su trayectoria profesional no encajaban en una investigación meramente histórica¹. Una vez pasado el desconcierto inicial, y cuando me explicó con más detalle de qué se trataba, intuí que estábamos ante una cuestión jurídica de primer orden por los problemas que su reconocimiento y desarrollo plantean, pero sobre todo por su trascendencia futura, dada la fuerza y el auge del movimiento indígena en el mundo.

Soy consciente, sin embargo, de que para un investigador, sobre todo europeo, puede parecer a primera vista extraño el dedicar su tiempo y esfuerzo a algo como el “derecho indígena”, dado el —sólo aparentemente, como veremos— escaso o nulo reflejo

que en nuestra —o cercana— realidad jurídica tiene. Ahora bien, cuando uno se aproxima a esta materia y descubre que el número de indígenas en el planeta puede alcanzar los trescientos millones, repartidos en más de setenta países de los cinco continentes —incluyendo, por lo tanto, Europa²—, posiblemente el juicio inicial sobre la oportunidad de un estudio de esta naturaleza cambie.

Prueba del interés que este tema suscita en el mundo son la cantidad de instrumentos e iniciativas internacionales que se han llevado adelante. Destaca por su importancia, la atención que le han prestado instituciones como la OIT y la ONU³. La primera, a través de dos importantes tratados internacionales: El Convenio núm. 107, sobre Poblaciones indígenas y tribales en países independientes,

¹ La persona de quien hablo es el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valencia Emiliano Borja Jiménez.

² Hacer una enumeración de todos los pueblos indígenas sería muy largo. Pero sí que conviene dejar constancia de los que tenemos en nuestro continente, como los *inuits* en Groenlandia (Dinamarca) y los *samis* (laponés) en Noruega, Suecia, Finlandia y Rusia.

³ Por supuesto, la OEA también está interviniendo en este proceso de reconocimiento de la realidad indígena y, en concreto, lo ha hecho a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptando en 1997 un proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, actualmente en examen por los gobiernos de la Asamblea de esa organización.

aprobado en 1957 y ratificado por veintisiete países⁴ y el Convenio núm. 169, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en 1989 y ratificado por catorce países, el cual constituye el paradigma normativo en esta materia. La segunda, por medio de la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como de un Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el nombramiento de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, la declaración del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo 1995-2004, la aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Durban en 2001 y, especialmente, la elaboración de un Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas, por desgracia todavía sin aprobar.

Pero sobre todo, como veremos, lo que subyace en el fondo de este fenómeno es la diversidad cultural y los problemas que ésta provoca, entre los que se encuentra la necesidad o no de reconocer el pluralismo jurídico. Europa no es –no puede serlo– ajena al mismo, si tenemos en cuenta que, desde la década de los ochenta y noventa, se está produciendo una inmigración masiva de personas, cuyo sistema de valores, religión y costumbres son muy diferentes a las nuestras y con las que todos hemos de convivir. Países como Alemania, Francia, Suiza, Bélgica, Reino Unido, Holanda, Italia y España, entre otros, están sufriendo una transformación social muy rápida, no exenta de conflictos y problemas muy diversos, entre los que los jurídicos no son los menos importantes⁵.

Es cierto que se han producido situaciones de asimilación de la cultura dominante sobre las recién llegadas, pero este proceso empieza a cambiar, en la medida que el número de los que vienen es cada vez mayor y ya no vienen solos, sino que lo hacen

con sus familias, lo que les garantiza una renovación generacional. Un hecho, que va a ser patente a la vuelta de unos años en países como España, que sigue teniendo la tasa de natalidad más baja de Europa. También es cierto, sin embargo, que otros colectivos de inmigrantes han sido menos permeables y han preservado fuertemente sus costumbres –caso de los de origen chino y musulmán–. Asimismo, existe en Europa un pueblo, el gitano o romaní, que se extiende por varios países y que tiene también su cultura y sus propias reglas de vida, las cuales chocan en ocasiones con las de la mayoría⁶. Así las cosas, el multiculturalismo es hoy por hoy una realidad que debemos asumir, queramos o no⁷. Analizar, por consiguiente, cómo han afrontado y afrontan este fenómeno otros países puede ayudarnos a resolver algunos de nuestros problemas actuales y futuros⁸.

...
lo que subyace en el fondo de este fenómeno es la diversidad cultural y los problemas que ésta provoca, entre los que se encuentra la necesidad o no de reconocer el pluralismo jurídico. Europa no es (...) ajena al mismo, si tenemos en cuenta que, desde la década de los ochenta y noventa, se está produciendo una inmigración masiva de personas, cuyo sistema de valores, religión y costumbres son muy diferentes a las nuestras y con las que todos hemos de convivir.

1.2 Delimitación del objeto de estudio

Las cuestiones que el “derecho indígena” plantea constituyen un auténtico reto para cualquier jurista que quiera acercarse con un mínimo de rigor. En primer lugar, porque exige un tratamiento interdisciplinar, y no sólo entre distintas ramas del derecho, sino también con otras ciencias como la antropología, la filosofía, la sociología o la política. En este sentido, es cierto que la mayoría de los fenómenos sociales, sino to-

4 Como complemento de dicho Convenio, la OIT aprobó en la misma sesión la Recomendación 104, sobre Poblaciones indígenas y tribales.

5 Una muestra de esos conflictos culturales son, por ejemplo, la ablación practicada por algunos musulmanes, la llamada “ley del velo” francesa, el carácter monogámico que el matrimonio tiene en nuestra cultura frente a la poligamia que permite la musulmana, o la excepción que en las normas de circulación ha tenido que aprobar el Reino Unido para garantizar que los indios puedan viajar en moto sin ponerse el casco, porque ello les obligaba a quitarse el turbante que cubre sus cabezas.

6 Sólo en España, su número alcanza el medio millón y en Europa se calcula que ronda los 10 millones, de los cuales 3 millones estarían en Rumanía; un país, por cierto, que en breve formará parte de la UE. En el resto del mundo, se estima que hay repartidos 2 millones más.

7 Ahora bien, asumir no significa hacerlo acriticamente, como si de una moda se tratara; todo lo contrario. Considero absolutamente imprescindible una reflexión seria y continuada en el tiempo sobre este fenómeno, que creo que es –y será– uno de los más importantes de este siglo. La globalización, las migraciones, el valor de los derechos humanos y su concreción, el concepto de ciudadanía, el respeto a las minorías, o la supuesta igualdad de todas las culturas son algunos de los elementos íntimamente unidos a la multiculturalidad y no cabe duda de que cada uno de ellos nos plantea importantes retos y exige respuestas.

8 No es de extrañar, por consiguiente, que el Ministerio de Ciencia y Tecnología español concediera hace casi tres años un proyecto de investigación I+D con el título “Diversidad cultural: conflicto y derecho”, cuyo investigador principal es el profesor Borja arriba citado y en el que yo participo junto con otros profesores de diferentes disciplinas jurídicas: penal, laboral, constitucional, y filosofía del Derecho. Este trabajo, de hecho, se realiza en el marco de dicho proyecto.

dos, es conveniente abordarlos desde la multidisciplinariedad para su mejor comprensión, pero sólo en unos pocos se hace imprescindible, y éste es uno de ellos. Para entender esta afirmación, bastaría con leer algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana donde se ve claramente la interrelación existente en esta materia. Por ejemplo, que este tribunal llegue a la conclusión de que la pena de flagelación a una persona con “perrero de arriar ganado” en la parte inferior de la pierna es “un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía” y que considere “que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura”⁹, sólo es posible si el bagaje intelectual que los jueces utilizan para dictar esas sentencias va más allá del derecho positivo.

En segundo lugar, supone también un reto debido a la escasez de trabajos estrictamente jurídicos, así como de una información exhaustiva y sistematizada de la vida y experiencias de las comunidades indígenas, por el hecho de que históricamente se les ha dado la espalda, al pensar erróneamente que únicamente constituían un vestigio de épocas pasadas condenadas a la desaparición y al olvido. Pero también, y más grave, porque durante siglos se les ha explotado, marginado, engañado e incluso exterminado en nombre de una cultura y/o una economía únicas y excluyentes. Una situación, hay que decirlo, que ha empezado a cambiar por el auge y la fuerza con que, desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, está actuando el movimiento indígena, en particular en América Latina¹⁰.

En tercer lugar, y aunque luego se verá con más detalle esta cuestión, no estamos ante un cuerpo legal uniforme, en la medida en que cada comunidad indígena tiene sus propias reglas –normas–. Unas reglas, además, que no son inmutables, sino que han variado y continúan haciéndolo como cualquier ordenamiento jurídico, bien por evolución propia o por influencia de otros, a lo largo de la historia de cada una de esas comunidades.

Precisamente, todas estas consideraciones nos llevan al problema de la delimitación del trabajo.

En este sentido, pensamos que son dos las grandes cuestiones que, desde una perspectiva procesal, plantea la existencia de unas reglas indígenas propias, diferentes de las del Estado, para la solución de sus conflictos: La primera, la del reconocimiento y, en su caso, compatibilidad de los “ordenamientos jurídicos” indígena y estatal, y la segunda, el estudio de los mecanismos que las comunidades indígenas utilizan para la solución de sus conflictos, y si de entre éstos es posible hablar de la existencia de un verdadero proceso. Esta última cuestión, supone abordar además las clases de conflictos de los que conocen, las autoridades que los resuelven y el procedimiento que siguen para solucionarlos.

Como el título del trabajo indica, nosotros vamos a centrarnos en la segunda cuestión, sin perjuicio de que diremos algunas cosas de la primera, para tenerlas como ideas de fondo y conocer mejor este fenómeno. Además, los conflictos a los que nos vamos a referir únicamente son los que se producen entre sus miembros en el interior de la comunidad y sólo los que suponen la infracción de los bienes que cada Pueblo indígena considera esenciales. Es decir, aquéllos que en el derecho occidental denominaríamos “penales”. Teniendo en cuenta, que la justicia que aplican estos pueblos no se hace al margen del mundo ritual y religioso que recorre toda su vida¹¹, así como que las categorías “civil” o “penal” que utilizamos y, en general, las instituciones jurídicas occidentales y sus presupuestos, no son aplicables estrictamente al “derecho indígena”. Pero si lo hacemos, es porque a nosotros y a quien va dirigido este trabajo puede ayudarnos a comprender mejor de qué estamos hablando¹².

...
durante siglos se les ha explotado, marginado, engañado e incluso exterminado en nombre de una cultura y/o una economía únicas y excluyentes. Una situación, hay que decirlo, que ha empezado a cambiar por el auge y la fuerza con que, desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, está actuando el movimiento indígena, en particular en América Latina.

¹¹ Este aspecto es importante no perderlo de vista, por cuanto lo mágico tiene una gran influencia en la vida indígena, más fuerte cuanto menos contacto con otras culturas. Así, por ejemplo, es común comenzar cualquier acto social, familiar, político o jurídico “tomando” coca o fumando un cigarro. Existen muchos ritos cuya finalidad es hacer tangible en la vida real, cotidiana, otras realidades o esferas, como la de los difuntos, los santos, las deidades o la naturaleza. De hecho, no es extraño que el “chamán” –el cual adopta diversos nombres en los diferentes pueblos e, incluso, según la función que desempeñe (cantor, sacerdote, curandero o enterrador)– ejerza funciones mediadoras o juzgadoras en las comunidades.

¹² En este sentido, pero aplicándolo al Derecho Procesal, compartimos plenamente la posición de BORJA JIMÉNEZ (*Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, inédito, págs. 3-5), que afirma que “si en ocasiones, no obstante, utilizo conceptos y principios clásicos del Derecho Penal, no es por desconocimiento de esta realidad, sino por varias razones que justifican sobradamente esta forma de proceder, y que ahora voy a concretar tan sólo en dos de ellas.

⁹ Sentencia 523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰ Piénsese, entre otros acontecimientos, en Chiapas (Méjico), en la influencia indígena en el proceso constituyente de Ecuador o, más recientemente, en las revueltas indígenas de este mismo país y en Bolivia que han forzado importantes cambios políticos, incluso en la presidencia de la república.

En concreto, nuestra labor se ha circunscrito a América latina y a una selección de comunidades originarias, que ha venido impuesta por el trabajo de campo realizado por algunos de los miembros del equipo del proyecto de investigación del que formo parte¹³, añadiendo a ello la información obtenida por la bibliografía a nuestro alcance y cuya referencia se hace al final. Los países analizados en ese trabajo de campo son: Ecuador, Guatemala, Costa Rica, Colombia, Bolivia y Brasil. Y en cuanto a los Pueblos indígenas visitados en esos países han sido los záparo, maya, bribri, kogis, muiscas, quechua, aymara, pankarará, fulni-ó, xucurú y potiguara¹⁴. Hay que advertir, no obstante, que el objetivo principal de este estudio no es hacer una descripción de cada uno de los procedimientos que aplican —lo que podría ser objeto de otros trabajos—, sino demostrar que estamos ante un auténtico “derecho procesal” y establecer el “proceso indígena” tipo, lo que podríamos denominar su “morfología”, partiendo de las

similitudes que se pueden observar en los distintos procedimientos¹⁵.

Para terminar esta delimitación, es importante aclarar que, a pesar de que no existe una definición en el derecho internacional de “pueblo, comunidad o nación indígena”¹⁶, siguiendo a la Comisión de

La primera razón obedece a la utilización del estilo literario en la expresión de las ideas, sean éstas orales o escritas. Cuando examino un caso en el que se ha perpetrado una violación, podré referirme a este grave atentado como “infracción”, como “agresión”, pero si me faltan sinónimos, como “delito”. Aquí el término delito no necesariamente será contemplado como acción típica, antijurídica, culpable y eventualmente punible. Hará referencia a ese grave atentado producido en los bienes más elementales de una persona (su libertad sexual), y en la fuerte conmoción de la convivencia social que ello representa. Por eso no evadiré utilizar los términos delito, pena, proceso, etc. Tan negativo y artificial sería hacer sólo referencia a ellos (incurriendo en reiteraciones absurdas que rompería toda proyección de estilo, además del error de la equiparación ya mencionado), como utilizar todos los sinónimos posibles, evitando toda manifestación de estos términos (...). Desde una segunda consideración, cuando el jurista examina los mecanismos de resolución de conflictos que se utilizan en los pueblos originarios, puede utilizar su esquema conceptual para explicar la realidad que analiza. Especialmente cuando estudia el fenómeno desde la óptica de su ciencia, siendo consciente de que los presupuestos son distintos, como es aquí el caso, puede describir y explicar a la comunidad científica a la que dirige sus observaciones utilizando el aparato terminológico propio de su disciplina (...). Esto es lo que hacen, entre otros, antropólogos, psicólogos y politólogos cuando analizan diferentes aspectos del indigenismo, y nadie critica entonces que se recurra a conceptos e instituciones propias de su saber. No ha de preocuparnos entonces que el jurista actúe del mismo modo, siempre que conozca que la realidad y la forma de establecer la responsabilidad es bien distinta de la que acontece en el sistema del que él procede”.

13 Como ya se ha dicho, el Proyecto lleva por título “Diversidad cultural: conflicto y derecho”, y su referencia es: BJU 2001-2939.

14 Parte de este trabajo de campo realizado por el profesor Emiliano Borja ha sido recogido en unas cuarenta horas de grabación recogidas en cintas magnetofónicas, que posteriormente han sido digitalizadas en un Cdrom. Por otro lado, se han realizado los trámites oportunos para su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, para posteriormente ponerlo a disposición de la Biblioteca de la Universidad de Valencia y que pueda ser consultado por todos aquellos investigadores que lo precisen. Más adelante, está previsto que el restante material grabado y en el que han contribuido, además del ya mencionado, los profesores Fernando Flores y Max Maureira, se ponga también a disposición de la comunidad científica.

15 Con todas las salvedades y matices que se quiera, esta extrapolación es posible si se tiene en cuenta que las experiencias y los problemas de los pueblos indígenas en este punto de la “administración de justicia” son comunes, incluso entre los que pertenecen a continentes distintos. Algo, que pude constatar personalmente cuando acudí, en calidad de observador, al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cooperación con la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España y celebrado en Madrid los días 12 a 14 de noviembre de 2003.

Se trataba del primer seminario de estas características que se organizaba sobre derecho indígena y obedeció al interés del “Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas” nombrado por la ONU, Rodolfo Stavenhagen. Según sus palabras, cuando en 2001 le fue encomendada “la tarea de sensibilizar la conciencia internacional sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas” se dio cuenta de que, aparte de las visitas a los países con comunidades indígenas y de la información que recibe por distintos cauces, para abarcar todas las cuestiones era necesario la realización de un “seminario de expertos que permitiese discutir la temática con representantes indígenas de todo el mundo”. Los objetivos de esta reunión, en la que estuvieron más de ochenta personas de todo el mundo entre expertos y observadores, eran, partiendo de la experiencias en los distintos países, analizar, por un lado, la discriminación en el acceso a la justicia y las medidas adoptadas para asegurar la igualdad, el respeto de las garantías individuales y la diferencia cultural y, por otro, la convivencia de los sistemas de justicia indígena y los sistemas de justicia y el derecho positivo tradicionales. Todo ello orientado a extraer conclusiones que pudieran ayudar a elaborar el “Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, todavía en discusión.

16 Somos conscientes de que las expresiones “pueblo” o “nación” son problemáticas en la medida que su afirmación como tales podría llevar a un supuesto derecho a la autodeterminación de los mismos. Precisamente esta cuestión es una de las que está impidiendo el que se haya llegado a un consenso en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas. La razón es obvia, la inquietud de los gobiernos cuyos Estados están integrados por importantes poblaciones indígenas, que ven peligrar su soberanía política e integridad territorial, pero también por las implicaciones que suponen de cara al reconocimiento de derechos colectivos, propiedad de las tierras y de los recursos naturales. Algo, desde luego, a lo que no es ajeno el movimiento indigenista, si bien en algunos casos se plantea más que como autodeterminación, como una autonomía.

Nosotros, en cualquier caso, las vamos a utilizar en el sentido expresado en el texto sin extraer consecuencias políticas ulteriores. Asimismo, somos también conscientes de que los términos *pueblo* o *comunidad* no son equiparables, siendo el primero más amplio, en la medida que puede abarcar organizaciones supra-comunales, grupos étnicos extensos, federaciones o pueblos no contactados. Pero ello no ha de significar una diferencia en la consideración jurídica, negándole derechos a las *comunidades* por no constituir en la actualidad *pueblos*, ya que “la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios (...) la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (...)”, las

Derechos Humanos de Naciones Unidas y a sus órganos subsidiarios, así como al Foro Permanente para las cuestiones indígenas también de Naciones Unidas, entendemos por tales “los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”¹⁷.

...
sólo en América Latina, el veinticinco por ciento de la población que vive en una situación de extrema pobreza pertenece a Pueblos indígenas. Y esta proporción es mayor en países con un alto porcentaje de población originaria como Bolivia, Guatemala, México o Perú, pero también en países muy desarrollados como Canadá.

estructuras de poder supracomunal, y el hecho mismo de auto-denominarse indígenas” (YRIGOEYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, Ponencia presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita, págs. 6-7).

Nosotros, por nuestra parte, vamos a utilizar indistintamente uno y otro término.

- 17 Insistimos en que ésta no es una definición oficial de Naciones Unidas, aunque es la que propuso uno de sus Relatores Especiales, José Martínez Cobo. La razón de esta falta de conceptualización se encuentra en que, a pesar de que los pueblos indígenas están interesados en que se les reconozca un estatuto propio que dé satisfacción a su problemática específica, y se les diferencie de las “minorías nacionales, étnicas, religiosas, o lingüísticas”, las cuales tampoco están definidas, a ambos les beneficia “caminar” juntos, ya que ello les otorga mayor peso en el debate político internacional. Excluir a las minorías o mantener la posición actual, que sí las incluye, significa reducir o no el número de indígenas en el mundo en alrededor 150 millones de personas. En este sentido, el artículo 1 del Convenio número 169 de la OIT, arriba mencionado, los diferencia conceptualmente pero establece su aplicación a los dos colectivos. Para más sobre este asunto, ver GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 13-30.
- Concretamente, el Convenio habla de: “a)... los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b)... los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

2. La situación del indígena en el sistema de justicia penal estatal

La situación de los indígenas en el sistema de justicia penal estatal es consecuencia de su situación social y política. Socialmente¹⁸, hay que partir del dato de que, sólo en América Latina, el veinticinco por ciento de la población que vive en una situación de extrema pobreza pertenece a Pueblos indígenas. Y esta proporción es mayor en países con un alto porcentaje de población originaria como Bolivia, Guatemala, México o Perú, pero también en países muy desarrollados como Canadá. Todos los indicadores de desarrollo humano, como la mortalidad infantil, la esperanza de vida, el acceso a la sanidad¹⁹ o la educación²⁰ ponen de manifiesto un nivel de vida en muchos casos de auténtica necesidad²¹. Y como suele ocurrir siempre que existe pobreza, son dos los colectivos especialmente vulnerables: los niños y las mujeres²². No se trata, además, de una situación coyuntural, sino que su carácter crónico apunta a que es estructural. En cuanto a las causas de esa pobreza, es importante señalar que son de tipo cultural, económico y político, directamente relacionadas con la

18 Seguimos aquí a KEMPF, I., *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, ed. Centro de Investigación para la Paz (Madrid), noviembre de 2003.

19 A lo que contribuye la dispersión, aislamiento o inaccesibilidad de los asentamientos de las comunidades indígenas, pero también son reales la escasez de médicos y personal preparado, su concentración en las zonas urbanas y la falta de incentivos para atender a los indígenas en sus lugares de origen, los problemas de coordinación institucional y las barreras culturales y lingüísticas.

20 En educación los problemas son ingentes: insuficiencia de centros, prevalencia de las escuelas unidocentes y multigrado, baja cualificación de los docentes, el trabajo infantil y juvenil que impide una asistencia regular, desvalorización de las lenguas indígenas, falta de participación de los progenitores y las comunidades en el diseño de la política educativa y, sobre todo, una educación orientada a la asimilación.

21 A ello hay que añadir un elevado índice de suicidios, en especial entre adolescentes y jóvenes menores de veinticinco años, una alta tasa de violencia doméstica, migración, desplazamientos forzados, o problemas de vivienda.

22 Sobre la situación de los niños indígenas, puede consultarse la Memoria del “Encuentro subregional sobre niñez y juventud indígenas”, organizado por UNICEF-Fundación Rigoberta Menchú-FLACSO Ecuador, los días 12 y 13 de junio de 2001 en Quito (Ecuador). Y para la de las mujeres, entre otros, puede acudirse a los siguientes libros: VARIOS, *Mujeres contra corriente: voces de líderes indígenas*, Ecuador, 1998; DEERE, C.D. y LEÓN, M., *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, ed. FLACSO/PUEG, México, 2000; TENE, C., “Ruptura de la exclusión de mujeres indígenas”, en VARIOS, *Mujer: participación y desarrollo*, ed. CORDES, Quito (Ecuador), 2000.

negación de sus derechos, en particular del derecho a la tierra y el control de los recursos naturales²³.

Políticamente, la realidad de los Pueblos indígenas es extraordinariamente compleja, fruto de una historia difícil y complicada. En el caso de Latinoamérica, desde el primer contacto con los conquistadores hasta nuestros días, su *status* respecto a la población dominante ha ido variando con los años, pasando por etapas de segregación, otras de asimilación, más tarde de integración y finalmente, y sólo respecto de algunos pueblos y en algunos países, de reconocimiento y respeto pleno de su identidad²⁴. La pugna entre una concepción del Estado como Estado-nación, monocultural, y otra como Estado-pluralista, multicultural, marca la diferencia en el momento actual. En el epígrafe siguiente ahondaremos en esta idea.

Mientras tanto, a lo largo de este tiempo, ha habido pueblos que han desaparecido y otros que están a punto de hacerlo²⁵. Las luchas fraticidas, los conflictos armados, la colonización de sus territorios sin respeto a los derechos ancestrales, la explotación de los recursos naturales sin tener en cuenta el medioambiente²⁶ —la mayoría de las veces por empresas multinacionales extranjeras con la aquiescencia de los gobiernos—, ha provocado la deforestación, la contaminación de las aguas y la destrucción de los sistemas tradicionales de subsistencia de los pueblos indígenas, y consiguientemente su desplazamiento —o desaparición—, resintiéndose o incluso llegando a perder su identidad (cultura, costumbres, religión, lengua, etc.), sobre todo cuando se han visto obligados a ir a vivir a los centros económicos urbanos²⁷. A todo

... hay que añadir el desprecio que la cultura "oficial" ha hecho de la "indígena", calificándola de "inferior" y poco pragmática, lo cual ha llevado a que muchos indígenas hayan rechazado su condición de tales y sentido la necesidad de asimilarse, a lo que ha contribuido sin duda la falta de empleo y de recursos económicos.

esto, hay que añadir el desprecio que la cultura "oficial" ha hecho de la "indígena", calificándola de "inferior" y poco pragmática, lo cual ha llevado a que muchos indígenas hayan rechazado su condición de tales y sentido la necesidad de asimilarse, a lo que ha contribuido sin duda la falta de empleo y de recursos económicos. A pesar de ello, el proceso, como ya dijimos, está invirtiéndose y desde hace unos años existe un movimiento muy importante de revalorización de la vida y cultura indígenas, así como una reivindicación de sus derechos políticos, sociales y económicos²⁸.

Partiendo de esa situación social y política, no debe extrañar que exista una "sobre representación" de indígenas en los sistemas de justicia penal estatal y que sean las mujeres y los niños los que con mayor frecuencia se conviertan en las víctimas de los crímenes y la violencia²⁹. En los países con población originaria sus cárceles tienen entre un setenta y cinco y un noventa y cinco por ciento de indígenas encerrados³⁰, según la proporción de que a mayor población indígena mayor población reclusa de ese origen. Las cárceles, además, están lejos de sus comunidades, lo que acrecienta el desarraigo pero, sobre todo, es una sanción que no se comprende en la cosmovisión indígena, que sólo utiliza la privación de libertad como medida cautelar y por muy poco tiempo. En este sentido,

serva para las generaciones venideras, constituye para los pueblos indígenas un artículo de fe. Por ello la tierra desempeña un papel irremplazable en sus creencias y en su prácticas religiosas".

Y ha sido precisamente en este punto, el de la tierra —y el de la explotación de sus recursos—, donde políticamente peor han sido tratados estos pueblos. En todo el mundo, los gobiernos unas veces "simplemente" han ignorado su existencia, otras los han tolerado pero sin reconocerles la propiedad de la tierra y, si lo han hecho, la han anulado cuando intereses "nacionales" así lo han exigido, llegando incluso a realizar desplazamientos forzados de poblaciones enteras. Junto con lo anterior, muchos gobiernos ha aprobado normas que regulan su actividad —ancestral—, limitándoles la explotación de los recursos agrícolas, forestales o animales, lo que les ha llevado al "estrangulamiento" económico y muchas veces a la cárcel, por el incumplimiento de las restricciones (*Op. cit.*, págs. 67-68).

28 GÓMEZ DEL PRADO, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, cit., págs. 63-64.

29 Lo que vamos a comentar a continuación se ha obtenido de la documentación entregada y de los testimonios recogidos en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, celebrado en noviembre de 2003 en Madrid, y que ya hemos mencionado.

30 En Nepal, por ejemplo, los indígenas constituyen el 75 % de la población reclusa, el 80% en Australia, y en Canadá en las cárceles de mujeres el 94 % son indígenas.

23 Para el desarrollo y concreción de estas causas, así como de algunas propuestas de solución, ver KEMPF, I., *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, cit., págs. 6 y ss.

24 Aunque referido a Guatemala, pueden verse desarrolladas estas etapas en YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, págs. 46-51.

25 Es el caso de los ayoreo en Paraguay (vid. al respecto Suplemento Aula de El Mundo de 26 de febrero de 2003), o los *pacahuara*, los *araona* y los *guarasugue* en Bolivia (vid. especial de El Deber, Santa Cruz de la Sierra, de 28 de agosto de 2004).

26 Hay que tener en cuenta que el setenta por ciento de la biodiversidad mundial se encuentra en territorios indígenas.

27 Afirma GÓMEZ DEL PRADO (*Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, cit., pág. 64), que "la tierra constituye un núcleo de valores espirituales y materiales particularmente importante para los pueblos indígenas. En ella encuentran los elementos esenciales de su cosmología. De la tierra emana la vida y la sabiduría. El disfrute colectivo de lo que la tierra ofrece, un bien inalienable que no se *posee* sino que se *pre-*

son unánimes los testimonios de dirigentes indígenas que consideran que las cárceles no “curan” al que encierran, sino que lo “pervierten”, iniciándolo en toda clase de “vicios”, haciendo más difícil su reintegración en la comunidad después de su paso por esta experiencia³¹. A lo que hay que añadir la situación estremecedora de la mayoría de las cárceles latinoamericanas donde existe hacinamiento, corrupción, tráfico de drogas y violencia³². Algo que en el caso de las de mujeres es especialmente grave, porque muchas son madres y sus hijos pequeños están con ellas en la cárcel³³.

En cuanto al catálogo de delitos por los que son encerrados los indígenas, como se puede imaginar, es muy variado, pero priman los relacionados con las drogas. El alcohol está también muy presente y muchos de los delitos de homicidios, lesiones, violencia doméstica, o agresiones sexuales se producen bajo los efectos de la embriaguez. Por otro lado, existe en los centros urbanos un importante número de menores indígenas integrados en bandas de delincuentes juveniles con todo lo que eso supone³⁴. Como puede observarse, un panorama ciertamente desolador, propio de las clases más desfavorecidas.

A los anteriores, hay que añadir otra clase de delitos en los cuales los indígenas no tienen conciencia de haber cometido ilícito alguno y que obligan al Estado a posicionarse sobre el hecho de la interculturalidad. Por ejemplo, la tala de un árbol o el cazar una especie animal, que el Estado ha declarado protegidos, pero que una comunidad indígena siempre ha utilizado para su subsistencia; el procesamiento de un consejo de ancianos por usurpación de fun-

ciones jurisdiccionales que, según el ordenamiento jurídico estatal, sólo le competen a éste; los casos en los que, en aplicación de sus normas ancestrales, han castigado a alguien, ajeno o no a la comunidad; o aquéllos en los que los han acusado de abuso sexual, porque las normas estatales establecen una edad mayor para casarse, etc. En todos estos supuestos, las soluciones que se han aplicado varían de unos países a otros, dependiendo de su sensibilidad y reconocimiento de la realidad indígena. En concreto, han ido desde juzgarlos y condenarlos a la cárcel sin tener en cuenta su condición de indígenas con las consecuencias antes apuntadas, a considerarlos, desde el punto de vista jurídico-penal, inimputables por un supuesto error de comprensión culturalmente condicionado o por diversidad sociocultural y cuya consecuencia es la reintegración a su medio cultural propio.

En cuanto a los procesos penales seguidos contra indígenas, su situación es claramente discriminatoria en el sistema de justicia estatal. En primer lugar, por la ubicación física de los tribunales, los cuales normalmente están lejos de las comunidades indígenas y, como se sabe, las dificultades de transporte son importantes y generalizadas en toda Latinoamérica. En segundo lugar, porque muchos indígenas sólo conocen su lengua y en los órganos judiciales no existen traductores suficientes y/o bien preparados³⁵. En tercer lugar, porque los jueces no conocen ni están sensibilizados con el mundo indígena y los órganos de gobierno de los mismos no se preocupan de formarlos en esta realidad³⁶. Lo mismo que ocurre con el personal auxiliar y colaborador de la justicia: funcionarios, fiscales, policía y abogados, en especial los de oficio. Por último, por una serie de razones que, aunque son aplicables a todos los ciudadanos, adquieren proporciones más preocupantes en el caso de los indígenas, como el alto coste de los procesos, el hecho de que la gratuidad no esté garantizada, la extensión de la corrupción –como el pago de “coimas”–, así como la existencia de frecuentes dilaciones indebidas en la administración de la justicia.

Para afrontar estos problemas, se han propuesto diversas medidas de mejora del sistema estatal como la aplicación de programas sociales específicos para los indígenas; la creación de “traductores” culturales y/o programas de formación, que ayuden a los indígenas a comprender el sistema de justicia estatal; la capacitación de jueces, fiscales y policía en la realidad indígena y especialmente en su lengua; la in-

31 Por ejemplo, en la pena de cepo que aplican algunas comunidades, llama la atención que su aplicación lo sea por unas horas, con la idea de que el condenado sea visto por todos, pero sobre todo que él mismo vea a su familia, pueda hablar con ellos e incluso llegue a trabajar ciertas horas para su mantenimiento. De esta manera, se evita el desarraigo y se favorece la reintegración.

32 Por supuesto, la condición de indígena no es, en absoluto, tenida en cuenta en el régimen interior del centro penitenciario, dándose casos en los que se les prohíbe incluso realizar sus ritos religiosos.

33 Además, a diferencia de los hombres, a los cuales sus familias y comunidades los apoyan cuando ingresan en prisión, cuando una mujer es encarcelada, simplemente todos la abandonan. Por otro lado, en México se ha constatado que en el noventa y cinco por ciento de los centros penitenciarios no existe separación entre hombres y mujeres, llegándose a dar casos incluso de redes de prostitución en el interior de las cárceles. Vid. al respecto, ESPARZA, M., *Between a Rock and a Hard Place: Indigenous Women Incarcerated in Oaxaca, México*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita.

34 Por ejemplo, en Australia el cuarenta y dos por ciento de los delincuentes juveniles son indígenas (JONAS, B., *An overview of the current status in addressing Indigenous peoples contact with criminal justice processes in Australia*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita).

35 Por ejemplo, en Marruecos, los *amazigh* hablan un dialecto marroquí, sin embargo la administración de justicia estatal se imparte en árabe clásico.

36 Eso sin mencionar la necesidad de reformar y actualizar el ordenamiento jurídico a la realidad multicultural.

tervención de “peritos culturales”, que les asistan en sus funciones³⁷; el acercamiento de las sedes de los órganos judiciales a los territorios indígenas; la realización de reuniones entre jueces estatales y autoridades indígenas, que promueva el intercambio de ideas y la comprensión mutuas; la incorporación de defensores de oficio indígenas, así como de policías y funcionarios –judiciales y de prisiones– también indígenas; la búsqueda de alternativas a la prisión, en particular en el caso de los niños y las mujeres; y que no se aplique la prisión como medida cautelar, salvo como último recurso. Asimismo, hay países que están potenciando las ADR³⁸ e, incluso, algunos han creado tribunales mixtos, formados por indígenas y jueces nacionales³⁹.

Sin embargo, con ser estas medidas convenientes, salvo las dos últimas⁴⁰, no es esto lo que quieren los Pueblos indígenas. En realidad, a lo que aspiran es a un nuevo concepto de “acceso a la justicia”, articulándolo a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de

... a lo que aspiran es a un nuevo concepto de “acceso a la justicia”, articulándolo a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de los derechos indígenas. Y entendiendo por tal, el “acceso a mecanismos eficaces de resolución de conflictos y protección de derechos, adecuados lingüística y culturalmente”.

los derechos indígenas. Y entendiendo por tal, el “acceso a mecanismos eficaces de resolución de conflictos y protección de derechos, adecuados lingüística y culturalmente”⁴¹. Es decir, desean un sistema de “justicia plural”, que implica, en primer lugar, el acceso al propio derecho y justicia indígenas, que es el que les corresponde según su identidad cultural. En segundo lugar, la potenciación de las ADR, pero sólo para los bienes disponibles y respetando en todo caso el ámbito del derecho indígena. Y, finalmente, que la

justicia ordinaria estatal intervenga de acuerdo con el principio de subsidiariedad, esto es, para proteger los derechos de los indígenas ante el propio Estado y frente a terceros, no como ocurre en muchos lugares donde la jurisdicción indígena conoce de los delitos menores y la estatal de los más graves. Por último, como complemento de lo anterior, a la afirmación de los sistemas jurídicos indígenas debiera acompañarle la de su capacidad normativa, tanto desde el punto de vista material como procesal, lo que incluiría en este último caso la autonomía para dotarse de autoridades y procedimientos para la solución de los ilícitos penales, así como el reconocimiento de sus resoluciones.

37 Por ejemplo, el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia dispone que: “Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este código y las siguientes reglas especiales: 1º) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un **perito especializado en cuestiones indígenas**; el mismo que podrá participar en el debate, y 2º) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal: este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate” (la negrilla es nuestra).

38 *Alternative disputes resolutions* o mecanismos alternativos de resolución de los conflictos, como la mediación, la conciliación o el arbitraje. También se les denomina MARCs (Medios alternativos de resolución de conflictos).

39 Es el caso de Guatemala con los Juzgados de Paz Comunitarios, los cuales han sido muy criticados por su falta de financiación, por su composición, que incluye a jueces nacionales y la parte indígena no ha sido consensuada con las comunidades, así como porque ha supuesto una criminalización de los indígenas.

La instalación de esos juzgados fue aprobada por el Congreso guatemalteco en agosto de 1997, y se fijó el 23 de enero de 1998 como fecha para su entrada en funcionamiento. Pero la falta de recursos económicos dificultó su cumplimiento. Finalmente, fueron cinco los juzgados inaugurados en enero de 1998: San Andrés Semetabaj, en Sololá; San Rafael Petzal, en Huehuetenango; San Miguel Ixtahuacán, en San Marcos; Santa María Chiquimula, en Totonicapán; y San Luis, en Petén. Su competencia es juzgar los delitos menores y hacerlo de acuerdo con las costumbres de cada región.

40 La razón es que van claramente en detrimento de los sistemas de justicia indígenas y, en el caso de los tribunales mixtos, supone además una “tutela” del Estado inadmisibles desde una óptica multicultural, pluralista.

3. Diversidad cultural y pluralismo jurídico

Sólo este apartado daría para hacer un trabajo en exclusiva, pero no es ésta nuestra intención. Tan solo pretendemos dar algunas nociones al respecto y reflexionar sobre algunos puntos que nos ayuden a comprender porqué podemos llegar a hablar de la existencia de un “derecho indígena” y, consecuentemente y aplicando categorías occidentales, de una “jurisdicción” y de un “proceso penal indígena”.

3.1 El llamado “derecho indígena” constituye un auténtico derecho

El presupuesto del que hay que partir, innegable desde un punto de vista antropológico y sociológico, es el de la existencia de una multiplicidad de pueblos indígenas que viven desde hace siglos de acuerdo con unas culturas, que los diferencian –y los han diferenciado– de otros grupos humanos con los que

41 Así se establece en el documento final, en el apartado de Recomendaciones a los Estados, aprobado en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, celebrado en Madrid en octubre de 2003 (documento inédito).

comparten un mismo espacio. Unas culturas, que incluyen “reglas” que determinan las relaciones entre sus miembros y ordenan sus vidas, que reflejan cuáles son los valores personales y grupales, cuáles los procedimientos de solución de los conflictos que puedan surgir entre ellos, así como quiénes tienen la autoridad y la fuerza para resolverlos.

Sin perjuicio de que podríamos utilizar otras palabras y extendernos en la definición, reconocer ese conjunto de reglas como “derecho”, o no hacerlo, es una decisión política, porque desde el punto de vista jurídico es indiscutible que lo son. El único problema es que usualmente se considera “derecho” al conjunto normativo emanado del Estado⁴², por lo que es *conditio sine qua non* la existencia de éste y cualquier norma emanada por otros entes, que no sean el Estado, tienen otra consideración jurídica. Es cierto que los sistemas de fuentes de los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen, aparte de la ley y junto con los principios generales del derecho o la jurisprudencia en su caso, las reglas consuetudinarias existentes en las sociedades bajo su *autoritas*, pero sólo en defecto de norma estatal y, en ningún caso, *contra legem*. Es decir, según esta concepción, la costumbre siempre está supeditada a la ley estatal. Se trata, por consiguiente, de dos normas, pero con diferente valor.

Afirmar, entonces, que el conjunto de reglas indígenas constituyen una “costumbre” es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales y con las limitaciones arriba mencionadas. No es ésta, desde luego, la pretensión de los Pueblos indígenas, que aspiran a un reconocimiento político de su “derecho”, como hemos dicho. Una pretensión, que tampoco se ve satisfecha elevando las reglas indígenas a la categoría de “derecho consuetudinario” y añadiendo que éste sólo se diferencia del estatal en la forma oral de creación⁴³. “Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización o incluso en países independien-

tes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “*el derecho*” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “*derecho consuetudinario*” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados.”⁴⁴.

Todo este planteamiento se corresponde con una concepción monista del Derecho que, basándose en el principio de seguridad jurídica, supone que dentro de un Estado existe un único sistema jurídico. Frente a esta concepción se alza la del “pluralismo jurídico o legal”, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico⁴⁵. Y ello, independientemente de que esas normas se califiquen como “consuetudinarias”⁴⁶, de su forma de creación oral o escrita y de su estado evolutivo. Lo que no significa que se pueda considerar “derecho indígena” cualquier cosa; en absoluto⁴⁷.

...
que el conjunto de reglas indígenas constituyen una “costumbre” es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales (...). No es ésta, desde luego, la pretensión de los Pueblos indígenas, que aspiran a un reconocimiento político de su “derecho”...

⁴² Sobre todo, desde una posición positivista del Derecho.

⁴³ Al respecto, TRUJILLO, J.C., “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en *Constitución y pluralismo jurídico* (Flores Giménez, coord.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pág. 17, entiende que no hay fundamento para considerar que el derecho no escrito o consuetudinario sea inferior al escrito. “Olvidan quienes así no lo creen, que las *constitutional conventions*, que integran el Derecho Constitucional inglés, no son leyes escritas, ni siquiera prácticas reconocidas por los jueces, sino Derecho consuetudinario, prácticas observadas y respetadas por todos, tanto o más que las leyes escritas y el *common law*”.

⁴⁴ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 16. Como acertadamente pone de manifiesto esta autora, “un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “*las políticas de integración*” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas” (*Op. cit.*, pág. 16).

⁴⁵ *Op. cit.*, págs. 16 y ss.

Al respecto es interesante traer a colación la reflexión de Paolo Grossi, historiador del derecho, que en su obra *Mitología jurídica de la modernidad* (ed. Trotta, 2003, pág. 52), afirma que “existen estratos y dimensiones del universo jurídico por desenterrar y valorar... El derecho, en su autonomía, fuerte en su radicalización en la costumbre social, ha vivido y vive, se ha desarrollado y se desarrolla también fuera de ese cono de sombra, también fuera de los raíles del llamado derecho oficial: consecuencia inevitable de no ser dimensión del poder y del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

No es un discurso anarquista, sino más bien el registro de la realidad efectiva que es la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Es el gran reino de la libertad del derecho, que no coincide en efecto con el solo, majestuoso y autorizado ordenamiento jurídico del Estado...

Como historiador del derecho no dudo en registrar en el mismo territorio del Estado italiano ordenamientos ajenos, que nacen de antropologías diversas (si no opuestas) y son portadoras de diversos (si no opuestos) valores jurídicos, que tienen la sacrosanta pretensión de convivir con la oficialidad dominante porque son el signo de la complejidad de la experiencia jurídica que el derecho del Estado no agota”.

⁴⁶ O expresiones similares, como “costumbre”, “tradiciones ancestrales”, “usos y costumbres”, etc.

⁴⁷ Hay casos en los que lo que se hace son labores de mediación,

Queremos decir, que lo importante es el reconocimiento político de la diversidad cultural y, derivado de ella, el pluralismo jurídico, el cual como veremos se articula de diversos modos a través de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales aprobados al respecto. También, que si las normas son más abiertas en muchos casos⁴⁸, esto no desvirtúa su carácter vinculante, sino sólo pone de manifiesto una característica específica de esa clase de normas; igual que su origen oral, en lugar de escrito⁴⁹. Y, finalmente, que hay que asumir el hecho de que la historia política ha supuesto la destrucción, fragmentación y/o el anquilosamiento de muchos de los sistemas jurídicos indígenas, por lo que precisamente ese reconocimiento ha de significar la posibilidad de que los Pueblos indígenas, en el ejercicio de su autonomía, puedan desarrollarlos a partir del punto en el que se encuentren, pero incluso de dárseles, si no los tuvieren o hubieren desaparecido.

Como se ha dicho, el pluralismo jurídico no significa preeminencia de un sistema jurídico sobre otro, sino coexistencia y de ésta se deduce la interrelación mutua y, consiguientemente, los posibles conflictos⁵⁰. Por consiguiente, desde la perspectiva pluralista que proponen los pueblos originarios, no sería admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerciera funciones supervisoras del indígena. Así como tampoco, un sistema en el que la competencia se repartiera se-

... desde la perspectiva pluralista que proponen los Pueblos originarios, no sería admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerciera funciones supervisoras del indígena.

pero no aplicar derecho indígena. Por ejemplo, en Guatemala la Defensoría Maya y la Defensoría Indígena, aparte de su función de recuperar y promocionar el derecho indígena, muchas veces sólo actúan como mediadoras.

⁴⁸ Se debe tener presente que en el derecho indígena no rige en toda su extensión, por ejemplo, el principio de legalidad en el ámbito penal, tal y como lo conocemos. Puede verse al respecto: BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 29 y ss.

⁴⁹ Existen comunidades indígenas, no obstante, que tienen parte de su derecho recogido por escrito en reglamentos y que, incluso, utilizan la escritura en su administración de justicia, principalmente en la elaboración de las actas, como los paeces, los aymara, los quechua y los guaraní. Con todo, en algunos países, la exigencia de "codificación" por escrito del derecho indígena es una forma de neocolonialismo, que ha llevado además en algunos casos a una situación paradójica, pues hay comunidades que tienen unas normas por escrito, pero son otras las que aplican.

⁵⁰ Afirma YRIGOYEN FAJARDO, que "algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la creación de muchos sistemas, pero los textos constitucionales, en primer lugar, no están creando sino reconociendo algo que ya existen en la realidad social, lo que sí permite crear es puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo" (Nota número 7 de *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 4).

gún criterios de mayor o menor relevancia, dejando obviamente lo de menor trascendencia en manos de las comunidades indígenas. Como, por ejemplo, ocurre en algunos ordenamientos jurídicos que atribuyen el conocimiento de los delitos "menores" a la "jurisdicción" indígena y los delitos "graves" a la estatal. Mucho más, en aquellos casos en los que la llamada "jurisdicción" indígena es, en realidad, un mecanismo de mediación.

En cuanto a la coexistencia, se basa en la idea de grados, según sea el ámbito y las circunstancias, las personas actuarán bajo un derecho u otro. Por ejemplo, el derecho indígena actuará con carácter casi exclusivo "cuando los niveles de cohesión social sean más altos, haya más distancia geográfica respecto de los centros urbanos, la violencia política haya tenido menor efecto y haya menor presencia de sistemas que buscan regular la vida social (sectas, presencia estatal, etc.)"⁵¹.

En segundo lugar, la interrelación significa que no existen "derechos puros"⁵², igual que el occidental se ha nutrido históricamente de otros, al indígena le ha ocurrido lo mismo, por eso no es extraño encontrar multitud de instituciones coloniales que los indígenas aplican con normalidad. Ahora bien, más que a eso, la interrelación apunta a que el derecho estatal y el indígena —o indígenas, pues pensemos que en un país pueden existir varios pueblos regidos por normas diferentes— no caminan paralelamente sin "tocarse", sino que llegan incluso a influirse mutuamente, aunque cada uno mantenga un eje cultural propio, que es lo que les dota de identidad propia. Aún más, los indígenas tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples, acudiendo indistintamente a uno u otro, según sea la necesidad o el interés perseguido⁵³.

Por último, esta coexistencia no puede presumirse pacífica y la realidad demuestra que los conflictos forman parte de la misma. En este sentido, y referidos a cuestiones que podríamos denominar procesales, destacan, como veremos, los relativos a la competencia por razón de la materia, del territorio o de las personas, la falta de reconocimiento de las resoluciones indígenas, el problema del *non bis in idem*, la criminalización de la justicia indígena,

⁵¹ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 31.

⁵² *Op. cit.*, pág. 30.

⁵³ Así, por ejemplo, ha habido indígenas que han "huido" de su sistema propio para acudir al estatal y evitar ser castigados o recurrir la sanción que les impuso su comunidad.

como hemos visto, o las presuntas vulneraciones de los derechos humanos por esta jurisdicción⁵⁴. En cuanto al mecanismo para resolver esos conflictos, las constituciones de los países que proclaman la pluriculturalidad han previsto leyes de coordinación entre los dos sistemas jurídicos, el estatal y el indígena⁵⁵, pero por desgracia no ha sido aprobada ninguna, con lo que los problemas persisten⁵⁶. Estas leyes, en todo caso, se han de desarrollar respetando los derechos reconocidos por las constituciones nacionales y el Convenio 169 de la OIT, sin poderlos restringir o recortar, y especialmente estableciendo mecanismos adecuados de coordinación entre la “jurisdicción” indígena y la policía, el ministerio fiscal o los registros públicos⁵⁷.

3.2 El reconocimiento del derecho y la “jurisdicción” indígenas

El reconocimiento político de la pluriculturalidad y, a partir de ahí, del derecho y la “jurisdicción” indígenas ha sido un proceso largo, todavía inconcluso⁵⁸. Puede citarse como antecedente el ya mencionado Convenio de la OIT de 1957 sobre Poblaciones indígenas y tribales, si bien hay que decir que, aunque pretendía la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales, en realidad no reconocía la diversidad cultural y los derechos de estos grupos nacionales. Fue Bolivia el primer país en hacerlo en su constitución de 1967. A éste le siguieron Panamá (1972), Guatemala (1985), Brasil (1985), Nicaragua (1986), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Como corolario al reconocimiento de la pluralidad

cultural y jurídica, y desde un punto de vista internacional, hay que añadir el del Convenio núm. 169 de la OIT de 1989, también antes citado, y ratificado por la mayoría de esos países⁵⁹.

Ahora bien, esos reconocimientos constitucionales varían en intensidad de un país a otro, sobre todo en lo que al derecho y a la “jurisdicción” indígenas se refiere⁶⁰, y destacando por su amplitud los países andinos⁶¹. Bolivia, por ejemplo, en su constitución de 1993 ha atribuido a las comunidades indígenas derechos sobre sus territorios ancestrales y los recursos naturales, les ha dotado de autonomía política, económica y cultural, así como de personalidad jurídica y ha afirmado la existencia de una “jurisdicción” indígena. Honduras, por el contrario, se ha limitado a establecer el deber del Estado a proteger a las comunidades nativas.

Haciendo un rápido recorrido por los países latinoamericanos, cuyas constituciones han asumido la diversidad cultural, Perú, por su parte, les ha otorgado personalidad jurídica a las comunidades indígenas, el derecho a sus territorios y a los recursos naturales, una cierta autonomía política y una “jurisdicción” propia. Argentina, en su constitución, le ha dado al legislativo la facultad de reconocer las comunidades indígenas preexistentes, dotarles de personalidad jurídica, garantizar sus derechos territoriales y culturales, y el derecho de consulta previa en relación con los recursos naturales. México les ha reconocido a los pueblos originarios derechos culturales, de identidad y de educación, además de personalidad jurídica. Paraguay, por su lado, derechos territoriales, culturales y de educación, autogobierno, así como de consulta y participación. Ecuador y Venezuela, han consagrado los derechos a sus territorios ancestrales y a los recursos naturales, además de reconocerles su identidad cultural, autonomía política, económica y social, y una “jurisdicción” indígena diferente de la estatal. Y por último, Colombia tiene una de las constituciones

54 YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 90.

55 Son leyes de “coordinación”, por lo tanto la relación entre los ordenamientos es horizontal y no vertical o de “subordinación” (YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 15).

56 Específicamente, en relación con las posibles vulneraciones de los derechos humanos, el art. 8.2 del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, afirma que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (la negrilla es nuestra). Procedimientos que, lamentablemente, no se han desarrollado.

57 YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 15.

58 Seguimos aquí a BOTERO MARINO, C., “El multiculturalismo en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *Constitución y pluralismo jurídico* (coord. Flores Giménez, F.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, págs. 156 y ss.

59 Hasta el momento, este Convenio ha sido ratificado por diecisiete países, entre los que se encuentran los citados en el texto, salvo Panamá y Nicaragua. En concreto, han sido: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fidji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, y Venezuela.

60 En lo que sí han coincidido todos ellos ha sido en adoptar el modelo socio-económico “neoliberal”, habiéndose abandonado la idea del Estado del bienestar y facilitado, entre otras cosas, la presencia de empresas transnacionales para la explotación de los recursos naturales (bosques, minas o petróleo) presentes en los territorios indígenas, las cuales disponen de importantes facultades en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas que los habitan, por lo que los conflictos no se han hecho de esperar (YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 3).

61 Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

más avanzadas en esta materia, habiéndoles reconocido a los pueblos indígenas los derechos de participación, consulta, autonomía, territorio, diversidad cultural y una “jurisdicción” específica.

Como hemos dicho, sólo este tema exigiría un estudio en exclusiva, que analizara las diferentes normas constitucionales al respecto, los proyectos de ley de desarrollo de las mismas, los problemas de coordinación entre el derecho estatal y el indígena aplicando para ello una hermenéutica pluralista y a la luz del Convenio núm. 169 de la OIT, y si estamos ante una auténtica jurisdicción o, lo que creo más correcto, ante unos tribunales especiales constitucionales⁶², pero no es éste el objeto de nuestro trabajo. Lo esencial ahora, es dejar constancia del reconocimiento que, desde el punto de vista constitucional, han hecho algunos países de la multiculturalidad y, en particular, de la llamada “jurisdicción” indígena.

...
el conjunto de reglas que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas constituyen un auténtico derecho, que ha sido reconocido incluso en instrumentos internacionales y en las constituciones de varios países.

62 Desde un punto de vista conceptual, cabe plantearse qué se entiende por “jurisdicción”. Lo cierto es que, teóricamente, las posiciones no son coincidentes y, así, existe doctrina que la equipara a potestad jurisdiccional [MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), ed Tirant lo blanch, 2004, Valencia, págs. 37 y ss.], que es la que nosotros hemos seguido, existe otra, que lo hace al poder judicial [DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, págs. 20 y ss], e incluso quien la considera expresión de la actividad jurídica del juez (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 156 y ss.), hablando en consecuencia de jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, incluyendo entre éstas la indígena.

Entendida la jurisdicción como potestad jurisdiccional, si la forma política del Estado no es federal, no podríamos afirmar la existencia de una jurisdicción diferenciada de la estatal. Estaríamos ante el reconocimiento constitucional de una potestad única, atribuida a diferentes órganos jurisdiccionales, entre los que se encontrarían las autoridades indígenas. La competencia de cada uno quedaría delimitada por la constitución y las leyes jurisdiccionales y procesales. Podríamos entonces calificar a los “tribunales” indígenas de “tribunales especiales constitucionales”, pues están previstos en la misma constitución, pero no participan de las notas del resto de los órganos jurisdiccionales que podríamos denominar “ordinarios”, en la medida que éstos con carácter general están servidos por jueces profesionales, de carrera, que comparten un estatuto jurídico similar y están regidos por un mismo órgano de gobierno. Además, estos tribunales especiales se regulan por normas propias, diferentes de las que rigen los ordinarios, aunque, como ya hemos dicho, ningún Estado las ha desarrollado en relación con los indígenas todavía.

No obstante, también desde esta perspectiva, si la forma del Estado de que se tratase fuera federal, tampoco podría hablarse de “jurisdicción” indígena, salvo que el estado federal se correspondiera con el territorio de un concreto pueblo indígena habitado y gobernado por ellos mismos. Algo que, en la realidad, no se ha dado hasta ahora, pues algunos pueblos indígenas están repartidos por varios países y en los demás casos los territorios son compartidos con los blancos, así como con otros pueblos indígenas y etnias.

Con todo, siquiera brevemente y en términos generales, habría que establecer qué significa este último reconocimiento. Según la Corte Constitucional de Colombia⁶³, cuyas conclusiones podríamos extender a otros países por el rigor y profundidad con que ha tratado estas cuestiones, supone: Primero, la posibilidad de la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. Segundo, la potestad de que establezcan normas y procedimientos específicos. Tercero, la sujeción de todo lo anterior a la constitución y a la ley. Y cuarto, la competencia del legislador para establecer los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la estatal.

Correlativamente, lo anterior implica que las autoridades indígenas puedan conocer y resolver los asuntos que, según las reglas de competencia, les correspondan, utilizando incluso la fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus decisiones. Asimismo, la validez y el reconocimiento de las resoluciones adoptadas por la

jurisdicción indígena, impidiéndose un segundo proceso –estatal– por los mismos hechos y cupiendo únicamente la revisión de la decisión indígena cuando vulnere derechos humanos –interpretando éstos desde una óptica intercultural– y, en particular, el derecho al proceso debido, entendido como previsibilidad y aplicación de los procedimientos y de las sanciones conforme a los usos y costumbres de la comunidad indígena de que se trate.

4. El proceso “penal” indígena

En el apartado anterior he concluido que el conjunto de reglas que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas constituyen un auténtico derecho, que ha sido reconocido incluso en instrumentos internacionales y en las constituciones de varios países. A partir de esa conclusión y si continuamos utilizando las categorías occidentales, es posible afirmar la existencia de un derecho penal indígena y análogamente de un derecho procesal penal también indígena.

No obstante, que existe derecho penal indígena, no es algo evidente. Exige, primero, un conocimiento de esa realidad y, sobre todo, despojarse de ciertos prejuicios doctrinarios. En este sentido, me parece interesante traer las palabras de BORJA JIMÉNEZ, penalista español, el cual, después de haber vivido en las comunidades indígenas de

63 Sentencia de la Corte Constitucional C-139/96 (Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

la Sierra y del Oriente del Ecuador y estudiado su forma de vida, afirmó: “Siempre he creído que existían principios básicos del Derecho Penal que eran universales e imprescindibles en todo ordenamiento jurídico. He llegado a estar convencido de que un sistema punitivo que no se estructurase con base en estos axiomas fundamentales, no podía contemplarse bajo las siglas del Derecho Penal. Y ahora tengo que decir que estaba equivocado...”⁶⁴.

Para este autor, existe el derecho penal indígena, porque “encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos. Me refiero, de igual forma, a que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas (...) este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades...) integran un *sistema*. Con ello se quiere señalar que existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos. La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia. Afirmo, en definitiva, que los mecanismos de solución de conflictos en el seno de las poblaciones autóctonas son, en parte, jurídicos, esto es, obligatorios, dependientes de un tercero, previsibles, racionales... Si existe Derecho Penal indígena, existe en primer lugar “Derecho”, lo cual significa que hay convivencia pacífica, también posiblemente conflictiva, pero reglada, y ello se opone a la imagen que tenemos los occidentales de que los indígenas se someten ciegamente a un poder tradicional regido por una total arbitrariedad.”⁶⁵. Las imperfecciones de este sistema, como las de cualquiera, incluido el nuestro, no le restan virtualidad práctica y reconocimiento. Los casos de linchamientos en concreto, tan frecuentes por desgracia en estos países, obedecen a una lógica que está al margen del sistema jurídico al que aquí nos referimos⁶⁶.

64 BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 175.

65 *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 6-7.

66 “Tanto los medios de comunicación de masas como determinados sectores políticos y sociales asociaron, y todavía asocian, el fenómeno de los linchamientos como una forma bárbara que los indígenas tienen de aplicar su ley, identificándose sistema penal comunitario con tomarse la justicia por su mano. Nada más lejos de la realidad.

Si se observan más de cerca estos procesos de crecimiento de

Por otro lado, que existe un “proceso penal” indígena tampoco es evidente. Puede pensarse, con razón, que si hay un derecho penal lo lógico es que tenga su correspondiente proceso, pero esto no es suficiente para afirmar su existencia. Para hacerlo, habría que determinar que los “procedimientos” indígenas utilizados para impartir “justicia” constituyen un auténtico “proceso”, pues, “aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional”⁶⁷, esto es, de órganos investidos de potestad –jurisdiccional–, que supone la capacidad de sujetar a los demás a las propias decisiones, pudiendo acudir al uso de la fuerza en caso de incumplimiento.

autojusticia, vemos que se producen en épocas de fuertes crisis, en las que a la difícil situación económica, se le añade una gran inseguridad ciudadana, con incremento notable de la criminalidad, y una creencia generalizada de que la justicia estatal es corrupta e ineficaz. Son entonces masas enardecidas que ven peligrar sus bienes más esenciales las que se rebelan contra esta situación, y, con el sentimiento de que el sistema oficial no va a resolver sus problemas, actúan directamente, en grupo, seguidos por uno o varios cabecillas, de forma pasional, sin reflexión, y con bastante alcohol en muchos casos. Son los más desposeídos, aquellos que no tienen bienes ni formación cultural reglada, los que sufren estas situaciones de ausencia de protección del Estado y de inseguridad... Son campesinos, indígenas y mestizos, que viven en las zonas más deprimidas de las ciudades, en un proceso desenfadado de emigración, o en ámbitos rurales donde los servicios básicos de asistencia a la comunidad proporcionados por la administración o no llegan, o simplemente no existen. En esas circunstancias, es muy fácil manejar a la masa, y eso es lo que ocurre. El dato de que entre ellos se encuentren muchos indígenas no obedece a la idiosincrasia tradicional de resolución de conflictos, sino al hecho de que éstos ocupan siempre el último estrato de la pirámide social: Son los marginados de los marginados. Precisamente estas situaciones se producen en los lugares en donde los amerindios ya han perdido su cultura, ya han dejado sus tradiciones, ya se encuentran en una zona de nadie, fuera de sus ancestros, en un espacio en que tampoco se les admite precisamente por su procedencia y pobreza...” (BORJA JIMÉNEZ, E., *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 13-14).

Un estudio de casos, diferenciando los que constituyen puramente casos de linchamiento y supuestos de aplicación de derecho indígena, puede encontrarse en la obra de este mismo autor: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 82 y ss.

67 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 294-295.

4.1 El proceso como instrumento de solución de los conflictos sociales

El primer día de clase de la asignatura “Introducción al Derecho Procesal” intento mostrarles a los estudiantes la razón de ser de esta parte de la ciencia jurídica, su necesidad y utilidad en una sociedad democrática. Para ello suelo comenzar preguntándoles ¿qué es el derecho procesal? La respuesta de los alumnos es rápida: la parte del Derecho que estudia el proceso. A continuación, les pregunto: ¿Qué es el proceso?, ¿para qué sirve? La contestación, entonces, tarda más en llegar, normalmente en forma de explicaciones largas y confusas, que a la postre no dicen nada, o mediante afirmaciones que hacen referencia a la “Justicia”. A lo cual, yo replico preguntando: ¿Y qué es la Justicia?... El silencio, fruto del desconcierto o de la falta de reflexión, suele ser al final el resultado conseguido.

Es en ese momento, cuando el alumno está en condiciones recibir una explicación que satisfaga su curiosidad. Siempre me divierte su cara de asombro o incredulidad, cuando afirmo que la finalidad última del proceso, en definitiva del derecho procesal, es la “paz social”, la subsistencia y desarrollo de las sociedades, y que, probablemente, uno de los signos para determinar si existe una sociedad, así como su grado de civilización, es la realidad y perfección de sus mecanismos procesales.

A partir de ahí, y para que comprendan la afirmación anterior, introduzco la idea del “conflicto” a efectos exclusivamente pedagógicos, sabedor de que la misma no puede explicar todo el fenómeno procesal⁶⁸. De todas formas y reconociendo sus limitaciones –piénsese en los casos en los que los Tribunales intervienen en caso de duda o desconocimiento sobre un derecho– la utilidad de la idea de conflicto en este momento me parece indiscutible. Por otra parte, atendiendo a su naturaleza, cabe distinguir entre conflicto “intersubjetivo” y “social”⁶⁹. Los primeros se dan cuando se vulnera algún derecho subjetivo, que pertenece a la esfera del derecho privado y, por consiguiente, tienen naturaleza disponible; por ejemplo, el derecho de propiedad. Los segundos, cuando la vulneración lo es de un bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección; por ejemplo, los delitos o las infracciones administrativas⁷⁰.

La introducción de la idea de conflicto me permite plantear cuáles son los medios posibles para solucionarlo, la autotutela, la autocomposición y la heterotutela o heterocomposición, y exponer la evolución que se ha dado en el tiempo y las razones que han llevado al nacimiento de la jurisdicción. Exposición, que ha de partir del reconocimiento de que son sólo conjeturas en sus estadios más remotos.

De todas formas, de lo que no cabe duda, es que el primer paso de esa evolución lo debió constituir la prohibición de la autotutela, por los riesgos que implica: El hecho de que una parte imponga su solución a la otra sólo puede hacerse desde la persuasión, física o dialéctica, lo que inevitablemente conduce a que sea la parte más fuerte la que la imponga a la más débil. No hay que esforzarse demasiado para imaginarse los medios que debían utilizarse para resolver los conflictos por este sistema en las sociedades incipientes o primitivas y el resultado alcanzado: El triunfo de la violencia sobre la razón. Mucho más, si es el ofensor quien vence o prevalece⁷¹.

Reconociendo como un avance el derecho a vengarse y someter la venganza a un cierto control por parte del grupo o familia, como ocurría con la “Ley del Talión” (“ojo por ojo y diente por diente”), puesto que con ello se impedían “reacciones contra los agravios mucho más nocivos y perjudiciales que éstos mismos”⁷², continuamos en el ámbito de la autotutela, la cual entraña riesgos evidentes: “el de la no proporcionalidad de la reacción y el de conductas antijurídicas basadas en la fuerza, que es elemento clave de la autotutela (lo que supone una situación de partida ya injusta: sólo pueden reaccionar los fuertes o los débiles que gocen de protectores)”⁷³.

En tal estado de cosas es imposible que un grupo evolucione hacia una sociedad, donde existan estructuras estables de interrelación, que permitan que cada persona que la integra se desarrolle sin

controversia, contienda- encuentran en él su base, son materialmente excesivas y formalmente insuficientes para explicar la actividad jurisdiccional” (*Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., pág. 116). Pero reconoce que “a pesar de lo anterior, la base sociológica sobre la que descansa la jurisdicción no puede desconocerse, y esta base es indiscutiblemente el interés jurídico. Este aparece, de un modo u otro, en toda actuación jurisdiccional; puede ser individual o colectivo, pero una actuación jurisdiccional que no afectara a un interés, por lo menos, carecería de razón de ser; un bien de la vida, material o inmaterial, debe estar siempre en juego. Existen, desde luego, supuestos de actuaciones en las que difícilmente puede encontrarse un conflicto de intereses, y ello tanto en el proceso civil como en el penal, pero en todos la presencia de un bien de la vida, sobre el que recae una necesidad de un hombre, es constante” (*Op. cit.*, p. 117).

68 Según MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., pág. 117), “la existencia o no del conflicto de intereses no es lo determinante para la actividad de la jurisdicción. Lo determinante es la existencia de una pretensión y de una resistencia”.

69 GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 1996, pág. 23.

70 Afirma MONTERO, recogiendo una idea de GUASP, que “la noción de conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos y las teorías sociológicas que con esta u otra denominación -litigio,

71 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143.

72 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 19.

73 DE LA OLIVA SANTOS, *Op. cit.*, pág. 19.

miedo, planificando su futuro con un margen de seguridad. Por esta razón, como decía más arriba, el primer paso debió constituirlo la prohibición de la autotutela. De hecho, en la actualidad todos los ordenamientos jurídicos la prohíben con carácter general (por ejemplo, el español lo hace en el artículo 455 del Código Penal, prohibiendo lo que denomina la realización arbitraria del propio derecho), sin perjuicio de permitir algunas manifestaciones de la misma, siempre con carácter de *ultima ratio* y sujetas a requisitos muy estrictos. Así, también en nuestro ordenamiento, la legítima defensa recogida en el artículo 20.4º del Código Penal, los artículos 592 y 612 del Código Civil⁷⁴ y la huelga o el cierre patronal en derecho laboral.

La segunda fórmula de solución de conflictos a la que aludía era la autocomposición, consistente en que son las mismas partes las que ponen fin al conflicto que las separa⁷⁵. Se diferencia de la autotutela “en que dicha solución no se impone por la fuerza, sino a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas”⁷⁶. Presupuesto de la misma es la libertad y disposición que han de tener las partes en conflicto de sus derechos o bienes. No podrá, en consecuencia, utilizarse este mecanismo cuando sean indisponibles. Como manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico pueden citarse la renuncia, el desistimiento, la transacción o el allanamiento. Ahora bien, este sistema no está exento de riesgos: el acuerdo alcanzado puede entrañar la claudicación de la parte económicamente más débil o ser la consecuencia de una errónea representación de la posición jurídica de una de las partes, considerándola más endeble de lo que en rigor es⁷⁷.

Una variante de la autocomposición alcanzada por las partes es la inducida por el buen hacer de un conciliador o un mediador, un tercero ajeno al conflicto. La diferencia entre uno y otro se encuentra en que el primero sólo busca el acercamiento y encuentro de las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a un acuerdo, mientras que el segundo, además, propone posibles soluciones. Reconociendo la falta de un desarrollo mayor de ambas figuras en el

ordenamiento jurídico español, sobre todo de la segunda, tenemos ejemplos en la mediación familiar o en la realizada en el proceso penal de menores; de la primera, puede citarse la conciliación prevista en el proceso laboral y que se realiza ante unos órganos administrativos creados al efecto.

La tercera forma de solucionar un conflicto es la heterotutela o heterocomposición, que es donde quedaría encuadrada el proceso —aunque no sólo—, y que se caracteriza por que es un tercero ajeno a las partes —las cuales han de encontrarse en un plano de igualdad— el que impone a éstas una solución, que están obligadas a aceptar. A diferencia del sistema anterior, donde el tercero se encuentra en una posición *inter partes*, en ésta está *supra partes*.

Cuestión distinta es la razón por la cual ese tercero se encuentra en una posición de superioridad. Ello puede obedecer a que hayan sido las mismas partes quienes hayan decidido, antes o después de surgida la contienda, someterse a la decisión del tercero, lo cual exige la disposición de los derechos o intereses en conflicto; éste sería el caso del arbitraje. Pero también puede deberse a que los propios integrantes de una sociedad, conscientes de la indisponibilidad de algunos bienes, de las limitaciones de los sistemas anteriores, y fruto del desarrollo de su organización social, se hayan dotado de un sistema integrado por órganos independientes, sometidos exclusivamente a la ley —no entendida en sentido formal—, imparciales y responsables, a los que se les ha encomendado la solución de los conflictos intersubjetivos dotándoles para ello de potestad jurisdiccional. Correlativamente, estos mismos ciudadanos se habrían otorgado el derecho de acceso a dichos órganos, en definitiva al proceso⁷⁸, lo que impediría la autotutela y promovería la igualdad entre ellos, evitándose así algunos de los peligros expuestos⁷⁹.

La paz social a la que arriba me refería, como fin al que se dirige el derecho procesal, exige justicia, entendida ésta en el sentido lato del término de dar a cada uno lo suyo. Es cierto, que el Derecho en su conjunto contribuye a este ideal, que la actuación del mismo en las relaciones jurídicas es mayoritariamente espontánea, pero no puede obviarse el hecho de que, en algún momento, los conflictos van a surgir y que los mecanismos autocompositivos pueden

74 Estos artículos facultan al dueño de una propiedad a cortar las raíces de los árboles plantados en otra, cuando invadan su terreno (art. 592). En cuanto al otro supuesto, se otorga derecho al propietario de un terreno a ocupar o retener un enjambre que haya penetrado en su propiedad, si el dueño del mismo no lo persigue o deja de hacerlo en el plazo de dos días (art. 612).

75 Dice ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (*Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143), que la autocomposición viene “aconsejada por el difundido aforismo de que <<más vale una mala transacción que un buen pleito>>, e incluso por la maldición gitana de <<pleitos tengas y los ganes>>”.

76 GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pág. 25.

77 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143.

78 En España lo denominamos derecho a la tutela judicial efectiva y es un derecho fundamental —por lo tanto, con una protección especial— recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución.

79 Estamos completamente de acuerdo con DE LA OLIVA (*Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 20) en que “la progresiva evolución del sustitutivo de la justicia privada (la evolución progresiva de la actividad jurisdiccional, en definitiva) no es escindible, sino, por el contrario, paralela, al perfeccionamiento del Derecho objetivo”. Así como que “nunca se está completamente a salvo de una involución, que genere brotes, más o menos numerosos y violentos, de ilícita autotutela”.

no ser eficaces o, simplemente, por los derechos e intereses en juego, inapropiados. Es entonces cuando, rota la paz social, se hace necesario el proceso para recomponerla. Aquí es donde encuentra su justificación y su razón de ser este mecanismo de solución de los problemas sociales.

Toda persona, en definitiva, ha de disponer de un medio para intentar cambiar aquello que considera “injusto”, esto es, reclamar lo que se merece, cuando considere que no se le ha dado. Del mismo modo, la sociedad ha de poder reaccionar contra aquellos hechos o situaciones que hagan peligrar su estabilidad o desarrollo, porque se hayan atacado bienes considerados esenciales. Para que esto sea así, la sociedad ha de tener, y si no los tiene, ha de crearlos, los mecanismos que permitan hacer realidad esas aspiraciones.

4.2 Existe un proceso penal indígena⁸⁰

A pesar de que el derecho procesal es una disciplina relativamente joven, se ha desarrollado muy rápidamente, alcanzando un alto grado de elaboración, que le ha situado entre las partes del Derecho más importantes, casi al nivel del derecho civil o del penal⁸¹, por eso he querido con el apartado anterior ir al contenido primigenio de nuestra ciencia, a lo más elemental. De lo contrario, todo el armazón doctrinal del que nos hemos dotado podría impedirnos llegar a la afirmación contenida en el título de este epígrafe. Aplicando al derecho procesal lo afirmado por BORJA JIMÉNEZ respecto del derecho penal y que hemos transcrito más arriba⁸², cuando te aproximas a la realidad indígena descubres que el conjunto de axiomas sobre los que descansa la ciencia procesal y, que se consideraba que de no concurrir en un determinado sistema procesal

... no puede obviarse el hecho de que, en algún momento, los conflictos van a surgir y que los mecanismos autocompositivos pueden no ser eficaces o, simplemente, por los derechos e intereses en juego, inapropiados. Es entonces cuando, rota la paz social, se hace necesario el proceso para recomponerla.

penal debía conducir a negarle tal condición, sin embargo, no es universal. En definitiva, que nuestras categorías occidentales, en particular nuestro sistema garantístico, no son útiles para examinar y, mucho menos, juzgar todos los sistemas punitivos existentes, entre ellos los de los pueblos y comunidades indígenas⁸³.

Lo que voy a analizar a continuación es cómo los llamados procedimientos indígenas de resolución de sus conflictos “penales”, en realidad constituyen un auténtico “proceso penal”, en la medida de que disponen de un procedimiento perfectamente diseñado y conocido por todos, de unos órganos que podríamos calificarlos de “jurisdiccionales”, porque están investidos de auténtica potestad jurisdiccional y, finalmente, porque ese proceso reúne unas características y está imbuido de unos principios que son diferentes de los que rigen en uno en el que los intereses en juego no son los esenciales de esa sociedad.

En primer lugar, todas las sociedades, incluidas las indígenas, tienen unos valores y, de entre ellos, unos que estiman esenciales, por lo que su vulneración merece un mayor reproche en forma de sanción o pena. Al respecto, el catálogo de conductas tipificadas como delitos en los ordenamientos indígenas coincide básicamente con el de los sistemas estatales, si bien consideran punibles además otras conductas. Así, por supuesto, el asesinato, el robo, o la violación son castigados por los indígenas, pero también el adulterio, la ociosidad o la brujería, entre otros⁸⁴, constituyen para ellos ilícitos penales. En cuanto a las sanciones o penas⁸⁵, es donde existe la mayor divergencia entre ambos ordenamientos y se plantean los graves problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales e incluso humanos, en la medida que aquéllas van desde la simple amonestación, los trabajos en beneficio de la comunidad o la indemnización de la víctima o sus familiares, al corte de pelo, el cepo, los latigazos –acompañados

⁸⁰ Este título me lo ha sugerido un epígrafe de la obra de BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pág. 6.

⁸¹ Efectivamente, no fue hasta 1932 que el derecho procesal se incluyó en los planes de estudio de las facultades de derecho de España. Durante los siglos anteriores fue recorriendo diversas etapas, pasando de una práctica forense sin pretensión científica alguna en los siglos XV a XVII, a un procedimentalismo –durante el siglo XVIII, fundamentalmente–, con mayores aspiraciones pero sin alcanzar la idea de un sistema, para llegar a mediados del siglo XIX por obra de la doctrina alemana a configurar lo que ya se puede denominar derecho procesal. Un derecho con entidad propia, independiente del derecho material civil, penal, laboral o administrativo.

⁸² BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pág. 175.

⁸³ Aunque habría que matizarlo, me parece interesante traer a colación una cita de NEUMAN (*Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, 1997, pág. 2): “Los gruesos trazos de esta formulación de justicia penal aborígena... me conducen al interrogante de si en la historia de la humanidad se produjo un progreso –o exactamente lo contrario– cuando el Estado abandona los usos tradicionales de las organizaciones tribales y toma para sí, monopolizándola, la facultad de ejercer el derecho a castigar”.

⁸⁴ Por ejemplo, el chisme, los celos conyugales, las disputas religiosas, y el suicidio.

⁸⁵ Para un estudio pormenorizado de los delitos y las penas indígenas, ver BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 142 y ss.

de consejos—, hasta la muerte o la expulsión de la comunidad. Esta última, aunque nos pueda parecer extraño, es de las más graves que se pueden llegar a imponer, en la medida que supone la muerte civil del sujeto, llegándose incluso a prohibir pronunciar su nombre en la comunidad de origen.

Pues bien, del mismo modo que en los ordenamientos occidentales ante a una conducta tipificada está prohibida la autojusticia —lo que no impide que de vez en cuando se quebrante— y no se puede imponer una pena sino es a través del proceso penal, en los ordenamientos indígenas, el reproche social se articula a través de un procedimiento reglado y preestablecido de naturaleza heterocompositiva, sin excluir bajo ciertas condiciones fórmulas autocompositivas —igual que en los occidentales⁸⁶—. Un procedimiento⁸⁷, que no es fruto de la improvisación ni de la arbitrariedad y, además, conocido por todos los que forman parte de esa comunidad. Asimismo, no es invariable o estático⁸⁸, ni necesariamente escrito —sin perjuicio de que algunas comunidades lo estén haciendo, en los términos que se dijo— o sometido al régimen de publicidad de nuestras leyes, por razones obvias⁸⁹.

...
en Guatemala,
la Defensoría Maya o la
Defensoría Indígena ejercen
funciones de mediación
en los problemas internos
de las comunidades (...) en el seno de éstas no es extraño que, ante determinados problemas penales, como los casos de violencia contra la mujer, las autoridades indígenas actúen como mediadores y no como juzgadores.

En segundo lugar, además de un procedimiento reglado y preestablecido, la existencia de un auténtico proceso exige la de un tercero *supra partes* investido de potestad jurisdiccional por la sociedad en la que se incardina y que reúna unas características que garanticen su ejercicio.

Respecto al modo de resolver los conflictos en las comunidades indígenas, ya se ha dicho, que el que exista un sistema heterocompositivo no excluye, que a la vez se den mecanismos autocompositivos, como la mediación. Por ejemplo, en Guatemala, la Defensoría Maya o la Defensoría Indígena ejercen funciones de mediación en los problemas internos de las comunidades⁹⁰. Asimismo, en el seno de éstas no es extraño que, ante determinados problemas penales, como los casos de violencia contra la mujer, las autoridades indígenas actúen como mediadores y no como juzgadores⁹¹. También es cierto, que en el proceso la pena a imponer se “negocia” entre el infractor y la autoridad correspondiente e, incluso, las condiciones de la ejecución de la misma, habiéndose llegado a afirmar que estamos ante un “derecho de mediación”⁹². Sin embargo, mi opinión no es ésta, no ya sólo porque la mediación exija la presencia de un tercero, ajeno a las partes, pero no *supra*, que la viabilice, y que aquí no se da. La razón de fondo es que la autoridad siempre actúa como tal y su potestad es indiscutible. Es ésta la que decide finalmente qué sanción aplicar, sin

perjuicio de que por considerar un valor superior el equilibrio comunitario se module aquélla o incluso se llegue a no imponer sanción alguna, para lo que se tiene en cuenta la opinión del infractor —tratando de que reconozca y asuma la sanción como camino de reinserción social—, la de las familias afectadas y, en definitiva, la de la propia comunidad.

En cuanto a las características que han de tener los órganos que imparten justicia, en los ordenamientos occidentales se concretan en las de independencia y

pensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”.

⁹⁰ Por supuesto, también entre la comunidad maya y terceros.

⁹¹ No es extraño que el *jilaqata* con la *mama jilaqata* acudan al hogar de la familia en conflicto y tengan conversaciones con ellos, tratando de conciliarlos y evitar futuras agresiones. No obstante, las autoridades pueden adoptar medidas más extremas, castigándolos a estar encerrados juntos en la casa comunal para que recapaciten y hablen entre ellos.

⁹² BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 19 y ss.

⁸⁶ Piénsese, si no, en la mediación en el proceso penal de menores español, en la conformidad del proceso penal de adultos también español —con matices—, los *absprache* en el proceso alemán, los *patteggiamenti* en el italiano, o el *plea bargaining* en el americano.

⁸⁷ Como es fácilmente comprensible, no se trata de un único procedimiento. Existen muchos procedimientos, prácticamente uno por cada etnia o pueblo indígena, aunque en realidad son más, porque cada comunidad tiene el suyo propio, sin perjuicio de que tienen elementos comunes que comparten.

⁸⁸ Sobre este aspecto del principio de legalidad, ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-349/96 que el artículo 246 de la Constitución, cuando se refiere a que las autoridades juzgarán conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena “presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas” y que deben “evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte”.

⁸⁹ En la misma sentencia T-349/96, en relación a este aspecto, afirma la Corte: “El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indis-

sumisión a la ley, responsabilidad, imparcialidad e inamovilidad⁹³. Según este planteamiento, la falta de una de ellas, provocaría que no estuviéramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

En el caso de los sistemas punitivos indígenas, sin embargo, esos órganos son las autoridades indígenas que, como luego se verá, varían de una comunidad a otra, y en ellas concurren todas esas notas, aunque con pequeños matices. En concreto, no existen las proclamaciones formales de las mismas ni tampoco la concreción de mecanismos garantizadores, pero ello no significa que en la práctica no se den. Posiblemente debido a la condición de las personas que desempeñan la función de juzgar, que suelen ser las de mayor edad y experiencia de la comunidad, por lo tanto con una *auctoritas* respetada espontáneamente por todos, así como al intenso control social existente en estas comunidades, lo que hace extraordinariamente difícil cualquier abuso. Pero en el supuesto de que ocurriera, la autoridad en concreto siempre podría ser juzgada por toda la comunidad constituida en asamblea. Y si hubiera sido la comunidad misma la que hubiera juzgado, el único sistema de control admisible desde la óptica pluralista sería el que los propios indígenas diseñaran o el de acudir al tribunal constitucional, puesto que cualquier otro mecanismo “externo” implicaría una injerencia inadmisibles en la “jurisdicción” indígena.

Por otro lado, algunas de estas autoridades ejercen en sus comunidades tanto la función de gobierno como la de juzgar, lo que provocaría una quiebra del principio de exclusividad jurisdiccional e, incluso, de la separación de “poderes”, prácticamente un dogma en cualquier sistema democrático.

Sin embargo, no siempre se produce, porque en muchos casos quien juzga es la propia comunidad, reunida en consejo o asamblea⁹⁴, por lo que en este caso no se produciría. En los demás, considerando que desde una perspectiva occidental podría resultar difícilmente admisible, desde la concepción indígena no lo es, porque como ya se dijo el proceso penal no es, en realidad, “penal”, tal como nosotros lo entendemos. Es decir, en nuestra concepción, cuando alguien comete un hecho delictivo se le castiga, porque es lo

que se merece, y se busca la prevención especial y general, sin perjuicio de cierta atención a la víctima. Sin embargo, en los sistemas de control indígenas lo esencial es el equilibrio o la armonía en el seno de la comunidad, especialmente entre las familias que la conforman, buscando la satisfacción de la víctima y la reintegración del sujeto, evitando su estigmatización. Al punto, por ejemplo, que suele ser común que los pequeños ilícitos, como robos o lesiones, cuando sean cometidos por primera vez no se castiguen. Teniendo como fondo esto, puede entenderse mejor que la función de “gobierno” del cabildo o jefe, incluya, además de “administrar”, la de “juzgar”, puesto que es el que mejor conoce cómo está el equilibrio comunal, el más interesado en que se restaure y en cómo hacerlo.

Por último, en tercer lugar, precisamente por tratarse de los bienes más importantes el reproche o sanción en caso de vulneración también han de ser significativos, lo que exige que el proceso esté rodeado de unas garantías especiales e imbuido de unos principios específicos, diferentes de los que rigen en aquéllos en los que los bienes en juego son menos relevantes. En este sentido, el proceso indígena no es una excepción. Como es fácilmente comprensible, no es lo mismo resolver un problema de lindes entre dos predios o una desavenencia conyugal, que un robo o un asesinato. Es más, dentro de las conductas que podríamos considerar criminales también existen grados, diferenciándose en algunos casos una “justicia mayor” y otra “menor”⁹⁵.

En este sentido, el proceso penal indígena, a pesar de su simplicidad procedimental, guarda una similitud en cuanto a sus fases con el proceso penal occidental: primero se investigan tanto las circunstancias de su realización como la identidad de los participantes y, en su caso, se realiza la detención de éstos, pudiéndose llegar a encerrarlos cautelarmente, después se les enjuicia y finalmente se ejecuta la pena impuesta. Y, si bien, las derechos y garantías recogidos en nuestros ordenamientos –prohibición de indefensión, presunción de inocencia, asistencia letrada, ser informados de la acusación, no confesarse culpables, etc.– no están formalmente proclamados en los suyos, ello no significa que con algunos matices no se apliquen.

...
el proceso penal indígena, a pesar de su simplicidad procedimental, guarda una similitud en cuanto a sus fases con el proceso penal occidental: primero se investigan tanto las circunstancias de su realización como la identidad de los participantes y, en su caso, se realiza la detención de éstos, pudiéndose llegar a encerrarlos cautelarmente, después se les enjuicia y finalmente se ejecuta la pena impuesta.

⁹³ Para el desarrollo de estas notas del estatuto de los jueces y magistrados puede consultarse: MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 96 y ss.

⁹⁴ De estos órganos, forman parte todos los mayores de edad, que pertenecen formalmente a la comunidad.

⁹⁵ FERNÁNDEZ OSCO, M., *La ley del ayllu*, ed. Fundación PIEB, La Paz, 2000, págs. 189 y ss.

Centrándonos en los dos más sobresalientes, sobre el derecho a la asistencia letrada, en primer término, hay que decir que normalmente la doctrina que ha estudiado este tema lo confunde con el derecho de defensa⁹⁶, cuyo contenido, de una manera sintética puede expresarse con el brocardo de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”⁹⁷, aunque habría desde luego más que decir⁹⁸. Una vez aclarada esta cuestión, hay que reconocer que el derecho a la asistencia letrada no se cumple exactamente, en la medida que no intervienen en esta clase de procesos propiamente abogados, aunque a veces sí una figura similar⁹⁹ o la familia del acusado.

Ha afirmado al respecto la Corte Constitucional colombiana, que “no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma(...) Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se encierra a la promoción de valores estrictamente individuales”¹⁰⁰.

... si la razón última de la exigencia de la asistencia letrada se encuentra en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por los miembros de las comunidades, por tratarse de usos y costumbres, muchas veces, centenarias, una excepción de este derecho no parece irrazonable.

No obstante, en mi opinión, sin perjuicio de reconocer el valor de la asistencia de los familiares del acusado, por la cosmovisión indígena que supone que cualquier hecho no se queda en los sujetos afectados sino que se extiende a sus familias e, incluso, a toda la comunidad, así como la ayuda y el apoyo que pueden darles, existen razones técnicas que justifican una adecuación de este derecho al proceso indígena. La razón es que siempre ha sido posible la autodefensa, existiendo en todo ordenamiento supuestos que la admiten –asuntos de pequeña cuantía, trámites de inicio poco complejos procedimentalmente, que el demandante tenga la condición de letrado en ejercicio, etc.–, y sólo la progresiva complejidad de los procedimientos ha aconsejado la instauración de su obligatoriedad, que en el proceso penal, dados los derechos en juego, ha terminado siendo obligatoria, hasta el punto de recogerse en las constituciones y los tratados internacionales. Con todo, existen remi-

niscencias de la misma, por ejemplo el derecho a la última palabra del acusado en el juicio, e incluso excepciones a la misma¹⁰¹. Por lo tanto, si la razón última de la exigencia de la asistencia letrada se encuentra en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por los miembros de las comunidades, por tratarse de usos y costumbres, muchas veces, centenarias, una excepción de este derecho no parece irrazonable. Por otro lado, pretender exigir la presencia de un abogado en estos procesos iría en contra de la diversidad étnica y cultural, “pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza”¹⁰².

Ni qué decir tiene, que comparto plenamente estas afirmaciones y que son compatibles con lo afirmado en el texto, puesto que en lo que he transcrito la Corte sólo dice que la familia “representa” al acusado, y el representante, ya se sabe, actúa en nombre e interés de su representado. Cuestión distinta es que en el caso concreto enjuiciado se hubieran cometido estas vulneraciones y la Corte debía haber concluido de otra forma.

¹⁰¹ Recientemente, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, que enjuicia los delitos de genocidio cometidos en ese país durante la guerra, le ha permitido a Milosevic renunciar a la asistencia letrada y autodefenderse.

¹⁰² Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁶ En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96, ya citada.

⁹⁷ En algunos ordenamientos indígenas se puede condenar en ausencia del acusado, lo que no es extraño para nosotros, en la medida que la mayoría de ordenamientos occidentales lo permiten para casos no graves, pero que aquí adquiere una dimensión nueva y expresa esa idea, ya repetida, de que los ilícitos cometidos vulneran no sólo los derechos o intereses de la víctima y su familia, sino también el equilibrio de la familia del agresor y de toda la comunidad.

⁹⁸ Para más sobre la contradicción, audiencia o el derecho de defensa, puede verse: MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 323 y ss.

⁹⁹ En Colombia, por ejemplo, la comunidad indígena páez permite que el acusado sea defendido por un miembro activo de la comunidad, que conozca la lengua y las costumbres.

¹⁰⁰ Hay que hacer notar, empero, que existen dos votos particulares –aclaración de voto, lo denominan allí– a esta sentencia, en el sentido de que la voluntad del sujeto infractor no puede quedar al margen y presuponerse que su familia va a actuar defendiendo los intereses de éste. Así como que no se puede juzgar y condenar a nadie “a sus espaldas”.

El segundo de los derechos proclamados por los ordenamientos jurídicos occidentales y que debe matizarse en los indígenas es el de la presunción de inocencia. Es cierto, que en el proceso indígena se realiza una fase de investigación, a través de la cual se determina quién ha podido cometer el hecho criminal y que, mientras tanto, todos son inocentes. Ahora bien, este derecho no tiene la intensidad que despliega en nuestros ordenamientos, pues muchas veces se detiene a quien, por las características de los hechos, los ha cometido con anterioridad, independientemente de las circunstancias y en comunidades aisladas cuando el delito del que se le imputa es el de brujería, si el que acusa es un chamán, no hay defensa posible¹⁰³. De todos modos, teniendo en cuenta que en las comunidades, como ya se ha dicho, existe un control social muy estricto, es difícil sustraerse a los ojos y los oídos del resto del grupo, por lo que suele ser relativamente fácil descubrir sospechosos a los que se les somete a una importante presión social, a veces incluso mágica¹⁰⁴, en el que el encierro en la casa comunal o en otros lugares, aunque no dura mucho, es de una gran eficacia para que recapaciten y reconozcan los hechos.

... en los ordenamientos indígenas no existen jueces de carrera –tampoco fiscales, secretarios, policías, ni abogados, como se ha visto–, y dependiendo de la gravedad del hecho cometido, actúa una autoridad u otra, que va desde la familia o familias a las que pertenecen los enfrentados, a las autoridades comunales o a la misma comunidad constituida en asamblea.

4.3 Su morfología

Afirmada la existencia de un auténtico proceso penal indígena, en este último epígrafe voy a tratar de hacer una descripción de aquellas características comunes a los procesos indígenas que he estudiado, renunciando a las particularidades en aras a ofrecer una visión global de este fenómeno procesal. Por eso lo he titulado “morfología”, ya que lo que quiero mostrar es su estructura básica.

4.3.1. Los órganos judiciales

En ningún caso, se puede tratar de autoridades o funcionarios impuestos por el Estado, puesto que ello vulneraría su autonomía reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en los ordenamientos constitucionales. Cuando estos instrumentos jurídicos hablan de autoridades, añaden “legítimas” o “naturales”, esto es, nombradas por los propios indígenas, de acuerdo con sus reglas. En concreto, en los ordenamientos indígenas no existen jueces de carrera –tampoco fiscales, secretarios, policías, ni abogados, como se ha visto–, y dependiendo de la gravedad del hecho cometido, actúa una autoridad u otra, que va desde la familia o familias¹⁰⁵ a las que pertenecen los enfrentados, a las autoridades comunales¹⁰⁶ o a la misma comunidad constituida en asamblea¹⁰⁷.

¹⁰³ Como afirma BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 130-131), “cuando una comunidad se enfrenta ante un caso de brujería, las reglas lógico-causales de la investigación criminal son sustituidas por otro tipo de relaciones causales, la causalidad mágica. Aquí el individuo acusado no tiene medio de hacer valer la presunción de inocencia, pues la relación entre la actividad realizada que a él se le imputa y el resultado acaecido en el mundo exterior (causación de una enfermedad, muerte, daños, desastre natural, etc.), sólo puede ser comprendida por el auténtico especialista, el brujo o chamán, de tal forma que la comunidad, merced a la autoridad de la que éste viene investido, suele conceder a la acusación la consideración de condena. Es decir, si, por ejemplo, un miembro de la comunidad es acusado de haber matado a otro utilizando magia negra porque el hechicero ha tenido un sueño en el que un espíritu le reveló la identidad del autor de la muerte, ninguna comprobación lógico-racional, ninguna regla de causa-efecto podrá ser alegada. Pues la interpretación del fenómeno se encuentra en un plano de explicación totalmente distinto: la comunidad hará valer su forma mística de pensamiento frente al análisis físico-causal, y el encausado tendrá pocas posibilidades de demostrar su inocencia”.

¹⁰⁴ En este sentido, el encierro en las iglesias durante la noche, acompañados de los “espíritus”, suele ser muy eficaz. Asimismo, el baño en agua fría y el ortigamiento, aunque tienen un componente purificador, es razonable pensar que en los casos dudosos invita a reconocer la culpa.

¹⁰⁵ Aquí juegan un importante papel los padres, los abuelos y los padrinos. Esta última figura proviene, obviamente, del catolicismo pero ha quedado arraigada en algunos pueblos.

¹⁰⁶ Hacer notar que las mujeres no suelen ser dirigentes.

¹⁰⁷ Según BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 163-165), “los ilícitos más graves son enjuiciados siempre por toda la comunidad a través de la Asamblea General (Congreso, Asamblea General, Consejo, etc.). En las sociedades tribales, con grupos humanos poco numerosos, la decisión de los asuntos más relevantes corresponde a todos sus miembros, y el injusto punible, sobre todo si es de entidad, representa siempre un problema que afecta de manera decisiva a todo el colectivo. En todo caso se ha de advertir que este criterio de enjuiciamiento asambleario de los hechos más graves es bastante común en la gran mayoría de los pueblos originarios de Latinoamérica. El Consejo de Ancianos, cuya regulación no es general en todos los ordenamientos amerindios, suele asesorar en los casos más graves a la misma Asamblea, merced a la gran autoridad que ejerce su conocimiento de las normas y procedimientos propios. En los delitos más comunes, es frecuente que establezca el tipo de sanción o que intervenga a solicitud del Cabildo. El Cabildo tiene en el procedimiento penal indígena una doble tarea. En las infracciones más leves, lleva a cabo la investigación y enjuicia (como acabamos de ver, en ocasiones también delega en el Consejo de Ancianos). En los ilícitos de mayor relevancia, se encarga de la investigación y dirige el procedimiento ante el Consejo (presentando a los testigos, oyendo las versiones de au-

Los cargos no son retribuidos, pues se considera un sacrificio en beneficio de toda la comunidad, sin perjuicio de que en ocasiones, en función de la buena voluntad de las partes, se entreguen dinero o bienes. De todos modos, el pago más importante es el reconocimiento social y la consideración que reciben de la comunidad en la que ejercen sus funciones¹⁰⁸.

Respecto del lugar de realización de las actuaciones judiciales, varía según la clase de delito. Cuando se trata de cuestiones ocurridas en el seno familiar, se constituye en el hogar de los afectados, de los padres, suegros, o padrinos. Cuando se trata de cuestiones más graves, se utilizan los lugares comunes, normalmente la casa comunal, la oficina del cabildo, la iglesia, o la escuela, entre otros. La razón de utilizar estos lugares es para garantizar la publicidad, pero no en el sentido que nosotros la entendemos, como mecanismo de control, sino porque en su cosmovisión —lo hemos dicho varias veces— los hechos delictivos afectan a toda la comunidad, lo que se hace más patente cuando es ésta misma la que enjuicia¹⁰⁹.

4.3.2. La competencia de los órganos judiciales indígenas

Con este apartado pretendemos dar respuesta a la pregunta de qué casos van a conocer los órganos

tor y víctima, otorgando la palabra a los comuneros que desean intervenir, buscando el acuerdo en la sanción a imponer, etc.). En las comunidades de la Amazonía del Ecuador el sistema de organización política y administrativa es más sencillo. Por regla general, los asuntos de interés general también se resuelven por toda la comunidad reunida en consejo. Los pocos delitos que se perpetran, constituyen siempre un asunto que afecta directamente a todos sus miembros. Por eso esta institución decide prácticamente siempre sobre la suerte del infractor. Sin duda alguna, los otros dos poderes de gran peso, el de gobierno representado por el Jefe de la tribu, y el espiritual, que se encuentra en manos del Chamán, tienen una participación notable, pero no decisiva, en el enjuiciamiento indígena. El Jefe promoverá en muchos casos la investigación, interrogará a testigos y acusado, convocará a toda la comunidad, dirigirá los debates entre los indígenas y, en caso de condena, pondrá los medios para que ésta se lleve a cabo. Pero normalmente, la resolución sobre el juicio de culpabilidad o de inocencia corresponde a la comunidad reunida en asamblea. El Chamán actuará como conocedor experto de las tradiciones y leyes del poblado. Determinará la gravedad del hecho desde el punto de vista espiritual y trascendental. Y sus opiniones también serán de gran influencia, pues suele ser la persona más respetada de toda la comunidad por su gran autoridad”.

108 GARCÍA S., F., *Formas indígenas de administrar justicia*, ed. FLACSO, Ecuador, 2002, págs. 51-52.

109 *Op. cit.*, págs. 52-53. En algunas comunidades, sin embargo, también se utiliza la casa de la autoridad, la cual habilita al efecto parte de la misma (FERNÁNDEZ OSCO, *La ley del ayllu*, cit., págs. 173-174).

judiciales indígenas frente a los estatales. Para ello, deberemos atender a los diferentes criterios de atribución de la competencia, en particular, al objetivo, referido a las materias y a las personas, y al criterio territorial.

Si partimos de los ordenamientos constitucionales y del Convenio 169 de la OIT, el panorama es muy diverso y problemático por la falta de normas de coordinación que resuelvan los conflictos de competencia¹¹⁰. Así, por ejemplo, en cuanto a las constituciones hay países como Colombia y Perú, que parten del criterio territorial, otras, como Bolivia, que no dicen nada, el caso de Ecuador que lo hace refiriéndose a los “conflictos internos”, o Venezuela, que se refiere al territorio y a las personas¹¹¹.

Desde el punto de vista de la materia, si se parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo jurídico, lo primero que hay que afirmar es la autonomía de los ordenamientos indígenas para establecer aquellos asuntos que estimen oportuno de su competencia, de acuerdo con su cosmovisión. Como ya sabemos, hay delitos que coinciden con el ordenamiento estatal y otros no, pero

eso es perfectamente posible y ninguna constitución o el Convenio núm. 169 de la OIT limitan esta posibilidad. La posición contraria¹¹² sólo es explicable desde una concepción “colonialista”, hoy inadmisibles.

En cuanto a las personas, no cabe duda de que la condición de indígena va a influir para determinar la competencia de un asunto. Ahora bien, este criterio deberá combinarse con el material y el territorial, y sólo de su conjunción podremos saber qué “jurisdicción” es la competente. En cualquier caso, cuando hablo de indígena me estoy refiriendo a una persona vinculada a una comunidad, que vive de acuerdo a una cultura y unas costumbres diferentes del resto de personas, porque evidentemente hay personas de origen indígena, pero que viven integrados en la cultura oficial o estatal, y no los tomo en consideración a estos efectos.

110 Sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Penal ecuatoriano de 1992, que se refería a esta cuestión, puede verse: BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 171 y ss.

111 Seguimos aquí a YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., págs. 7 y ss.

112 Países como Argentina, Perú o México pretenden en los proyectos de ley de coordinación entre las jurisdicciones estatal e indígena, limitar esta última para los supuestos de menor cuantía y, especialmente, excluir su competencia en asuntos penales.

... si se parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo jurídico, lo primero que hay que afirmar es la autonomía de los ordenamientos indígenas para establecer aquellos asuntos que estimen oportuno de su competencia, de acuerdo con su cosmovisión.

Respecto al territorio, surge el problema de qué se entiende por el mismo, pues muchas comunidades actúan en territorios que legalmente no les pertenecen, aunque ancestralmente estén desarrollando su actividad en el mismo o, simplemente, existen dudas sobre su delimitación. En este sentido, nos puede ayudar el artículo 13.2 del Convenio núm. 169 de la OIT que considera territorio “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, y el artículo 14.1 que añade las “tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Teniendo en cuenta lo anterior y que los casos que se pueden plantear son múltiples, voy a ir haciendo un recorrido por cada supuesto, proponiendo la solución que estimo más adecuada. Con todo, tal y como afirma la Corte Constitucional de Colombia¹¹³, “no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”:

En primer lugar, parece claro que cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por un aborígen en su territorio, debe ser la “jurisdicción” indígena quien le enjuicie.

En segundo lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por el ordenamiento nacional y cometido por un aborígen en su territorio, debe ser la “jurisdicción” nacional la que le enjuicie, si bien “tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el

sistema jurídico nacional”¹¹⁴. En el primer caso, los tribunales estatales para justificar la devolución del indígena a su entorno, tal como recogen algunos códigos penales latinoamericanos, podrían estimar concurrente el error de comprensión culturalmente condicionado, lo que les llevaría a declararlo exento de responsabilidad penal.

En tercer lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por el ordenamiento nacional y cometido por un aborígen fuera de su territorio, estaremos a la solución anterior.

En cuarto lugar, tratándose de un hecho sancionado por los dos ordenamientos y cometido por un indígena en su territorio, “es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”¹¹⁵. Lo que no se puede admitir es que, una vez condenado por la “jurisdicción” estatal al haberse comprobado su comprensión del ilícito penal, para eludir la sanción impuesta exija el enjuiciamiento por los órganos indígenas.

En quinto lugar, si se trata de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por una persona no indígena plantea un grave problema, porque afirmar la incompetencia de los órganos indígenas significa indefectiblemente la elusión de responsabilidades por parte de los infractores, pues normalmente el Estado queda lejos y ya sabemos cuál es la situación del indígena en el proceso estatal. Hay, no obstante, doctrina que es partidaria del fortalecimiento del derecho indígena y que admite que las comunidades protejan sus bienes y sus derechos por sus medios, respetando siempre las normas y procedimientos establecidos, así como el mínimo fundamental de los derechos humanos. Se discute, al respecto, si la pertenencia cultural es un criterio determinante para el enjuiciamiento del sujeto, si bien se afirma que ello no debe utilizarse como pretexto para eludir las responsabilidades por los daños causados¹¹⁶. En mi opinión, siguiendo a BORJA JIMÉNEZ, tendría más sentido desde la perspectiva de la finalidad que cumple el proceso indígena y que es *ad intra* de la

114 Idem anterior.

115 Idem anterior.

116 Sobre el reconocimiento y fortalecimiento de la “jurisdicción” indígena, YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., págs. 11-12.

113 Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

comunidad, que la decisión sobre quién enjuicie se dejara a la elección del infractor. El problema de esta solución es que no cabría en ningún caso la vía penal, por tratarse de un hecho no tipificado, lo que conduciría a la vía civil resarcitoria, lo que a su vez provocaría, seguramente, la insatisfacción desde el lado indígena. La salida para estos casos, pienso que pasa por la creación de mecanismos que posibiliten el diálogo y el acuerdo intercultural.

En sexto lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por un aborígen fuera de su territorio, según las normas constitucionales que circunscriben la actuación de la “jurisdicción” indígena a su hábitat, no podrían actuar. Sin embargo, reconociendo que en la práctica es difícil que se dé un caso penal de estas características, porque lo normal será que también esté tipificado por el ordenamiento estatal —piénsese, por ejemplo, en un asesinato en el que la víctima y el agresor son de la misma comunidad indígena, pero lo cometen en la ciudad—, según YRIGOYEN FAJARDO “cabe hacer un paralelo con el derecho internacional (...) (y) bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la jurisdicción especial estuviese dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse”¹¹⁷.

En séptimo lugar, por último, cabe plantearse qué ocurre cuando un aborígen se niega a ser juzgado por los órganos indígenas, siendo competencia de éstos el asunto. La solución para estos casos no puede pasar, en mi opinión, por dejar la solución en manos del infractor. Si partimos, como ya se ha dicho, del reconocimiento de la pluralidad jurídica y de la “jurisdicción” indígena no podemos “rebajar” ésta a una opción. Está al mismo nivel que la estatal, dentro de sus competencias, por lo tanto, si de acuerdo con los criterios arriba expuestos es un asunto que entra dentro éstas, ha sido cometido en territorio indígena y el sujeto pertenece fehacientemente a esa comunidad no se le puede excusar de dicha obligación. Es más, el Estado tendría el deber de garantizar dicho enjuiciamiento, si quiere ser consecuente con los postulados constitucionalmente reconocidos¹¹⁸.

¹¹⁷ *Op. cit.*, pág. 12.

¹¹⁸ En este sentido, YRIGOYEN FAJARDO, *Op. cit.*, pág. 12. Por su parte, BORJA JIMÉNEZ (*Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., pág. 50) ha afirmado, que “esta posibilidad de enjuiciar a un miembro del grupo aborígen en contra de su voluntad creo que sólo debería establecerse en comunidades con una muy fuerte tradición de enjuiciamiento con arreglo a sus propias reglas y procesos”.

4.3.3. Procedimiento.

El procedimiento indígena está regido por la oralidad, desde el punto de vista de la forma de sus actos y dividido en dos fases. Una primera de investigación que tiene lugar ante la autoridad comunal, el jefe o cabildo, y una segunda de enjuiciamiento, ante el órgano que vaya a sentenciar.

El modo cómo llega a la autoridad varía de unos casos a otros. Puede ser el afectado directamente el que lo ponga en conocimiento o bien su familia. A partir de ese momento, se inicia la investigación que pasa por citar al acusado y a los testigos y tomarles declaración o visitar el lugar de los hechos. En definitiva, hacer las pesquisas necesarias tratando de averiguar quién ha sido el infractor.

Como medidas cautelares caben la detención del sujeto y su encierro en diferentes lugares: la casa comunal, la iglesia, etc. De todos modos, el encierro no suele durar mucho, porque el procedimiento es rápido, pero también por el rechazo que les producen este tipo de medidas. En esta fase de investigación adquieren especial relevancia dos medidas muy generalizadas en la práctica de los pueblos indígenas, que son el baño en agua fría y el ortigamiento y que no tienen naturaleza penal, por cuanto que en los casos en los que se aplican es después cuando se le impone la verdadera pena¹¹⁹. En realidad, se

¹¹⁹ “El Derecho Penal indígena, especialmente el que se aplica en las comunidades de la Sierra, de los Andes ecuatorianos y bolivianos, es un Derecho Penal que une elementos mágicos y místicos con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social. Las instituciones del baño en agua fría y el ortigamiento, muy utilizadas en las comunidades quechuas ecuatorianas, pero también en la Amazonía (aquí sólo la aplicación de la ortiga), presentan una naturaleza mixta entre componentes procesales y punitivos, a la que no son ajenas formas rituales procedentes de una institución ancestral.

En estas sociedades amerindias, la ejecución de la sanción se lleva a cabo a través de un procedimiento en el que, como acabo de señalar, se mezcla el rito con ciertas instituciones jurídicas, ya sean adjetivas o sustantivas. Al reo se le desnuda y se le baña en agua fría en el río, riachuelo, lago o fuente más próxima al lugar de enjuiciamiento. Con ello se pretende “limpiar el cuerpo de los malos espíritus que han llevado al individuo a realizar un daño contra los demás”. Tras el baño en agua fría, sobre el cuerpo desnudo del condenado se le aplica la ortiga, hierba urticante que en contacto con la piel produce picores, inflamaciones y eczemas, con irritación generalizada. Tanto el baño en agua fría como el ortigamiento, se han contemplado como medios bárbaros de sanción del delincuente. Pero creo que ni siquiera tienen el carácter de pena íntegramente. El ortigamiento, que ciertamente produce dolor físico, es un medio procesal y ritual que persigue “curar” al reo, que éste se sienta “libre” de las malas influencias que le llevaron a perpetrar el delito y confiese su hecho ante la comunidad para, de esta forma, como reconocimiento de un error cometido, aquella pueda aceptar de nuevo a éste y así reintegrarle a su seno tras la ejecución de la sanción. La ortiga, pues, tiene un carácter ritual y mágico, de tal suerte que su utilización en el cuerpo del condenado se interpreta como una forma de purificar su sangre y su alma, pues se considera que es un espíritu ajeno y maligno quien le incitó a delinquir, y el cual es expulsado, purificando al sujeto, cuando se aplica la hierba urticácea” (BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del*

trataría de dos medidas preparatorias del enjuiciamiento ya que “persiguen que el sujeto confiese libremente la injusticia de su hecho para recuperar de esta forma su paz interior y la confianza y aceptación de la misma comunidad”¹²⁰.

Cuando se trata de delitos graves en los que no existen testigos o hay contradicciones y vacíos, que hacen muy difícil llegar a la verdad, en algunas comunidades utilizan los “chicotazos” (azotes) y/o el “juramento susjatorio (juzgatorio)”, una variante de la confesión con tintes mágicos y sagrados, que consiste en pasar desnudo por encima de una tela negra –a semejanza de un ataúd– en la que hay una vara de Yunqui, que representa el cielo, y sal, que significa la verdad, además de cuatro velas en cada esquina, y proclamando el infractor que no es culpable y que si lo es Dios le castigará¹²¹.

Son este tipo de prácticas de los Pueblos indígenas, además de algunas de las penas que imponen, las que provocan la colisión de sus ordenamientos con los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y las leyes y, sobre todo, con los derechos humanos. Al respecto y siendo conscientes de que ésta es una de los problemas de los de mayor enjundia que plantea el reconocimiento del derecho y la “jurisdicción” indígenas, vamos a hacer siquiera un breve excursu, que deje constancia de las cuestiones más importantes y de las soluciones que, desde la perspectiva intercultural, se han aportado.

En este sentido, hay que partir del Convenio 169 de la OIT (art. 8.2) que establece como límite de las costumbres e instituciones indígenas propias, “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional” y “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Por lo demás, las constituciones de los países andinos, salvo la de Perú que se refiere al respeto a los “derechos fundamentales de la persona”, el resto de países ponen el límite en la Constitución y las leyes, añadiendo la de Venezuela el orden público. Así las cosas, no cabe duda de que el margen de actuación de los órganos judiciales indígenas es muy pequeño y, como ha dicho la Corte Constitucional colombiana¹²², si tuvieran que respetar exactamente la Constitución y las leyes ello llevaría a un desconocimiento completo de “las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse”, por lo que las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo están justificadas cuando se protejan intereses de

superior jerarquía, que constituirían así los mínimos fundamentales: “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas”¹²³.

Continuando con el procedimiento, cuando se tiene constancia del infractor y de las circunstancias, bien porque lo ha confesado, bien porque la autoridad investigadora ha llegado al convencimiento sobre su autoría, convocará al órgano enjuiciador. El cual, se constituirá en el lugar antes mencionado y comenzará el “juicio” en el que la palabra del infractor y los testigos juegan un papel esencial, pudiendo hacerse confesiones, declaraciones y careos. Una vez practicadas las pruebas, se proclama la decisión, levantándose en ocasiones un acta de lo acontecido, que contiene aquélla. Actas, que incluso se guardan y se pasan las autoridades unas a otras¹²⁴.

¹²³ Concluía la Corte en la misma sentencia T-349/96, en relación al castigo del “cepo”, que el actor consideraba un trato cruel e inhumano, que: “Sin embargo, se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad”.

Asimismo, aunque es extensa, quisiera transcribir la argumentación de la Corte en la interesante sentencia T-523/97, en relación con el “fuate” (flagelación con “perrero de arriar ganado” en la parte inferior de la pierna): “La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: “(...) todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquies-

Derecho Penal Indígena en Latinoamérica, cit., págs. 23-24).

¹²⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, pág. 35.

¹²¹ FERNÁNDEZ OSCO, *La ley del ayllu*, cit., págs. 109-110.

¹²² La ya citada sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

En cuanto a los recursos, hemos podido constatar que las resoluciones que se dictan son irrecurribles, salvo que vulneren un derecho fundamental, en cuyo caso se podría acudir a la corte constitucional correspondiente, pero en ningún supuesto ante los órganos estatales, ya que ello vulneraría la autonomía de la “jurisdicción” indígena. De todos modos, la Corte Constitucional de Colombia recoge un supuesto en que se dictó una segunda sentencia por la comunidad reunida en asamblea general, contra la que había dictado el

...
la ejecución de las decisiones indígenas las llevan adelante los propios indígenas a través de sus autoridades comunitarias, pudiendo utilizar la fuerza, si es necesario.

cabildo en “primera instancia”, si bien en realidad lo que ocurrió es que, según la costumbre de esa comunidad indígena, el cabildo no tenía competencia para resolver¹²⁵

Por último, la ejecución de las decisiones indígenas las llevan adelante los propios indígenas a través de sus autoridades comunitarias, pudiendo utilizar la fuerza, si es necesario. No obstante, ésta no suele serlo, porque el infractor suele asumir la sanción para reincorporarse a la comunidad y ser aceptado por ésta y su familia. Sin embargo, existen

cencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”. La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso “Tyrer”, en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes “con una vara de abedul”, no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, “porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan esta noción”: Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de “Irlanda contra el Reino Unido”, en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan “sufrimientos de una intensidad y crueldad particular”, no podrían considerarse como tortura”.

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá

para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que «humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno», porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al «escarmiento» público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso “Tyrer” ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea “es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas”, mientras que la sociedad páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor”.

¹²⁴ Pueden encontrarse ejemplos de actas en: PEÑA JUMPA, A., *Justicia comunal en los Andes del Perú*, ed. Pontificia Universidad Católica de Perú, Perú, 1998, págs. 352 y ss.

¹²⁵ Según la Corte (sentencia T-349/96), “lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico embera-chamí, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrilinajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desenlace una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres”.

penas cuya ejecución misma la exige, porque llevan insita la fuerza –piénsese, en las penas de latigazos o el cepe¹²⁶–. Al respecto es importante recordar la necesidad que tienen en ocasiones de que las autoridades estatales cooperen con las indígenas. Así, por ejemplo, reconociendo sus sentencias en todo el territorio nacional a efectos de poder modificar las inscripciones de los registros de la propiedad y civil, o recabando el auxilio de la policía nacional para llevar al territorio indígena a alguien condenado por esa “jurisdicción” y que había escapado, tratando de eludir la pena impuesta¹²⁷.

.....
¹²⁶Mucho más, si la pena a imponer es la de la muerte. Algo extraño, pero no totalmente desterrado de las prácticas de algunas comunidades, especialmente de las más aisladas –y cuya existencia está también más amenazada por la civilización–.

¹²⁷Vid. al respecto la sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional colombiana.

Inés Marensi

inesmarensi@netverk.com.ar

Reforma Procesal Penal y Pueblos Indígenas



The purpose of this report is to identify the degree to which the criminal procedure reform has turned out to be “sensitive” to the problematic presented by cultural diversity in the area of criminal justice. Considering the criminal justice movement to be a process that is constantly being adjusted and constructed, and especially keeping in mind that many countries in the region are in the beginning stages of this process, the normative mechanisms and institutional experiences identified become indicators for evaluating the reception of the issue of cultural diversity in criminal justice reform. The information gathered demonstrates that before promoting innovation in the field of indigenous rights, new criminal procedure was enriched and adapted locally in keeping with the demands and rights that had already been won in the area of cultural diversity in some countries in the region.

I. INTRODUCCIÓN

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), desde su creación, ha destinado gran parte de sus esfuerzos al estudio y seguimiento del proceso de reforma procesal penal, así como al desarrollo de estrategias de intervención que permitan optimizar la implementación de dichos cambios. De este modo, desde el año 2001 comenzó con el Estudio de Seguimiento a las Reformas Procesales Penales en las Américas, programa que estudia de manera comparativa y empírica, los resultados de las reformas a la justicia criminal implementadas en las últimas décadas¹.

El enfoque dado por CEJA a estos estudios ha puesto particular énfasis en el proceso de implementación, en la gestión de los sistemas judiciales y en la modificación de prácticas concretas por parte de los operadores. Desde esta perspectiva, se trata de determinar en qué medida los nuevos códigos procesales penales están cumpliendo los principales objetivos trazados desde su diseño, y en consecuencia, identificar aquellas áreas que requieren ser ajustadas.

Una primera y muy general conclusión que se extrae a partir del estudio aludido, es que en todos los países han existido importantes avances en la implementación de las reformas y en la mayor parte de los casos esos avances se han producido en el sentido correcto, ello no obstante las falencias, tareas pendientes, marchas y contramarchas identificadas en la trayectoria de este proceso de cambio en cada caso.

Ahora bien, una forma complementaria de aproximarse al análisis de la reforma es a través del impacto que ésta produjo en sectores especialmente vulnerables de la sociedad latinoamericana. En este sentido, se recortan diferentes universos que por su especificidad han sido objeto de estudio por parte de CEJA: las mujeres², los afrodescendientes³ y los pueblos indígenas. Tema este último sobre el que se ocupa el presente trabajo.

Pero hacer este entrecruzamiento entre reforma procesal penal y Pueblos indígenas, requiere de algunas aclaraciones previas, tanto del orden conceptual como metodológico.

1 Ver en www.cejamericas.org Proyecto Seguimiento de la Reforma Procesal Penal. Informe comparativo: Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina: Versión Revisada: octubre de 2004.

2 Ver en www.cejamericas.org, Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género.

3 Ver en www.cejamericas.org Sistema judicial y racismo contra Afrodescendientes: Observaciones finales y recomendaciones.

La reforma procesal penal es parte de un movimiento de reforma al sistema judicial que toma impulso en América Latina a partir de los años 80's, cuya plataforma está dada por el proceso de democratización de gran parte del continente y cuyo primer momento estuvo vinculado fuertemente a revertir la situación crónica de violación de los Derechos Humanos, prestando especial atención a las garantías de los individuos. En un segundo momento, este proceso busca incrementar la eficiencia de la justicia a través de la modernización del sistema judicial.

En cuanto a los Derechos de los Pueblos indígenas, es bien entrado los 80 que éstos adquieren otra entidad en la discusión. Empiezan a formar parte de las reformas normativas, integran los contenidos de las reformas constitucionales, se identifican sus organizaciones, y se posicionan sus líderes en la arena política. Si bien no es posible generalizar este cambio de escenario en todos los países, sí es posible afirmar que los Derechos de los Pueblos indígenas empiezan a formar parte de las reformas judiciales, intentando salvarlos del olvido y del abandono que sufrieron.

La sincronía de ambos movimientos y su origen en el resguardo de los DDHH resultan denominadores comunes de ambos procesos

No obstante, los objetivos políticos que motorizaron el proceso de reforma a la justicia criminal no buscaban dar respuesta directa a la problemática de sectores particulares de la sociedad latinoamericana, sino a través de los beneficios que estos cambios implicarían al conjunto de los ciudadanos destinatarios del servicio de justicia. Ninguno de los sectores mencionados anteriormente han tenido especial protagonismo en el proceso de reforma a la justicia, ni como actores del cambio ni como destinatarios directos de sus resultados.

Por el contrario, la información recopilada nos muestra que el nuevo procedimiento penal antes que impulsar innovaciones en el campo de los derechos de los Pueblos indígenas, fue enriquecido y adaptado localmente en consonancia con las reivindicaciones y derechos ya ganados en materia de diversidad cultural en algunos Estados de la región. Esto se ve claramente en los países en los que, con anterioridad a la reforma, existía la jurisdicción especial indígena.

Por otro lado, el proceso de reforma a los sistemas de justicia penal en Latinoamérica se realizó sobre bases muy homogéneas: se trataba de cambiar un modelo de enjuiciamiento inquisitivo por otro de corte acusatorio. Desde el punto de vista de sus objetivos políticos así como de su diseño normativo e institucional, la reforma no presenta diferencias sustanciales en toda la región.

Esto último nos permite sugerir, al menos preliminarmente, que el proceso de reforma a la justicia criminal y el movimiento de reconocimiento de los

Derechos Indígenas resultan políticas públicas que presentan puntos en tensión: De un lado un proceso que –sobre la base del respeto por los derechos humanos y las garantías individuales– busca modernizar y estandarizar el modelo de justicia penal en la Región; del otro lado, una política que revaloriza y respeta las culturas originarias, buscando así generar fracturas en el paradigma monocultural dominante en Latinoamérica.

No resulta propósito del trabajo profundizar esta hipótesis, como así tampoco en el análisis del complejo panorama de demandas y derechos de los Pueblos indígenas, salvo en la medida en que éstas se vinculen con la justicia penal y hayan sido receptadas y en el mejor de los casos, promovidas, por el movimiento de reforma al proceso penal en la región.

Si bien la solución a los problemas que plantean los Pueblos indígenas no pasa por el tema de las reformas procesales penales –plataforma de nuestro análisis– éstas pueden convertirse en un instrumento válido para avanzar en su reconocimiento y respeto.

1. Objetivo

En función de lo planteado, el presente trabajo se propone identificar en qué medida la reforma procesal penal ha resultado “sensible” a la problemática que presenta la diversidad cultural en materia de justicia penal. En otras palabras, y a fin de operativizar el enunciado del objetivo propuesto, se propone:

Identificar los mecanismos normativos y experiencias institucionales que el movimiento de reforma a la justicia criminal ha receptado a fin de dar una respuesta ajustada -esto es, adaptada, particular- a los conflictos penales que involucran a los miembros de Pueblos indígenas.

En cuanto a los Derechos de los Pueblos indígenas, es bien entrado los 80 que éstos adquieren otra entidad en la discusión. Empiezan a formar parte de las reformas normativas, integran los contenidos de las reformas constitucionales, se identifican sus organizaciones, y se posicionan sus líderes en la arena política.

2. Metodología y estructura del informe

El informe se realiza a partir de un análisis bibliográfico, normativo y jurisprudencial de cinco países de la región: Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. En función de la metodología utilizada, el trabajo tiene una finalidad descriptiva y exploratoria. En este sentido, la información recopilada nos permitirá arribar a constataciones preliminares que aunque tales, esperamos sirvan de base a futuros trabajos de aproximación empírica.

Sabemos que no siempre las prescripciones normativas tienen su adecuado correlato en la realidad, o bien -en el mejor de los casos- cuando se aplican, no siempre generan los efectos buscados. A pesar de la limitación propia de la metodología con la que se elabora el informe, intentaremos avanzar desde el diseño legislativo de las fórmulas encontradas hacia su nivel de implementación y resultados, a fin de ilustrar su funcionamiento en la práctica, sus ventajas y obstáculos.

Los países han sido seleccionados por presentar marcadas variaciones respecto de dos criterios básicos: 1) las características demográficas de los Pueblos indígenas -en cuanto a porcentaje y conformación de su población- y 2) el contexto institucional que resulta base de la legislación procesal penal de cada Estado.

El contexto institucional de los países se describe en función de los siguientes indicadores claves: a) Instrumentos Internacionales: ratificación del Convenio 169 de la OIT; b) Reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena y de la conformación pluricultural del Estado y c) Legislación interna que se vincula con la temática del informe, aunque no esté referida exclusivamente al ámbito penal.

Tanto los datos demográficos y fundamentalmente el contexto institucional de los países -con su mayor o menor grado de apertura hacia el reconocimiento de la diversidad cultural- resultan variables significativas para enmarcar el análisis del tema que nos ocupa. El desarrollo de ambos temas se presenta en la primera parte del informe

En la segunda parte se describen los mecanismos normativos e instituciones que articulan la respuesta de la justicia penal con la problemática de la diversidad cultural, poniendo énfasis en aquellos que han sido receptados por los nuevos CPP o bien que han sido creados en el contexto del proceso de reforma.

En la primera y la segunda parte del informe presentan cuadros que sintetizan la información desarrollada, de modo que su inclusión tiene por finalidad la fácil visualización y comparación de aquellos datos que resultan relevantes al objetivo del informe.

II. EL CONTEXTO

1. Características demográficas de los Pueblos indígenas

La población indígena de Latinoamérica se encuentra en una situación de alta vulnerabilidad: pobreza y extrema pobreza, marginalidad, discriminación, escaso acceso a la salud, alto índice de analfabetismo, sumado a una historia compartida de colonización, con su consecuencia de explotación, marginación y expropiación territorial, resultan denominadores comunes de un colectivo tan diverso como numeroso.

No obstante, desde el punto de vista demográfico, los Pueblos indígenas de los países seleccionados presentan algunas diferenciaciones que cabe señalar dado que pueden resultar variables significativas para contextualizar el tema que nos ocupa. En particular, nos referimos a dos indicadores claves: el porcentaje de población indígena respecto de la población total en el país y la diversidad de culturas originarias dentro de dicho universo.

Como veremos a continuación, el porcentaje de población indígena de los países que integran la muestra presentan una variación notable -del 3,4% en el caso de Colombia al 90% "estimado" para Bolivia-, siendo justamente estas variaciones una de las razones que justifican la elección de los países en el estudio. Similar rango presenta la conformación de etnias dentro de cada Estado.

2. Situación institucional de los países

Tal como se indicó anteriormente, el contexto institucional de los países se describe de acuerdo con: a) Instrumentos Internacionales reconocidos por los Estados, donde el indicador clave a considerar es la ratificación del Convenio 169 de la OIT; b) Constitución Nacional, siendo indicadores claves el reconocimiento de la Jurisdicción Indígena y la conformación pluricultural del Estado y c) Legislación interna que se vincula con la temática del informe, quedando fuera de esta categoría el Código Penal y Procesal Penal, dado que serán tratado en el capítulo siguiente.

Antes de presentar contexto en cada país, se describirá brevemente cada uno de los indicadores mencionados.

Convenio 196 de la OIT

En el ámbito del Derecho Internacional, el Convenio 169 de la OIT de 1989 viene a reflejar la importancia que adquirieron los grupos indígenas en los foros internacionales y constituye –hasta el presente– uno de los instrumentos más importantes sobre el tema. Si bien no nos detendremos en este apartado en su análisis, sí es relevante hacer notar que alrededor de este Convenio la discusión sobre los Pueblos indígenas ha tomado otra dimensión en el contexto internacional.

En el tema que nos ocupa, el Convenio 169 incorpora tres artículos esenciales⁴. Los artículos 8, 9 y 10 que, de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los Pueblos indígenas el derecho de administrar justicia siguiendo sus propias pautas a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones (en cualquier materia), generando una articulación en materia de justicia que sigue siendo piedra de discusión al interior de los Estados. También menciona expresamente que deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (10.2)

Los países que incorporan la jurisdicción indígena reconocen constitucionalmente el derecho de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y pueblos originarios a ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias dentro de su ámbito territorial, de conformidad a sus costumbres y procedimientos...

⁴ **Artículo 8:** 1) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3) La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. **Artículo 9:** 1) En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2) Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. **Artículo 10:** 1) Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2) Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Si bien, como veremos más abajo al presentar la información de los países, la interpretación respecto al alcance de este convenio no es unívoca, su ratificación es sin duda una variable clave para nuestro análisis, en virtud de las posibilidades que ofrece para atender las demandas de los Pueblos indígenas en cuanto a su legitimidad para administrar justicia.

Constitución Nacional

A nivel constitucional, centraremos la atención en dos indicadores que resultan claves y que según la información normativa e institucional de los países estudiados aparecen estrechamente vinculados entre sí. Uno de ellos es el reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica en el país y el otro es el reconocimiento de la Jurisdicción Indígena.

Las Constituciones analizadas plantean en su articulado la obligación de disponer de un traductor en todos los procesos judiciales. No obstante, este derecho no se convierte en un indicador a nivel constitucional porque en todos los casos se encuentra expresamente formulado en la legislación procesal penal respectiva, y en consecuencia, para un estudio más detallado de este mecanismo normativo, se incluye en el capítulo referido a justicia penal.

Los países que incorporan la jurisdicción indígena reconocen constitucionalmente el derecho de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y pueblos originarios a ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias dentro de su ámbito territorial, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes nacionales y que no vulneren principios fundamentales reconocidos a través de los instrumentos internacionales ratificados por los Estados.

En el anterior enunciado –que resume la formulación de este derecho en las constituciones analizadas– ya se entreven algunos parámetros que enmarcan y limitan el ámbito de actuación de la justicia indígena. No obstante, en todos los casos la Constitución Nacional dispone la redacción de una ley específica que regule la coordinación de ambas jurisdicciones, tema que, en función de la información recopilada, resulta un problema clave.

Al no disponerse de una norma específica al respecto, ha quedado en manos de los tribunales superiores la regulación de este aspecto a través de

los fallos. Es decir, que de hecho, a partir de la resolución de los casos concretos se van conformando criterios de decisión general para los conflictos en esta materia. Como veremos más abajo, las reglas que surgen de los fallos del tribunal constitucional de Colombia es un ejemplo de ello.

Otras Leyes que vinculan la diversidad cultural y la justicia penal

A nivel de legislación interna —y por fuera de los códigos penal y procesal penal que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente— varios de los países estudiados disponen de leyes que regulan aspectos vinculados a diversidad cultural y justicia penal. En tal sentido, creemos pertinente incorporar esta categoría al momento de ilustrar el contexto institucional, aún cuando estas leyes excedan el ámbito de estudio del presente trabajo.

3. Los países

Siguiendo entonces las categorías de análisis mencionadas, presentamos el contexto demográfico e institucional de los países seleccionados y a continuación un cuadro en donde se resumen los datos claves identificados.

3.A Bolivia

De acuerdo al censo de población del año 2001 del Instituto Nacional de Estadísticas, Bolivia cuenta con 8.274.325 habitantes, de los cuales 62% se considera población indígena⁵. Según los propios indígenas, ellos corresponden al 90% del país⁶.

Fuera del Censo, no existen estadísticas oficiales periódicas comparables de la población indígena y originaria. La única base estadística extracensal que concita mayor aceptación es aquella elaborada por el Ministerio de Asuntos Campesinos, Pueblos Indígenas

... se preceptúa que las Asociaciones Comunitarias constituidas por las Organizaciones Territoriales de Base (comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus usos y costumbres), están facultadas para resolver sus conflictos conforme a sus usos y costumbres.

y Originarios (MACPIO), que indica la existencia de 35 pueblos diferenciados⁷.

La mayoría de la población indígena está constituida por aymarás, quechuas, chiquitanos y guaraníes, existiendo sin embargo una muy alta diversidad cultural y una vulnerabilidad demográfica significativa, especialmente en la Amazonía.

Situación normativa

La Constitución de Bolivia contiene un reconocimiento expreso del carácter multiétnico y pluricultural de la nación, además de establecer una norma interpretativa amplia que permite la incorporación de pleno derecho de todos los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia, entre los que destacamos —dado el tema que nos ocupa— la incorporación del Convenio 169 de la OIT.

En lo referente a la jurisdicción indígena, la Constitución en su artículo 171 establece que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Mediante la Ley 1551 de Participación Popular, modificada por la Ley 1702 de 17 de julio de 1996, se preceptúa que las Asociaciones Comunitarias constituidas por las Organizaciones Territoriales de Base (comunidades campesinas, Pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus usos y costumbres), están facultadas para resolver sus conflictos conforme a sus usos y costumbres.

Existen a su vez otras disposiciones que reconocen ciertos derechos específicos a los pueblos indígenas, tal como el deber del Estado de proveer de traductor cuando la lengua materna en el proceso judicial no sea el castellano, garantía que es recogida en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y por lo tanto será detallada en la segunda parte del informe.

5 Entre 4.5 y 5.8 millones de las personas censadas se auto-identificaron como miembros de una etnia indígena. El censo sólo comprendió los mayores de 15 años. Informe del Banco Mundial, Bolivia en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/0,,contentMDK:20420817-menuPK:508626-pagePK:146736-piPK:226340-theSitePK:489669,00.html>, visitado el 30/05/05.

6 VALENZUELA FERNÁNDEZ, Rodrigo, *Inequidad, Ciudadanía y Pueblos Indígenas en Bolivia*, en Serie Políticas Sociales N° 83, División de Desarrollo Social, CEPAL, Santiago de Chile, marzo de 2004

7 MINISTERIO DE ASUNTOS CAMPESINOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS en Distribución de los Grupos Indígenas, www.proiebandes.org/investigaciones/conocimientos_locales_y_diversificacion_curricular.pdf, visitado 25/11/04.

Tal como ha quedado establecido, en Bolivia se reconoce la jurisdicción especial que corresponde a los Pueblos indígenas. Se instaura de este modo, un modelo de justicia, conocido como *justicia comunitaria*, modelo que también reconocido por la Ley de Reforma agraria (INRA), por la Ley contra la Violencia Intrafamiliar o Doméstica⁸, la Ley Orgánica del Ministerio Público⁹ y –como vimos– por el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

La responsabilidad de administrar justicia recae en toda la comunidad. Los procedimientos y resoluciones son controlados por las instancias colectivas denominadas asambleas. Una de las características principales de esta forma de justicia es que es flexible y se adapta a las necesidades de las distintas comunidades, a sus modos de vida y realidad. La solución de los conflictos pasa por el interés de la comunidad, en concordancia con su finalidad primordial de garantizar el orden y la convivencia de sus miembros. Las sanciones siguen los mismos propósitos, persiguiendo con ellas la reparación antes que la represión, y la restitución antes que el castigo.

A la fecha no existe una ley que regule la coordinación entre la justicia comunitaria y el sistema oficial¹⁰. Los conflictos en esta materia son dirimidos por el Tribunal Constitucional. Si bien las sentencias del Tribunal Constitucional evidencian un avance notable en el respeto de los derechos de los Pueblos indígenas existen aún ciertas prácticas de los tribunales que demuestran la persistencia de una conducta discriminatoria respecto de estas comunidades así como discrepancias y vacíos respecto de criterios para la coordinación¹¹.

8 Art. 16 de la Ley 1674 de 15 de diciembre de 1995.

9 Art. 17 de la Ley 2175 de 96 de febrero de 2001.

10 En nota de prensa de 2 de agosto de 2004, se señala que se presentó un proyecto de ley destinado a regular esta materia. Ver <http://www.bolivia.com/noticias/autonoticias/DetalleNoticia21821.asp>, visitado el 01/09/05.

11 SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2002-04940-10-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 11 de marzo de 2003; y Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-049410-10-RAC, Sucre 11 de marzo de 2003. En la cual se solicita al Ministerio de Asuntos Campesinos que evacúe un informe para evaluar la pertinencia de la medida adoptada por la comunidad indígena, antes de adoptar una decisión definitiva sobre la misma; SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2004-08288-17-RAC, Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santivañez. Sucre 1 de julio de 2004; SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2003-08094-17-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 10 de marzo de 2004.

3.B Chile

La población indígena en Chile, de acuerdo con el censo del año 2002, corresponde al 4,6% de la población (equivalentes a 692.192 personas), las que se consideran pertenecientes a uno de los ocho pueblos establecidos en la Ley Indígena, destacando el pueblo mapuche (87,3%), los aymará (7%) y finalmente los atacameños (3%)¹². El resto de las etnias reconocidas, suman en su conjunto un 2,7% (Alcalufe, Colla, Quechua, Rapanui y Yamana)¹³.

Situación normativa

En Chile no existe un reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica existente en su territorio. La Constitución chilena no considera una normativa específica para los derechos de los indígenas, ni reconoce el derecho de estos pueblos a autogobernarse y resolver sus conflictos de acuerdo a sus usos y costumbres. Así se regula de manera genérica la situación de los Pueblos indígenas, aplicando las garantías y derechos constitucionales comunes a todo ciudadano.

No obstante, el artículo 5 de la Carta incorpora a ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile¹⁴, a través de los cuales se reconoce el deber de los Estados de considerar y proteger las culturas de las minorías étnicas que se encuentran en sus territorios.

Si bien Chile no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel interno, rige desde 1993 la Ley Indígena (Ley 19.253), que reconoce la identidad de

12 Instituto Nacional de Estadísticas de Chile.

13 Las formas de medición de los pueblos indígenas han variado, ello si se considera que los únicos datos disponibles en 1992 se referían al sentimiento de pertenencia de la población respecto de tres etnias, a saber, mapuche, rapanui y aymará. Con todo, a esa fecha existían 998.385 personas que se reconocían como parte de alguna de las tres etnias mencionadas. En el censo de 2002 se realizó un estudio más abarcador, considerando los 8 pueblos indígenas que reconoce la Ley Indígena. La cifra tal como se ha indicado, era al 2002 de 692.192 personas. Se produce una diferencia de 306.193 personas, correspondiendo a una disminución del 31%.

14 De esta manera ingresan al ordenamiento jurídico interno las disposiciones de la *Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en 1966, que entró en vigencia en 1976, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, vigente en Chile desde 1971 y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, vigente por decreto 873 de agosto de 1990.

8 de los pueblos presentes en el territorio chileno, consagra el deber del Estado y de la sociedad de brindarles protección, crea asimismo un órgano público descentralizado, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas e instituye ciertos derechos específicos de los indígenas: la propiedad de la tierra, el derecho de participación y la protección a la cultura.

En relación finalmente con la justicia, la ley indígena estipula en el artículo 54, el derecho de hacer valer la costumbre en los juicios sustanciados entre indígenas, siempre que ésta no contravenga la Constitución. También la ley otorga la facultad a los jueces de aplicar como eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena. Sin embargo, limita la producción de la prueba de la costumbre, a los medios que franquea la ley y a un peritaje que realice la CONADI a petición del Tribunal.

Fuera de estas normas, no existe en la legislación vigente mayor regulación respecto de la facultad de las comunidades de administrar justicia de acuerdo a su propia costumbre, tampoco la posibilidad de resolver sus conflictos por medio de mecanismos alternativos. Siendo procedente en consecuencia, aplicar las normas de derecho común en todos los conflictos que se susciten entre indígenas.

3.C Colombia

En Colombia habitan 80 grupos étnicos que tienen presencia en 32 departamentos del país, especialmente en aquellos de selva tropical húmeda¹⁵. Su diversidad cultural se refleja en la existencia de más de 64 idiomas y unas 300 formas dialectales. Según el Censo de 2005, la población indígena representa el 3,4% de la población total.

El censo nacional de 2005 registró 1.378.884 indígenas, el 3,4% de la población del país, distribuidos entre más de 80 etnias, de las cuales las más numerosas son los Wayuu, Nasa, Zenú y Embera.

Situación normativa

Por ley N° 21 de 1991, Colombia promulgó el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes.¹⁶

La Constitución de 1991 reconoce y protege en su artículo 7 la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. Según la Constitución, los territorios indígenas son de dos clases, a saber, los resguardos ordinarios (Art. 329) y las entidades territoriales indígenas (Art. 286 y 287). Los primeros son una institución legal y sociopolítica especial, conformada por una o más comunidades, con una organización propia¹⁷; mientras que las segundas son entidades territoriales con autonomía administrativa y manejo fiscal. Su administración se realiza a través de la autoridad de los Consejos, conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades¹⁸.

A su vez, el artículo 357, le otorga a las entidades indígenas una participación en los ingresos generales de la Nación, los cuales podrán ser destinados, entre otras cosas, al financiamiento en materia de jurisdicción especial indígena, para el funcionamiento de centros de conciliación y comisarías de familia¹⁹.

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas de administrar justicia, la Constitución les reconoce expresamente, en el Art. 246, el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, mientras éstos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. Se propone el dictado de una ley especial que regulará la manera de coordinar ambas jurisdicciones.

... el artículo 357, le otorga a las entidades indígenas una participación en los ingresos generales de la Nación, los cuales podrán ser destinados, entre otras cosas, al financiamiento en materia de jurisdicción especial indígena, para el funcionamiento de centros de conciliación y comisarías de familia.

15 http://www.etniasdecolombia.org/grupos_pueblos.asp

16 De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos, se entienden incorporados al orden interno y servirán para interpretar los deberes y derechos que reconoce la Carta Fundamental.

17 Artículo 21 del decreto 2164.

18 Disposición que es coincidente con los artículos 1 y 2 de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 y con el artículo 178 de la Ley N° 142 del 11 de julio de 1994. La Constitución utiliza vocablos distintos para referirse a los territorios indígenas, dando un estatus distinto según su denominación, sin embargo pareciera haber coincidencia en que una vez que dichos resguardos son considerados como entidades territoriales se entenderán para efectos de los tributos como municipalidades.

19 Según el decreto N°1386 de 30 de junio de 1994.

El 15 de marzo de 1996 entró en vigencia la ley 270 Estatutaria de Justicia, ley que consagró la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, ratificando en el mismo sentido el derecho que ya les otorgaba la Constitución.

Dada la ausencia de una ley que regule expresamente la manera de coordinar la jurisdicción indígena con la ordinaria, la Corte Constitucional ha establecido en la sentencia C-139 de 9 de abril de 1996, que *“La Constitución tiene efectos normativos directos, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto legislativo”*.

Asimismo, en la sentencia citada, la Corte establece que la manera de sopesar los principios de diversidad étnica-cultural y unidad política-protección de los derechos fundamentales debe hacerse en relación con el caso concreto. La eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo, sólo pueden ser logrados satisfactoriamente si se permite un amplio espacio de autonomía a las comunidades indígenas y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas.

A través de esta sentencia y de otras que se citan²⁰, es posible vislumbrar cómo la Corte Constitucional se ha hecho cargo de este vacío normativo, consagrando numerosos criterios que han servido para coordinar adecuadamente ambas jurisdicciones.

Así, la sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994 indica las reglas para la práctica efectiva de órdenes jurídicos diversos, debiendo respetar mínimamente las siguientes reglas: *“1) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3) Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman por sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y*

cultural. 4) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman por sobre las normas legales dispositivas.”

Pese a las críticas doctrinarias que ha recibido la tesis de la Corte²¹, por lo general ésta ha sido uniforme al señalar en sus sentencias la importancia de respetar la autonomía de las comunidades indígenas, siempre y cuando, esta autonomía no vaya en contra de los derechos²² universalmente reconocidos²³.

3.D Guatemala

Según Censo de 2002, la población indígena representa el 40 % de la población total, del cual el 39 % pertenece a alguno de los 21 pueblos de origen Maya. El 1% restante se distribuye entre la población Xinka -grupo indígena no maya- y Garífuna, este último de raíces indígenas y africanas ubicado en áreas cercanas a la costa atlántica de Guatemala. El 87% de la población indígena se encuentra bajo la línea de la pobreza y el 61% bajo la línea de la extrema pobreza.

Situación normativa

La Constitución de 1985 en su artículo 66 reconoce diversos grupos étnicos que integran el Estado, entre los cuales figuran grupos indígenas de ascendencia Maya, Garífuna y Xinka. Sin embargo, no establece que el Estado está conformado por estos pueblos. De este modo se ha esgrimido que

La eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo, sólo pueden ser logrados satisfactoriamente si se permite un amplio espacio de autonomía a las comunidades indígenas y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997 y Sentencia T-606/01 de 7 de junio de 2001.

²¹ Comentando esta sentencia Daniel Bonilla afirma que la Corte ha sido ambivalente al establecer estas limitaciones. Por un lado afirma el autor, la sentencia en discusión, restringe considerablemente la autonomía de los pueblos indígenas al sujetarlos no sólo a los derechos individuales que le corresponden, sino también a las leyes imperativas del sistema jurídico central. Además, impone un criterio estático (cultura pura) si quieren mantener dicha autonomía. BONILLA, Daniel, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp.161-162.

²² Dichos valores de acuerdo a esta misma sentencia, serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura, y la legalidad de los procedimientos, de los delitos y de las penas. Véase también Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997 y Sentencia T-266/99 de 27 de abril de 1999.

²³ La Corte en resolución unificadora de jurisprudencia SU-10/98 afirmó que los derechos individuales de los miembros de la comunidad indígena pueden ser restringidos si hay evidencia suficiente de que sin la implementación de estas medidas la comunidad desaparecería. Complementando lo anterior, en sentencia T-266/99 (27 de abril de 1999) la Corte en otra sentencia arguyó a favor de un principio fuerte de la diferencia, al señalar que a las comunidades indígenas se les debe otorgar la mayor autonomía posible de manera que puedan proteger y promover sus tradiciones. Los límites a esta autonomía, indica, deben ser los valores que gozan de un amplio acuerdo intercultural.

la Constitución se enmarca dentro de una perspectiva proteccionista de minoría y no de reconocimiento real de los Pueblos indígenas²⁴.

El Estado a su vez, se compromete a respetar y promover sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena, los idiomas y dialectos. Nada dice no obstante, en relación con el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena. En otras palabras, no se encuentra en la Constitución una consagración a la forma tradicional de resolver los conflictos de las comunidades indígenas, por el contrario, se establece en el artículo 203 de la Carta, la independencia del Organismo Judicial y la Potestad de Juzgar como una facultad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales que la ley establezca. Se indica en dicho artículo que *“ninguna autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”*.

En consecuencia, las instancias e instituciones previstas para resolver los conflictos que se generen entre los Pueblos indígenas son las mismas que aquellas concebidas para los nacionales del país, esto es, las propias del organismo judicial y los organismos auxiliares.

Si bien Guatemala ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional revisando la constitucionalidad del mismo, señala que *“el artículo 8 no establece que se juzgará con base a costumbres de los pueblos originarios, sino que éstas se tomarán en consideración al momento de juzgar”*²⁵.

No obstante el límite dado al Convenio 169, su invocación en algunas sentencias ha dado respuesta oportuna y pertinente a la realidad que viven las comunidades, en las cuales la resolución de conflictos de acuerdo a sus propias pautas es una cuestión cotidiana. En ese sentido el Convenio 169 se ha convertido en una salida jurídica que permite conciliar la cuestión fáctica con la normativa, cerrando de alguna manera la brecha existente.

...
las instancias e instituciones previstas para resolver los conflictos que se generen entre los Pueblos indígenas son las mismas que aquellas concebidas para los nacionales del país, esto es, las propias del organismo judicial y los organismos auxiliares.

El 7 de mayo de 2003, por decreto 19-200, se dictó la Ley de Idiomas Nacionales, a través de la cual se estableció la obligación de los servicios públicos de facilitar el acceso a los distintos servicios, entre ellos, la justicia, en el idioma propio de la comunidad lingüística (Art. 15).

Guatemala cuenta también con la Procuraduría de Derechos Humanos y la Defensoría de la Mujer Indígena para resguardar los derechos de los pueblos indígenas en el primer caso, y en el segundo más exclusivamente en relación con la mujer²⁶.

3.E Perú

El Perú presenta una composición multiétnica y plurilingüe, teniendo como base un componente indígena con el que se ha mezclado sucesivamente el resto de la población²⁷. Existen en la actualidad 72 grupos etno-lingüísticos, de los cuales 65 se encuentran en la amazonía. La composición de la población peruana comprende un principal componente de etnias *mestizas* (40-41% de la población total o el equivalente a 11 millones de habitantes). El 75% de los mestizos son descendientes de españoles y amerindios.

El segundo segmento de la población lo conforman habitantes de origen amerindio (35% de la población total, alrededor de 10 millones de habitantes). De las etnias amerindias, la mayoría son los numerosos pueblos andinos quechuahablantes, seguidos por los aymaras.

Situación normativa

La Constitución Peruana vigente desde 1993, en su artículo 2.19 consagra la pluralidad étnica y cultural de la Nación. El artículo citado preceptúa que *“todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”*. Este derecho debe ser entendido con las disposiciones que se incorporan en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados y vigentes en el Perú. En lo pertinente se incorpora al ordenamiento jurídico interno el Convenio 169 de la

24 YRIGOYEN, Raquel, *El Debate sobre el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*, América Indígena, vol. LVIII, N° 1-2, Instituto Nacional Indigenista, México, 1998.,p. 13.

25 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Opinión Consultiva Relativa al Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y Convenio No. 169 (OIT), Guatemala, Abril 1995. Magistrados: Mynor Pinto Acevedo, Alma Beatriz Quiñones López, Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano y José Antonio Monzón Juárez.

26 Decreto Legislativo 32-87 de 28 de mayo de 1987 que reforma la ley de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos, y Acuerdo Gubernativo 525-99 de 19 de julio de 1999 que crea la Defensoría de la Mujer Indígena.

27 CERD, *Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH*, marzo de 1999.

OIT (Resolución Legislativa 26253 de 2 de diciembre de 1993, ratificada el 2 de febrero de 1994).

Asimismo, se establece la jurisdicción especial indígena en el artículo 149 de la Constitución Política, entregando a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas²⁸, la posibilidad de ejercer dentro de su ámbito territorial de conformidad con su derecho consuetudinario, sus propias normas y procedimientos siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Sujeta a su vez, las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial a la ley, la cual establecerá la manera de organizar esta jurisdicción con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial²⁹.

Así, al aplicar la legislación nacional a los Pueblos indígenas, deberá tomarse debida consideración de sus costumbres o derecho consuetudinario, al igual cuando se les aplique alguna sanción penal.

La Ley N° 27908 de 6 de enero de 2003 reguló las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, las que en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de los conflictos suscitados entre los miembros de una comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción especial (Art. 7).

A su vez, se consagra en el artículo 1 de la ley de rondas campesinas, que éstas poseen personalidad jurídica y constituyen una forma autónoma y democrática de organización comunal. Tienen como función apoyar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas

y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponde y favorezca.

Junto con las rondas en materia de coordinación, cabe tener presente el Decreto Ley No. 22175 de Mayo 9 de 1978 (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva) que en su artículo 19 indica que los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se origine entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltos o sancionados en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno.

El nuevo Código de los Niños y Adolescentes consagra expresamente el deber de recurrir a los usos y costumbres de las comunidades étnicas a la que pertenece el niño o adolescente al momento de interpretar y aplicar las normas establecidas en el mencionado código.

Los jueces siguen procesando a las autoridades campesinas, nativas y ronderas por administrar justicia según sus propias costumbres, bajo la figura de delitos contra la libertad individual, la administración de justicia, la usurpación de funciones, entre otros. Muchos de los jueces perciben el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los campesinos, nativos y ronderos, como un cuestionamiento a su actuación y reducción de su poder.

Como fuere la manera de resolver los conflictos de las comunidades campesinas o nativas, las rondas campesinas constituyen la instancia común para ambas formas de organización en materia de justicia, no obstante en muchos casos la justicia ordinaria ha desconocido esta potestad³⁰. Los jueces siguen procesando a las autoridades campesinas, nativas y ronderas por administrar justicia según sus propias costumbres, bajo la figura de delitos contra la libertad individual, la administración de justicia, la usurpación de funciones, entre otros. Muchos de los jueces perciben el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los campesinos, nativos y ronderos, como un cuestionamiento a su actuación y reducción de su poder³¹.

La práctica en este sentido ha sido desconocer la jurisdicción de las rondas campesinas, aplicando el derecho penal en su contra³².

²⁸ Las Rondas campesinas nacieron en aquellos departamentos donde no existían formalmente comunidades campesinas y asumieron inmediatamente funciones de seguridad frente al robo de ganado, pero rápidamente desarrollaron diversas funciones sociales vinculadas con la administración de justicia, el control del orden, la organización de la vida comunal, etc. Ver YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, (n 26)

²⁹ Para ejercer esta jurisdicción bastará que la conducta sea realizada, dentro del territorio de la comunidad nativa, campesina, no obligando por tanto la Constitución que las personas que ejecuten dichas conductas pertenezcan a esas comunidades. Ver YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú*, Alertanet en Derecho y Sociedad.

³⁰ FRANCIA SANCHEZ, Luis, *Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: lineamientos para interpretar la legislación peruana*, en Alertanet en Derecho y Sociedad, Forum II: indigenous law and human rights.

³¹ YRIGOYEN, Raquel, (n 26)pp.7-9.

³² CORTE SUPERIOR DE ANCASH, Expediente 276-93, 23 de agosto de 1999.

CUADRO RESUMEN

En el siguiente cuadro se presentan los datos claves que delimitan la situación de los Pueblos indígenas, en función de la información demográfica detallada y el contexto institucional.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Población total	8.274.325 (Censo 2001)	15.116.435 (Censo 2002)	42.090.502 (Censo 2005)	11.237.196 (Censo 2002)	27.219.264 (Censo 2005)
Población Indígena	62% <i>90% estimado</i>	4,6%	3,4%	40%	35%
Diversidad de pueblos originarios	35	8	80	23	72
Etnias predominantes	Aymara, Quechua, Chiquitanos y Guaraníes	Mapuche	Wayúu, Nasa, Zenú y Embera	Del total de etnias, 21 son de origen Maya	Quechua y Aymara
Ratificación Convenio 169 OIT	Si		Si	Si (interpretación restringida)	Si
Reconocimiento de Nación pluricultural	Si (Const. Nacional)	Si (Ley Indígena)	Si (Const. Nacional)	Si (Constitución Nacional)	Si (Const. Nacional)
Jurisdicción Indígena	Si		Si		Si

III. JUSTICIA PENAL

Tal como se ha mencionado en la introducción, en esta parte se describen las fórmulas normativas e institucionales que articulan la justicia penal con la problemática de la diversidad cultural, a fin de brindar una respuesta particularizada a los conflictos penales que involucran a los miembros de Pueblos indígenas.

1. Código Penal

En el marco de la legislación penal sustantiva aparecen –aunque no en forma generalizada– mecanismos normativos que contemplan la diversidad cultural. Los más relevantes son los referidos a Atenuación de la pena y Eximente de responsabilidad.

El Código Penal de Bolivia establece la posibilidad de atenuarse la pena cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley (Art. 40).

En Colombia, el artículo 32 del Nuevo Código Penal establece como un elemento de inimputabilidad el error de comprensión por diversidad

sociocultural, y la obligación de reingresar al medio cultural propio al sujeto activo de la conducta típica y antijurídica cuando éste sea inimputable por diversidad cultural.

El Código Penal de Perú establece que el juez, al determinar y fundamentar la pena debe tener en cuenta la cultura y costumbres del imputado (Art. 45 y 46), pudiendo ser eximido de responsabilidad si comete un hecho punible sin comprender el carácter delictuoso del mismo (Art. 15 –error de comprensión culturalmente condicionado–). Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En relación a esto último, hasta el 3 de marzo de 2001, se presentaron en Perú 12 casos (violación de un menor, homicidio/asesinato, corrupción de funcionario, ejercicio ilegal de la medicina), en los cuales se aplicó el Art. 15. Cabe destacar que en muchas de las situaciones en las que se alegó este artículo, éste fue mal aplicado ya que el juez no ordenó la realización de un peritaje para formarse cabalmente una opinión y se procedió en la mayoría de ellos, a una atenuación de la pena, sin fundamentar adecuadamente. Lo anterior queda de manifiesto a través del análisis de las sentencias proferidas por los tribunales ordinarios en

los casos que han debido conocer los conflictos que han involucrado a indígenas³³.

Para Raquel Yrigoyen estos fallos ilustran la manera como la judicatura ha entendido el error de comprensión, aplicándolo en todos los casos en que existan particularidades culturales, pero sin realizar los peritajes pertinentes, y en muchos casos, fundados en razones compasivas al considerar a los indígenas como incivilizados³⁴.

...
estos fallos ilustran la manera como la judicatura ha entendido el error de comprensión, aplicándolo en todos los casos en que existan particularidades culturales, pero sin realizar los peritajes pertinentes, y en muchos casos, fundados en razones compasivas al considerar a los indígenas como incivilizados.

2. Nuevo Procedimiento Penal

En este apartado se describirán los mecanismos receptados por los CPP reformados y que permiten articular la cuestión de diversidad cultural y justicia penal. Cabe adelantar que entre ellos se incluye las acciones de capacitación y difusión implementadas por los países en esta materia. Si bien no se trata de un resorte legislativo, es sin duda una estrategia institucional pertinente para el propósito del informe.

Tipificación de nuevos delitos vinculados a diversidad cultural

En menor medida, algunos de los países han tipificados nuevos delitos especialmente aplicables a atentados contra la diversidad cultural y se han establecido circunstancias de agravación punitiva cuando el acto ilícito se cometa contra de grupos o individuos pertenecientes a una minoría étnica.

Así, el código penal de Colombia tipifica nuevos delitos especialmente aplicables a atentados contra la diversidad cultural, ya sea el delito de genocidio, la destrucción y apropiación de bienes culturales y lugares de culto y el desplazamiento forzado. También establece circunstancias de agravación punitiva cuando el acto ilícito se cometa en contra de grupos o individuos pertenecientes a una minoría étnica. En el caso de Perú, los artículos 202 y 204 del CP establecen el delito de usurpación con su modalidad agravada si se trata de territorios de comunidades nativas o campesinas.

2.A Uso del idioma originario en el proceso

El deber del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar que los miembros de los Pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en los diversos procedimientos legales es el mecanismo más consolidado y con mayor impacto en la práctica respecto del reconocimiento de la diversidad cultural. Tanto a nivel constitucional, por mandato de los instrumentos internacionales ratificados por los estados o por su expresa mención en la legislación nacional, en todos los países estudiados se reconoce este derecho.

Como veremos a continuación, los nuevos Códigos incorporan en su articulado este mandato a través de una formulación que en términos generales consiste en preceptuar que quienes no pudieren hablar o no supiesen hacerlo en idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes. Los países que cuentan con jurisdicción especial indígena, especifican este deber en los casos que un integrante de una comunidad indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria.

En el caso de Bolivia, el deber del Estado de proveer de traductor cuando la lengua materna en el proceso judicial no sea el castellano, es una garantía recogida en el nuevo Código de Procedimiento Penal, en los artículos 10, 111, 114 y 115, disposiciones todas que establecen el derecho a un intérprete o traductor. En particular, cabe destacar que el artículo 114 señala que el juez, luego del pronunciamiento formal y la lectura de la sentencia, dispondrá la explicación de su contenido en la lengua originaria del lugar en que se celebró el juicio.

El nuevo Código Procesal Penal de Chile, en el artículo 291 inc. 3 establece que *“quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes”*.

CUADRO RESUMEN

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Atenuantes y Eximentes	Si		Si		Si
Delitos y agravantes referidos diversidad cultural			Si		Si

³³ DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 98-175, 10 de agosto de 1999.; DISTRITO JUDICIAL DE AMAZONAS, Sala Penal, Instrucción N° 98-00320-01104JP01, 24 de febrero de 1999; DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 00-0492-191601-SP-03/EXP. 492-00, 7 de enero de 1999; DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, Sala Penal, Expediente N° 98-93, 16 de junio de 1999.

³⁴ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel, (n 26) p. 6.

En relación con esta figura, un aspecto novedoso que incorpora Chile es la figura del Facilitador Intercultural. Su rol, más allá de la sola traducción, es la de un sujeto que pueda convertirse en un puente intercultural entre las dos culturas, y que no se restrinja sólo a una traducción literal, sino que pueda ilustrar sobre la “cosmovisión” propia de la cultura originaria.

Otro de los mecanismos institucionales creados para articular la respuesta del proceso penal con la cuestión de diversidad cultural son las defensorías especializadas, que presentan como rasgo distintivo una atención particularizada a los miembros de los Pueblos indígenas...

Cabe comentar la existencia en este país de programas de diplomado en la Universidad Rafael Landívar de traductores e intérpretes, así como la elaboración de un glosario de términos jurídicos, aspectos que indican la importancia que está adquiriendo este tema en particular. Además, el Instituto de la Defensa Pública cuenta con un registro –una base de datos- de más de ochocientos estudiantes y abogados maya hablantes que sirven como insumos cuando se los necesita.

En la IX Región, donde se concentra la población Mapuche, los edificios públicos de administración de justicia cuentan con carteles en castellano y mapudungun³⁵.

En Colombia se ha regulado el proceso penal de manera tal que se respeten ciertas garantías mínimas a las personas pertenecientes a las minorías étnicas. De este modo, el reconocimiento legal de los derechos de los Pueblos indígenas en relación con la justicia se manifiesta en concordancia con los estándares mencionados, en la obligación del Estado de otorgar un traductor en el caso de que la persona procesada no hable el idioma castellano³⁶.

El Código Procesal Penal de Guatemala establece en el art. 90 el derecho del imputado de elegir un traductor o intérprete de su confianza. Sin embargo, los actos serán cumplidos en español y en caso de que una persona se exprese con dificultad en dicho idioma, se le brindará ayuda para que el acto se pueda desarrollar (Art. 142 y 243)³⁷.

En Perú, el art.114 del nuevo código cuando una persona no comprenda el idioma castellano o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender. Los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Traducción	Si	Si	Si	Si	Si

2.B Defensa Penal Pública especializada

Otro de los mecanismos institucionales creados para articular la respuesta del proceso penal con la cuestión de diversidad cultural son las defensorías especializadas, que presentan como rasgo distintivo una atención particularizada a los miembros de los Pueblos indígenas, en la medida en que sus operadores poseen una formación calificada para llevar adelante las causas.

En Bolivia, por decreto Supremo No. 26151 de 12 de abril de 2001, se crea el Servicio de Asistencia Jurídica a los Pueblos Indígenas y Originarios (SAJPIO). Se considera este organismo como una instancia dependiente del Ministerio de Asuntos Campesinos, Pueblos Indígenas y Originarios. El SAJPIO forma parte del Servicio Nacional de Defensa Pública y es una instancia encargada de prestar asistencia jurídica-técnica en el proceso de procuración y vigilancia

³⁵ El mapudungun es el idioma hablado por los mapuches.

³⁶ En el caso de los menores, el Decreto Ley N° 2737 de 27 de noviembre de 1989, en su artículo 21 señala la obligación de los jueces y funcionarios administrativos que conozcan de estos procesos, de tomar especial consideración de los hechos, usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desarrollado habitualmente.

³⁷ *Art. 243 del Código de Proceso Penal de Guatemala. Traductores e intérpretes. Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el Juez o el Ministerio Público, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Las partes estarán facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezca la traducción o interpretación oficial. La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distinta o en otra forma de transmisión del conocimiento, sólo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En ese caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.*

de los derechos colectivos de las comunidades campesinas, Pueblos indígenas y originarios del país.

En Chile, a partir de la reforma procesal penal³⁸, se crea la Defensoría Penal Mapuche en la Novena Región, en la que se encuentra la principal etnia del país. En el último año, ha atendido a 671 imputados por distintas circunstancias³⁹. Es la única oficina existente en el país que atiende exclusivamente a imputados de la etnia mapuche. En estas dependencias trabajan dos abogados especializados en materia indígena, además de un facilitador intercultural bilingüe y dos secretarías mapuches con experiencia en el trabajo jurídico.

El ingreso de las causas se produce por lo general de manera directa a la Defensoría Mapuche, sin perjuicio de que posiblemente otra Defensoría asista a la primera audiencia, o incluso derive la causa en el curso de la investigación, si aparece un elemento que haga necesaria la atención especial. Dada la especialización de la Defensoría Penal Mapuche, se hace difícil establecer criterios rígidos para fijar el ámbito de su competencia, la cual se analiza caso a caso, considerando factores como el tipo de intervinientes -vale decir si víctima e imputado residen en una comunidad indígena-; el idioma mapudungún; análisis de la relevancia o complejidad del caso para evaluar si la intervención debe ser realizada por los abogados y el facilitador, o solamente éste último, quedando la causa como ingreso de la oficina local.

Otro de los aspectos a considerar en el marco de acción de la Defensoría Penal Mapuche es su intervención en delitos que manifiestan valoraciones culturales, por ejemplo bigamia; o cuando las imputaciones se dirigen contra de autoridades tradicionales o a dirigentes de organizaciones indígenas, respecto de conflictos que atañen a su investidura; o cuando los conflictos se producen entre comuneros, fundamentalmente asociados a problemas de tenencia o posesión de tierras; cuando se producen desacuerdos frente a beneficios otorgados por organismos del Estado; o bien cuando la investigación se relaciona con problemas de reivindicaciones culturales o históricas.

En Colombia, la ley 941 de enero de 2005 crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública que pres-

tará su servicio en materia penal. La Defensoría Pública garantizará la asistencia judicial adecuada a los miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de acuerdo con los principios de diversidad cultural y pluralismo étnico señalados en la Constitución. La Defensoría del Pueblo, componente del Sistema, cuenta con Defensor delegado para minorías étnicas. También pertenecen al Sistema los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.

En Guatemala, la Ley de Servicio Público de Defensa Penal de diciembre de 1997⁴⁰, establece la obligación de la defensoría de atender la realidad pluricultural del país (Art. 29), además de adoptar una política de integración de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país (Art. 35). Las defensorías indígenas fueron creadas en el marco del Instituto de Defensa Penal Pública, con apoyo del PNUD, la Cooperación Noruega y la Cooperación española, teniendo presente fundamentalmente la situación de los Pueblos indígenas ya descrita (pobreza, barreras idiomáticas y culturales) y también como un modo de generar puentes interculturales entre la administración de justicia oficial y la justicia indígena. Estas se encuentran establecidas en diez (10) departamentos de la República⁴¹.

A través de este Proyecto se fortalecerá el servicio que el Instituto de la Defensa Pública Penal presta a la población indígena. Cada una de las defensorías estarán conformadas por tres maya hablantes, un abogado y notario, un asistente y un intérprete, para que de esta forma el IDPP esté en mejores condiciones de prestar un servicio de defensa pública en los idiomas mayas de las regiones mencionadas. Un componente fundamental de este proyecto será el incremento de la actuación de las autoridades tradicionales indígenas en la aplicación de su propia justicia, para lo cual se contribuirá al desarrollo de mecanismos de coordinación entre el derecho estatal y el derecho practicado por autoridades tradicionales⁴².

En Chile, a partir de la reforma procesal penal, se crea la Defensoría Penal Mapuche en la Novena Región, en la que se encuentra la principal etnia del país.

³⁸ La Reforma Procesal Penal se encuentra vigente en la Novena Región desde el 16 de diciembre de 2000.

³⁹ Ver: <http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=1&cid=156>

⁴⁰ Ley de Servicio Público de Defensa Penal que establece el desempeño del Defensor Público atendiendo a la realidad pluricultural del país, aprobada por decreto legislativo 129-97 de 10 de diciembre de 1997.

⁴¹ (Huehuetenango, Sololá, Quiché, Mazatenango, Salamá, Cobán, Chimaltenango, Peten, Quetzaltenango y Totonicapán), con capacidad para prestar servicios de defensa pública en los idiomas K'iche', Awakateko, Akateko, Jakalteko, Q'anjobal, Mam, Chuj, Tz'utujil, Poqoman, Achi, Q'eqchi' y Kaqchikel.

⁴² <http://www.pnudguatemala.org/seguridadjusticia/gua01028a0199.html>

Priorizan la solución de los conflictos dentro de la propia comunidad. También es destacable su involucramiento en tareas de capacitación: a partir de investigaciones llevadas a cabo alrededor de la aplicación del derecho indígena y el derecho oficial, se han construido casos paradigmáticos que se utilizan para sensibilizar a los operadores. Estas defensorías sólo tienen atribuciones en materia penal.

En Perú, la Defensoría del Pueblo, a través del Programa Especializado en Comunidades Indígenas y Nativas creado en 1997, ejerce labores de asesoramiento, intervención y seguimiento de los procesos judiciales contra personas indígenas. El nuevo CPP peruano no contempla nada en particular sobre el ejercicio del derecho de defensa de personas indígenas. Lo regula como un derecho universal. La defensoría pública no cuenta con abogados especializados en esta materia.

La creación de órganos judiciales que integran en su actividad jurisdiccional a miembros representativos de los Pueblos indígenas es, entonces, otra de las medidas implementadas para dar respuesta a la diversidad cultural en tanto su propósito es que los mismos miembros de la comunidad participen del proceso de administración de justicia.

La creación de órganos judiciales que integran en su actividad jurisdiccional a miembros representativos de los Pueblos indígenas es, entonces, otra de las medidas implementadas para dar respuesta a la diversidad cultural en tanto su propósito es que los mismos miembros de la comunidad participen del proceso de administración de justicia.

Los Juzgados están compuestos por 3 jueces de reconocida honorabilidad y arraigo, que puedan comunicarse en la lengua predominante de la región y en español. Para su designación, la Corte Suprema de Justicia, en consulta con las autoridades comunitarias, procede a elegir los miembros de este tribunal. Los jueces pueden aplicar el principio de oportunidad, celebrar audiencias de conciliación, acuerdos y recibir la primera declaración del imputado. Cuando se tratare de delitos graves preceptúa el artículo 552 bis, el juez de paz comunitario derivará su conocimiento a los Juzgados de primera instancia. De acuerdo con este artículo, sólo les corresponden a estos jueces la resolución preliminar de asuntos penales en que se vieran involucrados miembros de sus comunidades de origen.

Asimismo el decreto 79-97, indica que para aplicar el principio de oportunidad el juez deberá

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Organismos de Defensa Penal indígena		Si		Si	

2.C Integración de los tribunales con personas legitimadas en las comunidades indígenas: Juzgados de Paz Comunitarios

De los países estudiados, sólo en Guatemala encontramos este mecanismo institucional.

En Setiembre de 1997 se incorpora al Código Procesal Penal el artículo 552 bis (Decreto 79-97) que regula los Juzgados de Paz Comunitarios, juzgados que se implementaron en 1998 en cinco municipios (San Andrés Semetabaj, Departamento Sololá; San Luis, Petén; Santa María Chiquimula, Totonicapán; San Miguel Ixtahuacán, San Marcos; San Rafael Petzal, Huhuetenango), hasta el presente no han aumentado su número⁴³.

nante de la región y en español. Para la designación de los jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para: Aplicar el criterio de oportunidad en los casos y formas en que autoriza el artículo 25 de este Código, salvo el numeral sexto.

Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.

Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan, y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.

Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignen las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación, y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ellos fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Concluido un año de funcionamiento de los juzgados de paz comunitarios, con informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, se implementará este tipo de juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz.

⁴³ Artículo 552 Bis. Juzgados de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en material penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua predomi-

cerciorase de que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado. En todo caso, para la determinación de la medida a aplicar y la resolución del conflicto el juez comunitario está facultado para aplicar los usos y costumbres de la comunidad. Finalmente, el decreto en cuestión incorpora el artículo 25 quarter al Código Procesal Penal, estableciendo la posibilidad, con aprobación del ministerio público, de derivar los conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia.

Los jueces de paz comunitarios poseen el doble status de autoridades indígenas y autoridades del Estado. Estos jueces no sólo imparten justicia, sino que realizan planificación familiar y orientan a la familia. Su intervención en numerosas ocasiones ha evitado linchamientos en algunas aldeas.

Del análisis de esta experiencia puede concluirse que una integración diferente de los tribunales, con indígenas de las propias comunidades, representa un cambio de perspectiva y una alternativa que merece ser explorada, ya que indudablemente representa un esfuerzo de interrelación entre culturas diferentes.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Integración del Órgano Judicial				Si	

2.D Extinción de la acción penal

Las normas que prevén la extinción de la acción penal en los casos en que los conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas sean resueltos por sus propias pautas también se convierten en mecanismos de articulación. De los países estudiados, sólo Bolivia y Perú explicitan esta fórmula legal.

El artículo 28 del CPP de Bolivia establece una causal de extinción de responsabilidad cuando se trate de delitos cometidos en un pueblo indígena o campesino, por uno de sus miembros en contra de otro y las comunidades indígenas hubieran resuelto el litigio conforme a su propio derecho, siempre que no sea contrario a la Constitución Política del Estado.

El CPP de Perú, en función del principio de oportunidad, establece en su artículo 2, que el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes del art. 15° (error de comprensión culturalmente condicionado), entre otros.

Cualquiera sea el camino elegido en la fórmula de la extinción de la acción penal, el desafío de armonizar el ordenamiento jurídico no es menor, porque las diferentes normas son producto de cosmovisiones valorativas diversas.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Extinción de la acción penal	Si				Si

2.E Otros mecanismos: Peritaje especializado y situación de reclusión especial

La asistencia de pericias especializadas en cuestiones indígenas (estudios antropológicos, culturales, sociológicos, informes de miembros de las comunidades) a fin de asesorar tanto en la etapa de investigación como al juez en la elaboración de la sentencia, es otra medida receptada en el nuevo CPP de Bolivia. El artículo 391 indica que cuando un miembro de un pueblo o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las siguientes normas especiales:

La asistencia de pericias especializadas en cuestiones indígenas (estudios antropológicos, culturales, sociológicos, informes de miembros de las comunidades) a fin de asesorar tanto en la etapa de investigación como al juez en la elaboración de la sentencia, es otra medida receptada en el nuevo CPP de Bolivia.

- a) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y,
- b) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate.

En cuanto a la situación de reclusión especial que debe aplicarse a los indígenas, es una medida que encontramos en la legislación de Colombia. El Código Penitenciario y Carcelario de Colombia establece en su artículo 29 la situación de reclusión especial que debe aplicarse a los indígenas que hayan sido encontrados responsables de los hechos punibles. Situación que se extiende a los casos en donde se aplique prisión preventiva. Asimismo, el nuevo CPP de ese país preceptúa que los jueces de ejecución penal dispondrán lo necesario para la ejecución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por diversidad cultural, en coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad respectiva.

En Guatemala, en el marco del proyecto de creación de las defensorías indígenas, se desarrollan programas de sensibilización y capacitación a los funcionarios del sistema nacional de justicia, se impulsó la creación de glosarios de términos jurídicos técnicos, además de establecer un programa de becas que incremente el número de abogados graduados maya hablantes.

La Escuela Judicial de Colombia, en el marco de un proyecto de cooperación con el BID, desarrolla un programa de Capacitación Intercultural sobre Derecho Indígena, el cual incorpora capacitadores indígenas y tiene como objetivo que los administradores de justicia de cada uno de los sistemas conozcan los dos sistemas de justicia.

El Instituto de la Judicatura de Bolivia, ofrece en su programa de capacitación permanente destinada a jueces y funcionarios judiciales un módulo de capacitación Intercultural y otro sobre Justicia Comunitaria.

En Guatemala, en el marco del proyecto de creación de las defensorías indígenas, se desarrollan programas de sensibilización y capacitación a los funcionarios del sistema nacional de justicia, se impulsó la creación de glosarios de términos jurídicos técnicos, además de establecer un programa de becas que incremente el número de abogados graduados maya hablantes. El personal contratado para laborar en las Defensorías Indígenas participa de una capacitación específica que los habilita en la función⁴⁴. Además, se han utilizado programas de radio, televisión y medios escritos, conferencias y mesas redondas, para conseguir una amplia cobertura de información que permita a la población conocer los servicios que presta el Instituto de Defensa Pública Penal. Asimismo, estas oficinas mantienen contacto con las organizaciones no-gubernamentales con las cuales el proyecto ha firmado convenios para el desarrollo de capacitaciones con representantes de ambos sistemas.

En el caso de Perú, la Defensoría del Pueblo, a través del Programa Comunidades Nativas, organiza tareas de capacitación para funcionarios públicos y representantes de organizaciones indígenas y realiza una supervisión permanente a los funcionarios y servidores públicos que están a cargo de la problemática indígena en el país.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Peritaje	Si				
Situación especial de reclusión			Si		

2.F Capacitación y difusión

Por fuera del ámbito normativo, las actividades de capacitación y difusión de temáticas vinculadas a diversidad cultural y justicia, se convierten en una herramienta institucional utilizada por todos los países estudiados. A modo de ejemplos, mencionamos a continuación algunas de las propuestas implementadas por los países que ilustran el amplio espectro de posibilidades que ofrece este mecanismo.

En el caso de Chile, cabe destacar la experiencia de capacitación en terreno que realiza la Defensoría Regional. Con la finalidad de conocer el trabajo realizado por la Defensoría de La Araucanía en el tema mapuche, en marzo de 2006 la delegación del Bío Bío encabezada por su Defensor Regional, visitó la Defensoría Penal Mapuche a fin de dar respuesta a las dudas y requerimientos respecto al tema indígena. La visita incluyó además reuniones de trabajo a fin de analizar el tratamiento dado a causas mapuches; el tema comunicacional e intercultural, y el rol del Facilitador en las audiencias y previo a ellas.

⁴⁴ Los contenidos son: Procedimiento Intermedio, La Fase del Debate, Impugnaciones, Criterios de Detención y Construcción de Estrategias de Defensa, Ejercicio de la Defensa Técnica, Perfil Ético del Defensor Público, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos -Conciliación y Mediación-, Los Valores de la Cultura Maya, El Derecho Consuetudinario -Aplicación en el Proceso Penal-, Derecho Maya, etc.

Si bien no disponemos de mayor información acerca de las iniciativas de capacitación implementadas en este ámbito y sus resultados, cabe aclarar que la efectividad de esta herramienta depende en gran medida de su orientación hacia el cambio de prácticas -y no sólo en la transmisión de contenidos- y en su adecuada combinación con otras estrategias de gestión.

IV. Cuadro general y comentario final

A continuación se presenta la información graficada anteriormente a fin de obtener un panorama general de la situación de los países estudiados.

Situación demográfica de los Pueblos indígenas y contexto institucional

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Población total	8.274.325 (Censo 2001)	15.116.435 (Censo 2002)	42.090.502 (Censo 2005)	11.237.196 (Censo 2002)	27.219.264 Censo 2005
Población Indígena	62% 90% estimado	4,6%	3,4%	40%	35%
Diversidad de Pueblos originarios	35	8	80	23	72
Ratificación Convenio 169 OIT	Si		Si	Si (interpretación restringida)	Si
Reconocimiento de Nación pluricultural	Si (Const. Nacional)	Si (Ley Indígena)	Si (Const. Nacional)	Si (Constitución Nacional)	Si (Const. Nacional)
Jurisdicción Indígena	Si		Si		Si

Justicia Penal: Mecanismos que contemplan una respuesta particular al tema de diversidad cultural

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Atenuantes y Eximentes	Si		Si		Si
Traducción	Si	Si	Si	Si	Si
Defensa Penal Indígena		Si (1 Defensoría)		Si (10 Defensorías)	
Órgano Judicial Integrado				Si (5 Juzgados Paz Comunitarios)	
Extinción de la acción penal	Si				Si
Peritaje	Si				
Situación especial de reclusión			Si		

Considerando al movimiento de reforma de la justicia penal como un proceso en constante ajuste y construcción, y especialmente teniendo en cuenta que muchos de los países en la región aún se encuentran en etapas iniciales de este proceso, los mecanismos normativos y las experiencias institucionales identificados se convierten en indicadores para valorar la recepción del tema de diversidad cultural en la reforma a la justicia criminal. Cabe

aclarar nuevamente que en función de la metodología utilizada para la elaboración del informe, la afirmación anterior antes que una conclusión definitiva es una constatación preliminar, que aunque tal, esperamos sirva de base a futuros trabajos de aproximación empírica. Un estudio que profundice las fórmulas y experiencias descritas, permitirá determinar estándares en esta materia y orientar el diseño de cursos de acción.

Dr. Victor Manuel Rivera Wöltke

Magistrado Vocal VIII y Presidente Cámara Civil

Lic. Edgar Raúl Pacay Yalibat

Magistrado Vocal VI

Lic. Oscar Humberto Vasquez Oliva

Magistrado Vocal IX

Lic. Carlos Enrique de León Cordova

Magistrado Vocal XI

Justicia de pequeñas causas en Guatemala.

Juzgados de paz móviles



One of the strategic objectives of the Modernization Plan being implemented by the Supreme Court of Guatemala through its Modernization Unit is strengthening access to justice. This component involves developing plans for broadening and diversifying services including mobile courts designed to benefit marginalized groups such as women and the poor. A special effort was made to promote a new peace justice system through mobile courts that not only brings justice to the neediest groups but also facilitates judicial processes and encourages the use of alternative dispute mechanisms in small claims cases.

I. ANTECEDENTES

Uno de los objetivos estratégicos del Plan de Modernización que ejecuta la Corte Suprema de Justicia de Guatemala a través de su Unidad de Modernización, ha sido el fortalecimiento del acceso a la justicia. Este componente contempla, entre otros, la realización de acciones para la ampliación y diversificación de los servicios incluyendo los juzgados móviles, para beneficiar especialmente a sectores marginados como las mujeres y los ciudadanos de escasos recursos. Es por ello que se consideró importante impulsar un nuevo sistema de justicia de paz a través de juzgados móviles, que además de acercar la justicia a la población más necesitada, permitan agilizar los procesos judiciales y propiciar la utilización de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de menor cuantía. El objetivo de desarrollo que se estableció para implementar el proyecto de juzgados móviles fue el fortalecimiento del acceso a la justicia, acercando la administración de justicia de paz móvil a las áreas pobres

y marginadas especialmente a las mujeres, en poblaciones con densidad de habitantes y alta conflictividad, de zona marginales y rurales, para generar condiciones que apoyen en la construcción de una sociedad de paz y respeto a la ley.

II. PROCESO DE INSTALACION

Como punto de partida para esta nueva modalidad de justicia y en el marco de las acciones previstas en los alcances del préstamo BIRF 4401-GU, la Unidad de Modernización procedió a formular un perfil inicial del proyecto, los términos de referencia y especificaciones técnicas para contratar la adquisición de dos buses acondicionados con base en la experiencia de Brasil, que ha impulsado con bastante éxito la conciliación y la solución de conflictos en sus juzgados especiales de pequeñas causas y cuyo poder judicial apoyó a Guatemala en este proceso.

Asimismo, una comisión institucional dirigida por magistrados de la Corte Suprema de Justicia realizó una pasantía

El objetivo de desarrollo que se estableció para implementar el proyecto de juzgados móviles fue el fortalecimiento del acceso a la justicia, acercando la administración de justicia de paz móvil a las áreas pobres y marginadas especialmente a las mujeres...

en Brasil, para diseñar el modelo que se presenta a continuación, el cual tiene la variante de que en Brasil no aplican la mediación sino la conciliación y los conciliadores atienden los casos antes de que lleguen al juez.

En Guatemala se implementó un modelo de juzgado de paz móvil instalado en un bus acondicionado para el efecto, en el cual el juez no tiene conciliadores porque él desarrolla esa función y se logra la inmediatez procesal. Además del juzgado funciona, en forma independiente dentro del mismo automotor, un centro de mediación con un experto para realizar mediaciones como mecanismo alterno que puede ser utilizado antes de un proceso judicial, en forma totalmente gratuita. Asimismo, si iniciado un proceso judicial el juez decide derivar el caso a la mediación, también puede ser utilizada en esta etapa.

Una vez definido el Modelo, el personal clave seleccionado para los juzgados (jueces y secretarios) se envió a una pasantía en Brasil por dos semanas. Se preparó conjuntamente con ese personal, el Acuerdo final de Creación y la Presidencia del Organismo Judicial aprobó la Agenda inicial para 6 meses, la cual ha venido teniendo algunas variantes, según los resultados observados. El diseño contempló un Programa de Comunicación Social para la promoción permanente de los servicios del juzgado en las comunidades que visita.

... se implementó un modelo de juzgado de paz móvil instalado en un bus acondicionado para el efecto, en el cual el juez no tiene conciliadores porque él desarrolla esa función y se logra la inmediatez procesal.

que el resultado sea un Acuerdo inmediato entre éstas. El juzgado se integra con un juez, un secretario (este último puesto es indispensable por la regulación guatemalteca en la cual debe dar fe de la firma del juez), un oficial y un notificador-comunicador social que se encargan de la gestión de los asuntos que se tramitan en el juzgado móvil; asimismo hay un comisario-piloto que conduce el bus y 1 agente de seguridad. El Centro de mediación cuenta con un mediador únicamente.

Los juzgados móviles operan con agendas de visitas de conformidad con Acuerdos que emite la Presidencia del Organismo Judicial, las que son planificadas y ajustada a las fechas y horarios de atención establecidos. Además la actividad ordinaria del juzgado es precedida por un programa de difusión (mantas, afiches, volantes, avisos en prensa) para indicar los lugares y fechas en que serán visitados por el juzgado.

El juzgado móvil además de la parte fundamental del servicio, cuenta con un ambiente cómodo para el personal del juzgado y el mediador, equipamiento informático, con servicios de agua potable, energía eléctrica accionada por una planta, servicio sanitario, horno de microondas y refrigerador, agente de seguridad y sistema de aire acondicionado. Se cuenta con un predio adecuado a las medidas del bus y con seguridad que garantice la conservación del mismo, el equipo y los expedientes.

III. DESCRIPCIÓN RESUMIDA DE LOS ALCANCES

El proyecto contempló implementar dos juzgados de paz y dos centros de mediación con sedes móviles, en las cabeceras departamentales de Guatemala y Quetzaltenango. Estos juzgados atienden asuntos civiles, de trabajo y de familia, con énfasis y orientación a que el juez aplique fundamentalmente la conciliación, previo a entrar a un proceso de instrucción y juzgamiento. Asimismo, se garantiza la mediación como primera entrada a la solución del conflicto. De esa cuenta el bus fue concebido con accesos diferentes para el juzgado y para el Centro de Mediación.

Cada juzgado de paz móvil y centro de mediación funcionan en un bus debidamente equipado y amueblado, con una sala de atención al público que se improvisa al costado del bus, una sala para mediaciones y una de audiencias; ésta última permite la inmediatez procesal del juez con las partes, para

4. FUNDAMENTO LEGAL

La creación de los juzgados está normada con el Acuerdo No.13-2003 de fecha 12/05/2005. El trabajo de los juzgados móviles se basa en la Constitución Política de la República; Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial y sus reformas; Código Procesal Penal, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley de Tribunales de Familia, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intra-familiar, Código Procesal Civil y Mercantil, Código de Trabajo y Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia.

5. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS MOVILES

La competencia es de carácter mixto en materias penal, y no penales de familia, civil y Laboral. Pueden conocer faltas contra las personas y la propiedad, asuntos penales susceptibles de resolverse por

conciliación o mediación, y asuntos de naturaleza no penal: laborales, civiles y de familia, según la cuantía respectiva y que tengan establecida dentro del trámite un procedimiento de celeridad procesal; conocer la prevención de asuntos relativos a violencia intra-familiar; reclamaciones de consumidores contra comerciantes; reclamaciones de trabajadores de servicios domésticos contra patronos, cobranzas, reclamos menores de adquisiciones con defectos, asuntos de linderos de tierras, asuntos de carácter doméstico entre vecinos, entre otros.

El juzgado de paz debe abstenerse cuando se trate de asuntos que afecten el patrimonio nacional, reclamaciones al Estado y sus entidades públicas, y delitos contra la mujer y menores. El juez debe privilegiar la conciliación como mecanismo fundamental de la funcionalidad de este juzgado y el personal fue capacitado para que agote el proceso en el mismo sitio y fechas en que se conoce el conflicto con la presencia de las partes.

El juez debe privilegiar la conciliación como mecanismo fundamental de la funcionalidad de este juzgado y el personal fue capacitado para que agote el proceso en el mismo sitio y fechas en que se conoce el conflicto con la presencia de las partes.

6. JURISDICCION

El juez conoce los asuntos en los lugares en que se le asigne la jurisdicción. Aquellos asuntos que no puedan ser resueltos en el sitio de su competencia, los refiere a la instancia prevista en las leyes, según el ramo que se esté tratando. Las áreas de servicios son: BUS 1: Varios municipios del Departamento de Guatemala. BUS 2: Varios municipios del Departamento de Quetzaltenango.

7. HORARIO DE SERVICIO

El juzgado atiende cuatro días hábiles a la semana, en horario de 8:30 a 16:00 horas, más el término de la distancia para su traslado a cada sede. El quinto día se aprovecha para mantenimiento del bus, archivo, gestiones del personal.

8. ESTADISTICAS

Los juzgados móviles iniciaron operaciones en mayo de 2003. Las estadísticas de los 2 juzgados muestran lo siguiente:

Descripción	Mayo/03-Diciembre 2004	Enero-Junio 2005	Totales
Consultas	1106	535	1641
Casos registrados	761	316	1077
Casos por ramo:			
Civiles	53	15	68
Familia	588	215	803
Penal	119	83	202
Laboral	1	0	1
Menores	0	3	3
Población atendida:			
Mujeres	1490	424	1914
Hombres	871	192	1063

Los centros de mediación reflejan las siguientes cifras:

Descripción	Mayo/03-Diciembre 2004	Enero-Junio 2005	Totales
Casos conocidos	328	189*	517
Casos por ramo:			
Civiles	224	107	331
Familia	85	60	145
Penal	19	22	41
Casos mediados:			
- Con acuerdo	137	97	234
- Sin acuerdo	115	79	194
	22	18	40
Población atendida:			
Mujeres	327	125	452
Hombres	467	170	637

* Hay casos en citación y análisis.

9. Logros

- Dentro de los logros de los juzgados móviles están:
- Una buena parte de los asuntos que se conocen en el juzgado son los de violencia intra-familiar, ya que la estrategia de ubicarlos cerca de mercados cantonales permite la denuncia de las mujeres que acuden a estos y que aprovechan la salida para presentar su caso. Aunque el juzgado conoce a prevención, la acción del juez protege de inmediato a las víctimas y tramita ágilmente el caso ante juzgado competente.
 - Se ha generado presencia judicial en áreas que no tienen fácil acceso a un juzgado tradicional.

Una buena parte de los asuntos que se conocen en el juzgado son los de violencia intra-familiar, ya que la estrategia de ubicarlos cerca de mercados cantonales permite la denuncia de las mujeres que acuden a estos y que aprovechan la salida para presentar su caso.

c. Se ha apoyado a personas de escasos recursos e indígenas.

d. Por el uso de la conciliación y la mediación, y a la agilidad de los juzgados, se ha evitado

que ingrese una gran cantidad de casos a recargar el sistema de justicia tradicional, que por su lentitud derivado de las presas de expedientes, provoca la repuesta lenta al usuario.

10. Acciones a futuro

Se está trabajando en la implementación de 10 juzgados en buses más pequeños para llegar a lugares de difícil acceso.

Lic. Evangelina Perri

Vecina de la Ciudad de Buenos Aires
 Presidenta de la Asociación Civil Red de Consorcionistas Damnificados.
 evangelina_perri@yahoo.com.ar

La Justicia Vecinal desde la mirada del vecino



The author of this paper is a resident of the Autonomous City of Buenos Aires who worked with her peers to create a Workers' Table for Neighborhood Justice. Together they are supporting several bills being considered by the city's legislature. They argue that there is a need for justice that solves smaller legal disputes among neighbors in a simple manner in municipal courts. The system that they have proposed is based on the use of oral and informal procedures and the principles of equality, celerity and equality. One of the controversial issues under discussion is mandatory participation of attorneys in this type of procedure.

En el mes de noviembre de 2004, en una de las reuniones que habitualmente realizábamos un grupo de condóminos, con el objetivo de encontrar algunas soluciones a las tantas problemáticas que nos aquejan, una de las concurrentes al grupo trajo consigo un proyecto de ley presentado en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que estaba siendo considerado en la Comisión de Justicia.

Muy contenta nos manifestó al resto del grupo que quizás por esa vía hallaríamos algunas soluciones a los continuos conflictos que encontrábamos en la vida consorcial. El proyecto de Ley se titulaba *Creación de los Tribunales de Justicia Vecinal en la Ciudad de Buenos Aires*. ¿En que se basaba su alegría? Entre las materias que se consideraban competentes para estos tribunales, se encontraba "la propiedad horizontal".

Leímos detenidamente el proyecto y sus fundamentos. En el grupo solamente una o dos personas habían oído hablar de los tribunales vecinales. Una abogada que formaba parte del mismo, nos explicó con sumo detalle los motivos de su negativa a la implementación de estos

tribunales en nuestra Ciudad. Luego de esta explicación, decayó bastante nuestra euforia.

Al regresar a casa, continué pensando en el tema:

- La justicia para todos, que permita resolver en forma sencilla los pequeños conflictos legales de los vecinos, el tribunal en la comuna.
- El procedimiento que utiliza oralidad, informalidad, igualdad, celeridad, equidad, gratuidad.

Decidí formar mi propia opinión sobre el tema. Visité la página web de la Legislatura, en donde figuraba que en la Comisión de Justicia habían ingresado para su tratamiento, desde el año 2002 hasta esa fecha, varios proyectos sobre la creación de los Tribunales de Justicia Vecinal. Incluso se habían realizado estudios comparativos entre los distintos proyectos.

Como mi deseo era profundizar en la temática, seguí investigado y encontré un artículo sobre la Justicia Vecinal, publicado en el diario digital Clarín.com (el 5 de diciembre de 2001), en el cual se informaba sobre la presentación de un proyecto de Tribunales de Justicia

El proyecto de Ley se titulaba Creación de los Tribunales de Justicia Vecinal en la Ciudad de Buenos Aires. ¿En que se basaba su alegría? Entre las materias que se consideraban competentes para estos tribunales, se encontraba "la propiedad horizontal".

Vecinal, elaborado por la “Subsecretaría de Justicia y Coordinación Administrativa de la Ciudad”. En el artículo se mencionaba que dicho proyecto no era el primero sobre el tema que se presentaba en la Legislatura; se habían presentado hasta entonces doce de ellos, elaborados por representantes de distintos partidos políticos con anterioridad al proyecto que sería presentado el 7 de diciembre de 2001.

Me sentí frustrada, ya que mi avidez de información se truncó al no poder encontrar el contenido del proyecto presentado por la Subsecretaría de Justicia y Coordinación Administrativa de la Ciudad, como así tampoco de los otros anteriores que mencionaba el artículo periodístico.

El artículo sobre la justicia vecinal y tres más relacionados con éste y publicados en el diario el mismo día, me brindaron una información más profunda sobre el tema; en ese momento comencé a comprender todos los intereses que estaban en juego. Los otros tres artículos que aparecían se titulaban “El acuerdo que aún falta”, “Una pulseada por los expedientes” y “Casos”.

Comprendí entonces que a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, tan ponderada por sus virtudes, no se la respetaba demasiado. Ya que en su “cláusula transitoria” duodécima establece la creación de estos tribunales, sus competencias, su funcionamiento, su integración, entre otras características. En 2004, año en que me interesé en este tema, ya habían pasado 8 años desde su implementación y los tribunales todavía no se habían creado. No fue precisamente porque los legisladores y otros interesados en ellos no presentaron proyectos para su estudio y sanción.

Continué investigando, y para ello realicé una búsqueda en la web que me devolvió un panorama más amplio sobre esta forma de impartir justicia; descubrí entonces sus antecedentes en nuestro país en los Tribunales de Paz, fuero que a la fecha está vigente en varias provincias.

También encontré que esta forma de impartir justicia tenía antecedentes en el derecho comparado. Tomo como referencia dos países: Gran Bretaña y Estados Unidos

En Gran Bretaña desde el año 1999, está implementada la justicia de menor cuantía (small claim).- Los tres objetivos de la misma:

- Evitar las demoras,
- Evitar los altos costos y
- Prevenir la complejidad en el procedimiento.

En Estados Unidos también se la aplica. El procedimiento es sumamente sencillo. Para iniciar una causa debe llenarse un formulario, en el dorso del mismo se explica detalladamente como cumplimentarlo e incluye instrucciones para el demandado. El tribunal tiene a disposición de las partes folletos que detallan cómo se puede conducir la causa sin necesidad de consultar a un abogado. Los jueces tienen un rol muy activo y prestan ayuda a las partes para llegar a una conciliación y producir pruebas.

El tribunal tiene a disposición de las partes folletos que detallan cómo se puede conducir la causa sin necesidad de consultar a un abogado. Los jueces tienen un rol muy activo y prestan ayuda a las partes para llegar a una conciliación y producir pruebas.

Este relato detallado y quizás aburrido sobre “mi hallazgo” de la Justicia de vecindad es el reflejo de mi realidad y estoy segura de que lo es también de muchísimos habitantes de esta Ciudad, quienes poco a poco empezamos a comprender que si no nos interiorizamos sobre esta forma de impartir justicia, la misma un día se sentará a mecer su balanza y los vecinos continuaremos sin saber cómo va a funcionar, en qué conflictos puede intervenir.

Unos meses atrás me había integrado al Grupo denominado “Vecinos del Encuentro”; espacio horizontal, no partidario, que se organizó para lograr la sanción de la Ley de Comunas y promover la participación ciudadana. Propuse desde ese espacio realizar un encuentro sobre Justicia Vecinal, a fin de que los vecinos conocieran sus ventajas, se formaran su propia opinión y pudieran participar. Fue así que se realizó un primer evento auspiciado por Vecinos del Encuentro y Conciencia Zona II, en el Museo Roca de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con gran éxito por el nivel de los disertantes y su adecuación en las explicaciones y en el lenguaje al conocimiento de los vecinos. La cantidad de público presente superó ampliamente nuestras expectativas y fue el momento en que comprendí que el vecino empezaba a interesarse en el tema.

A partir de ese encuentro se realizaron promesas de reunirse con los vecinos de las distintas comunas, con el fin de escuchar sus opiniones para que fueran utilizadas en la preparación de un proyecto consensuado, tal como se había actuado en la elaboración de la Ley Orgánica de Comunas; lamentablemente esas promesas no se cumplieron.

A comienzos del año 2006 tomé conocimiento de que se realizaría una reunión de asesores de

la Comisión de Justicia para tratar los proyectos de justicia vecinal. Concurrí a la misma y comprobé, muy a pesar mío, que el encuentro en el Museo Roca no había producido efectos de modificación en el pensamiento de los legisladores, ya que en dicha reunión los asesores procuraban el consenso para aprobar el predespacho de un proyecto que, a mi criterio, no sería beneficioso para el vecino de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Comisión de Justicia dedicó el resto del año a otros proyectos más urgentes. Tampoco se realizó otra reunión de asesores o de legisladores para trabajar sobre los proyectos de la creación de los tribunales de Justicia Vecinal, ni se anunció ninguna otra reunión pública en la página web de la comisión.

Finalmente comprendí que la justicia vecinal era un gran beneficio para los todos los vecinos. Había dejado de ser un elemento más, que ayudaría a solucionar los problemas de consorcio. Fue así como un grupo de vecinos participativos perteneciente a distintas OSC, partidos políticos y otras formas de organización, como así también vecinos independientes, decidimos reunirnos para analizar los tribunales de justicia de vecindad. Formamos nuestro criterio sobre el tema en todos sus aspectos. Comenzamos a reunirnos cada quince días, y a partir del mes de mayo lo hicimos durante el resto del año.

En las primeras reuniones nuestro grupo era muy pequeño, poco a poco comenzaron a incorporarse más vecinos, mientras que otros dejaban de concurrir. Algunas asociaciones enviaban a un miembro para que las representaran. Era tal el desconocimiento sobre la temática para la mayoría de los vecinos, que varios conciudadanos se incorporaban al grupo pensando que estábamos tratando temas relacionados con la seguridad.

Durante esas reuniones comenzamos a estudiar los distintos proyectos que se habían ingresado a la legislatura. Ninguno de ellos colmaba nuestras expectativas, pero en nuestras investigaciones y cambios de opinión comenzamos a tener una visión más clara de todos los intereses que se oponen a la creación de los tribunales de justicia vecinal, entre ellas las limitaciones de competencia que impone la Ley Nacional 24.588, –también llamada Ley Cafero–.

Finalmente comprendí que la justicia vecinal era un gran beneficio para los todos los vecinos. Había dejado de ser un elemento más, que ayudaría a solucionar los problemas de consorcio. Fue así como un grupo de vecinos participativos perteneciente a distintas OSC, partidos políticos y otras formas de organización, como así también vecinos independientes, decidimos reunirnos para analizar los tribunales de justicia de vecindad.

De acuerdo a mi percepción, si se crearan estos tribunales en la actual circunstancia conviviendo con la Ley 24588¹, serían letra muerta, no tendrían razón de ser, por no existir avances en la firma de convenios que traspasen competencias a la Ciudad. Instrumentar los tribunales vecinales sin la firma de convenios o la derogación de la Ley Cafero, que limita la autonomía de la Ciudad, también es motivo de contradicciones, ya que según diversas opiniones de especialistas en la temática, legisladores y asesores de legisladores, se proponen distintas estrategias para que los tribunales sean viables.

En el grupo tuvimos oportunidad de leer versiones taquigráficas de reuniones entre autoridades del Poder Judicial de la Ciudad y Legisladores muy conocedores de la materia, para concretar convenios que permitan el traspaso de competencias. En estas reuniones se mencionaba la capacidad ociosa de la justicia de la ciudad, en edificios y equipamientos.

La necesidad de que los contribuyentes perciban que el dinero de sus impuestos es invertido en acciones productivas. Lo beneficioso que sería descomprimir los tribunales ordinarios, pero lamentablemente todo quedó en conversaciones muy sustanciosas.

Creemos que no hay voluntad política en las autoridades del Poder Ejecutivo de la Ciudad, ni en el Poder Legislativo en modificar la existencia de la Ley 24.588. Mientras tanto en el Congreso de la Nación se encuentran varios proyectos de Ley para derogar la Ley 24.588. La pregunta sería, ¿Hay algún Diputado por la Ciudad de Buenos Aires que se preocupe en activarlos?

Tampoco los jueces desean la concreción de la Justicia Vecinal, pues algunos consideran que les quitaría trabajo al Poder Judicial actual. Además que cambiar de jurisdicción significa bajar de categoría. Sería muy positivo “sacarle trabajo” al poder judicial ordinario, dadas las paupérrimas condicio-

¹ La Ley n° 24588, también es llamada Ley Cafero, por haber sido promovida por este Senador por la Provincia de Buenos Aires. Limita en varios aspectos la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Le impide tener policía propia, liceo militar o naval, juzgados comerciales, laborales y penales, registro de la Propiedad o jurisdicción sobre casinos, ferrocarriles, colectivos, subterráneos, puerto o aeropuerto. La situación actual se puede modificar con convenios de traspaso de competencias o con la derogación de dicha Ley, con esta última solución la Ciudad de Buenos Aires adquiriría autonomía plena en forma directa e inmediata.

nes en que lo realizan y las demoras para resolver los serios conflictos que tenemos los habitantes de la Ciudad. Es necesario que la justicia funcione, deje de ser lenta, burocrática e ineficiente. Quizás todavía los jueces no han entendido estos conceptos, a diferencia de los ciudadanos que los sufrimos a diario y los comprendemos en demasía. La justicia lenta, que llega tarde, no es justicia. Por otra parte, para el abogado que ejerce la profesión, el traspaso de competencias lo obligaría a adquirir nuevos conocimientos y nuevas estrategias para poder utilizar el procedimiento de la CABA.

Es necesario que la justicia funcione, deje de ser lenta, burocrática e ineficiente. Quizás todavía los jueces no han entendido estos conceptos, a diferencia de los ciudadanos que los sufrimos a diario y los comprendemos en demasía.

También se señala como impedimento para la creación de estos tribunales que todavía no están implementadas las comunas, olvidando que en todos los proyectos de Ley se aclara que si se crean estos Tribunales antes de la implementación, los tribunales funcionarían provisoriamente en los Centros de Gestión y Participación. A partir del Decreto 816/06, donde se reemplazan a los CGP por los actuales CGP Comunales, esto sería más sencillo, ya que se encuadran cada uno de los CGP dentro de los límites de cada comuna, de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica de Comunas.

También es cierto que el Colegio de Abogados hizo oír sus observaciones para demorar la creación de los tribunales de justicia vecinal. Tal vez la razón que impide la autonomía plena sea meramente económica. Nuestra ciudad tiene 3.000 millones de dólares de presupuesto anual, suma muy apetecible para los distintos gobiernos nacionales, que van posponiendo indefinidamente el traspaso de jurisdicción de la justicia, también de la policía, los transportes públicos, el registro de la propiedad, componentes primordiales para ordenar y gobernar a esta Metrópolis.

La realidad es que la Ciudad posee una autonomía devaluada. Al cumplirse diez años del nacimiento de su Constitución, en charlas, seminarios, artículos periodísticos, programas televisivos, se señalaban todas las asignaturas que tenemos pendientes con esta autonomía acotada. Incluso algún legislador llegó a pedir que se declarara al Doctor Cafiero “Persona no grata”. Pasada esta fecha histórica, como dijo un gran poeta “todo está como era entonces”.

Realmente, sin una política de estado, estas asignaturas seguirán pendientes por largo tiempo. Y no es cuestión de echarles solamente culpas a los legisladores que no cumplen con el deber de legis-

lar, también los ciudadanos somos culpables de esta inoperancia. No nos involucramos, no reclamamos, no nos unimos para demandar a las autoridades. No tenemos la percepción sustancial de que necesitamos una autonomía plena.

Volviendo a nuestras reuniones sobre la Justicia Vecinal, decidimos que debíamos organizarnos sobre la base de un conjunto de ideas fuerzas. Pudimos llegar a acuerdos sobre varios aspectos, pero no logramos consensuar determinados componentes de gran trascendencia para estos tribunales. La falta de acuerdo se centra en los siguientes puntos:

- Patrocinio letrado obligatorio o patrocinio letrado optativo. Respecto a este punto tampoco concordamos con el tipo de patrocinio, gratuito estatal o privado oneroso.
- Instancia única o doble instancia.
- La instancia única con etapa de composición del conflicto:
 1. Única con conciliación previa y/o en cualquier momento del juicio.
 2. Única con mediación previa obligatoria.
- Doble instancia.
- Tribunales con la totalidad de jueces abogados o tribunales mixtos con jueces abogados y legos.

En los dos primeros puntos se produce un encasillamiento basado, sobre todo, en la profesión. En el tercer punto no ocurre lo mismo; la división de opiniones se genera por otros parámetros, curiosamente no tenemos confianza en la justicia y por extensión en sus profesionales. Tenemos menos confianza en nuestros vecinos, porque por años comprobamos que muchas personas se auto-titulan vecinos participativos, en la realidad solamente trabajan defendiendo otros intereses, ya sean políticos o buscando beneficios económicos.

Durante los meses que trabajamos en el tema, nuestro grupo adquirió su nombre: “Mesa de trabajo por la Justicia Vecinal”. Nos presentamos como: “Un espacio participativo, de intercambio, democrático y abierto que se constituyó con el objeto de tratar el tema en sus diversos matices. La integran un grupo de vecinos de esta Ciudad, interesados en todos los aspectos de la temática. Algunos de estos vecinos pertenecen a distintas organizaciones de la sociedad civil. Esta Mesa considera que ejercer la participación ciudadana en un tema tan trascendental como la Justicia Vecinal, puede mejorar nuestros derechos y nuestra calidad de vida “

Periodistas de medios barriales y consorciales participaron de nuestras reuniones y escribieron artículos sobre el accionar de nuestro grupo. Algunos de los integrantes de la Mesa escribimos artículos para distintos medios gráficos y on line, que luego fueron levantados por otros medios.

Las respuestas recibidas de los lectores, confirmaron la necesidad de implementar estos tribunales a la mayor brevedad posible. Ciudadanos que no encuentran soluciones para la mala convivencia con sus vecinos dentro de su edificio o en casas linderas, tienen conflictos que están afectando su salud, tienen temor por su integridad física y la de su familia. Mujeres que viven solas en edificios de propiedad horizontal y no son tenidas en cuenta, incluso son denostadas o por sus vecinos, o por el encargado del edificio o por el administrador del mismo. Trabajadores autónomos que son contratados por particulares o consorcios, cuyo trabajo se adeuda y las cantidades adeudadas no justifican recurrir a la justicia ordinaria, son algunos de los temas más acuciantes que demandan la urgente implementación de la Justicia Vecinal. Todos o casi todos mencionan haber recurrido a mediaciones, sin arribar a ninguna solución, la mayoría por ausencia de la otra parte, algunos por impericia de los mediadores.

La Mesa de Trabajo sobre Justicia Vecinal, organizó un ciclo de tres seminarios, en la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires titulado: “Ley de Justicia Vecinal – Proyectos de creación”. En los mismos expusieron legisladores cuyas exposiciones versaron sobre los proyectos presentados en la Legislatura, ya sea de su autoría o adherentes a ellos.

Estos seminarios también fueron de gran importancia, tanto por las exposiciones realizadas por los legisladores, con un lenguaje sencillo y ameno que facilitaba la comprensión de sus explicaciones. También fueron muy fructíferos los intercambios de opiniones, en los espacios para la reflexión y el diálogo. Asimismo pudimos tener a través de los mismos un conocimiento puntual y preciso de los distintos proyectos en vigencia, de sus similitudes y sus diferencias. También percibimos el desconocimiento total de la temática que tenían algunos de los concurrentes.

Esta experiencia fue sociabilizada por parte de la Mesa de Trabajo a los vecinos de la ciudad, mediante folletos explicativos sobre la justicia vecinal, que se repartieron en los seminarios y en otras reuniones realizadas por temas comunales. También se conformó un grupo de correos electrónicos, al que se incorporaron varios vecinos interesados en conocer la Justicia Vecinal por estos medios.

El CGP Comunal N° 14 junto con el Consejo de la Magistratura, la Comisión de Justicia de la Honorable Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, y la Fundación Contemporánea, realizó el día 22 de noviembre de 2006, la primera experiencia de un simulacro de Justicia Vecinal. Desde otra perspectiva interesó al vecino en estos Tribunales a crearse, realizando un acercamiento significativo a los vecinos.

También se terminó de elaborar y se presentará en el Honorable Congreso de la Nación, un proyecto de ley sobre Justicia Nacional de Menor Cuantía.

A partir del mes de marzo del presente año “La Mesa de Trabajo sobre la Justicia Vecinal” va a continuar desarrollando su labor contra viento y marea, en busca de que sea realidad a corto plazo la concreción estos tribunales y que su funcionamiento ayude dentro su ámbito de incumbencia, al respetar la dignidad de las personas y brinde la posibilidad de vivir en una sociedad más justa.

Conforme mi modesta opinión, sería conveniente realizar consultas a especialistas en distintas ramas del derecho, en tal sentido habría que entablar consultas con abogados constitucionalistas, para evitar errores y establecer precisiones que impidan que se pueda considerar inconstitucional parte del funcionamiento o del procedimiento.

Para muchos legos, entre los que me incluyo, con un solo juez hubiera alcanzado; seguramente los señores constituyentes tuvieron sobradas razones, para designar a los tribunales vecinales con tres jueces cada uno. La Constitución no especifica si deben actuar juntos o separados en cada uno de los juicios, a mi criterio la palabra “tribunal” da por sentado que se deben reunir los tres en cada juicio. Además, se puede inferir de la letra de la Cláusula transitoria 12 inc. 5, que estos tribunales no tienen segunda instancia. Esta puede ser una razón válida para que la decisión se tome en conjunto.

Respecto de las competencias por tema, considero que resulta compleja la inclusión “prevención en materia de violencia familiar”, por lo complicado que esta cuestión tan específica y la especialidad que demanda la misma. Entiendo que lo acertado sería que esta prevención solamente se limite a separar en forma urgente a la víctima del victimario con el fin de evitar males mayores y que el caso sea trasladado rápidamente a la justicia competente.

Aún cuando está en el mismo inciso la explicación de las competencias de la justicia contravencional y de faltas las incluyen en su último punto. Me desconcierto al leer en un diccionario jurídico:

Código contravencional

“Regula las conductas en el espacio público. Para sancionarla, un fiscal detecta la contravención y luego sigue un proceso con juez incluido para determinar la culpabilidad del infractor”.

Código de Faltas

“Regula las conductas de la línea municipal para adentro. Una vez detectada por el inspector”

¿Qué certeza puedo tener en cuanto a mis conclusiones? He tenido la oportunidad de escuchar opiniones muy válidas y su diversidad me hizo comprender que es inevitable el consejo de especialistas en distintas ramas del derecho.

Por otra parte, aún cuando la Constitución señala que sin perjuicio de lo que la ley determine luego en especificar la temática incluida en la Justicia vecinal, considero primordial acordar con precisión los temas que podrán introducirse en la Justicia Vecinal y su alcance. Solo señalaré dos tópicos que no debieron dejarse de lado: El tema de consumidores y usuarios, porque raramente este llega a la justicia ordinaria. Por la importancia que tiene en la calidad de vida, también sería propicio incluir algunos problemas ambientales, que se puedan dirimir en los tribunales de justicia vecinal.

Con respecto a los proyectos que están vigentes, el error que se repite en todos, es lo engorroso y largo del procedimiento, que no desarrolla la habilidad de la agilidad, tal vez por demasiado apego a lo ya conocido.

Por la importancia que tiene en la calidad de vida, también sería propicio incluir algunos problemas ambientales, que se puedan dirimir en los tribunales de justicia vecinal.

...
respecto a los proyectos que están vigentes, el error que se repite en todos, es lo engorroso y largo del procedimiento, que no desarrolla la habilidad de la agilidad, tal vez por demasiado apego a lo ya conocido.

Otra dificultad radica en incorporar a la mediación como primer paso. Sin tener en cuenta que en estos tribunales, el juez tiene el rol de conciliador del “amigable componedor”, que puede ayudar a las partes en cualquier instancia del juicio a llegar a la autocomposición del conflicto.

Considero también una equivocación en dividir los casos que llegan al tribunal en judiciales y no judiciales; luego cada caso según se lo clasifique, toma distintas vías para su tratamiento.

También es un desacierto, que se advierte en algunos proyectos, ignorar la letra de la Constitución, designando un solo juez en primera instancia y tres jueces en segunda instancia.

Esta novedosa experiencia en nuestro país, puede contribuir a que adquiramos una nueva conciencia jurídica, los ciudadanos podrán satisfacer su necesidad de tener una justicia de acceso rápido, que pueden solucionar diversos conflictos que en la actualidad, casi siempre, permanecen sin repararse. Para ello, los habitantes de la Ciudad debemos comprometer nuestra participación en la tarea conjunta VECINOS-LEGISLADORES.

Quisiera terminar estas reflexiones sobre la Justicia vecinal, con unas palabras escritas por el Defensor del Pueblo de la Nación de Argentina, Dr. Eduardo Mondino:

“Si aspiramos a afianzar el modelo democrático, si trabajamos por una democracia participativa, debemos intervenir activamente en la defensa de nuestros derechos. Una manera de hacerlo es no abandonar el control que, como habitantes de este país, tenemos derecho a ejercer sobre las políticas públicas de los organismos estatales”.

El estado de la seguridad en América Latina

Alejandro E. Alvarez

Asesor en Reforma del Sector de Justicia y Seguridad para América Latina y el Caribe del PNUD

alejandro.alvarez@undp.org



In order to support informed reflection on public safety in Latin America, the UNDP is developing a report on safety in the region in association with the Latin American Institute for Security and Democracy (*Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia, ILSED*). This article presents a preview of the main findings of the report. The author argues that an analysis of security in the region must engage two main components: a comparative evaluation of violence and crime among the countries in the region and institutional assessment, that is, a snapshot of the main aspects of the operation and organization of the institutions in the public safety sector.

La seguridad está hoy en la agenda de todos los debates en América Latina. Varias encuestas de opinión muestran que la falta de seguridad es una de las preocupaciones mayores de los habitantes de la región, en cerrada competencia con el desempleo y la educación. En todas las elecciones presidenciales que han tenido lugar recientemente, la seguridad fue tema de campaña electoral y buena parte de su desenlace se ha jugado en ese terreno. En efecto, aunque no tan rápido como la sensación de inseguridad, el aumento objetivo de los índices de ciertos crímenes violentos (tales como el homicidio), es de notar, especialmente en el último decenio.

Este aumento, fenómeno relativamente reciente en la región, tiene ya confirmados efectos negativos en el desarrollo humano y se presenta también como un elemento distorsionador para la dinámica democrática. La enorme importancia porcentual de los gastos asociados a la violencia¹ que, en consecuencia, no son destinados a la inversión productiva o a la inversión social

... la violencia y la inseguridad son en el estado actual de cosas, un condicionante para el desarrollo y para las estrategias de reducción de la pobreza. Los países y las personas más pobres son quienes están más expuestos a los hechos de violencia...

son una prueba de ello, así como la progresiva erosión de la credibilidad en las instituciones democráticas, que se ven superadas por un fenómeno para el que no parecen tener respuesta.

En efecto, la violencia y la inseguridad son en el estado actual de cosas, un condicionante para el desarrollo y para las estrategias de reducción de la pobreza. Los países y las personas más pobres son quienes están más expuestos a los hechos de violencia (quizás con la excepción de los secuestros). Los pobres ven la inseguridad como un obstáculo para superar su situación de desventaja y los países pobres tienen más dificultades para resolver los problemas de violencia e inseguridad que aquellos que presentan mejores índices de desarrollo humano. Por cierto, ciertos estudios realizados en Latinoamérica intentan mostrar el impacto negativo de la violencia y el delito en el crecimiento del producto bruto interno. La violencia es, en consecuencia, un obstáculo para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDGs, por sus siglas en inglés). La prevención de la violencia y la reforma del sector de seguridad se convierten en consecuencia en una parte esencial de la lucha contra la pobreza y de la promoción del desarrollo humano.

¹ Cf. Cuadernos de Desarrollo Humano, PNUD El Salvador, 2005.

La violencia y la inseguridad son, además, un obstáculo para la consolidación de la gobernabilidad democrática en la región. Las dificultades del sector de seguridad de reducir los niveles del delito invitan a algunos a adoptar políticas o prácticas por fuera del Estado de Derecho, tales como las acciones de limpieza social o las campañas antipandillas. Asimismo, las dificultades del poder civil para ejercer control sobre las fuerzas de seguridad pueden generar retos futuros para la estabilidad democrática de la región. En fin, la ausencia de transparencia y de cultura de rendición de cuentas, tradicionales en las fuerzas de seguridad latinoamericanas, afecta la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

...
entendemos seguridad ciudadana como la situación institucional y social en la cual las personas pueden gozar plenamente y ejercer integralmente sus libertades y derechos.

A los efectos de este texto, entendemos seguridad ciudadana como la situación institucional y social en la cual las personas pueden gozar plenamente y ejercer integralmente sus libertades y derechos. La seguridad ciudadana comprende el conjunto de las acciones institucionales y sociales tendientes a resguardar y garantizar plena y efectivamente las libertades y derechos de las personas a través de la prevención, conjunción e investigación de los delitos, las infracciones y los hechos vulneratorios del orden público².

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) entiende, conforme lo sostenido hasta aquí, que la seguridad ciudadana es una de las áreas que debe atenderse para la promoción de un mayor desarrollo humano. La seguridad ciudadana es hoy un área de trabajo creciente para el PNUD³.

Con el objeto de apoyar una reflexión informada sobre la situación de la seguridad ciudadana en América Latina, el PNUD se encuentra desarrollando un informe sobre la seguridad en la región, en asociación con el Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (ILSED)⁴.

Este trabajo presenta un adelanto de los principales hallazgos de ese informe.

La evaluación de la seguridad en la región tiene dos grandes dimensiones: la evaluación de la situación de la violencia y el delito comparada entre los países de la región⁵ y la evaluación institucional, es decir, una fotografía de los principales aspectos del funcionamiento y organización de las instituciones del sector de seguridad pública.

Evaluación situacional

La dimensión objetiva de la seguridad

La dimensión subjetiva de la seguridad

Evaluación institucional

Gobierno de la seguridad

Sistema de prevención social de la violencia y el delito

Sistema policial

Sistema de persecución penal

Sistema de seguridad privada

Se abordará en consecuencia, en primer lugar, la evaluación de la situación de la violencia y el delito, es decir, la comparación de información sobre ocurrencias en los delitos más importantes, lo que deberá permitir tener una aproximación cuantitativa sobre la actividad criminal en el continente. En segundo lugar, la evaluación recaerá sobre las instituciones del sector, es decir, una mirada sobre cómo los países del continente organizan su respuesta institucional al fenómeno de la violencia y el delito.

I. LA SITUACIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL DELITO

Para evaluar la situación de la violencia y el delito en la región se ha creído necesario trabajar tanto en aquello que daremos en llamar la situación objetiva del delito como también sobre la situación subjetiva. En efecto, para el diseño de políticas públicas creemos de particular importancia tener una visión

² Cf., por todos, Saín, Marcelo; Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en América Latina, FCE, 2002.

³ Cabe señalar que la seguridad ciudadana (o seguridad pública) es sólo uno de los componentes del sector de seguridad (Cf., para mayor detalle, la definición de Security System Reform de la OCDE, DAC Guidelines and Reference Series, Security System Reform and Governance, 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/8/39/31785288.pdf>). Este trabajo se concentrará en la seguridad ciudadana aunque, cabe señalar, que un diagnóstico completo del sector requiere poner en relación los problemas y las instituciones de seguridad ciudadana con las del resto del sector de seguridad, tal como lo propone el documento PNUD, Guía para la Evaluación de la Seguridad Ciudadana en América Latina, 2005.

⁴ El equipo de investigación del ILSED fue dirigido por Marcelo Saín, coordinado por Darío Kosovsky y compuesto por Carola Cóncaro, Alan Iud, Sidonie Porterie, Santiago Fernández, Ariel Cagnola, Nuria Becu, Hermann Ruiz Salgado. Mariano Cia-

fardini, Hernán Olaeta y Carina Müller asesoran al equipo de investigación; Cf www.ilsed.org

⁵ No se presentan datos de Ecuador por no estar disponibles.

comparada de los índices más importantes en materia de delitos pero también resulta necesario conocer lo que la población en América Latina piensa de sus instituciones del sector de seguridad.

a. La situación objetiva de la violencia y el delito

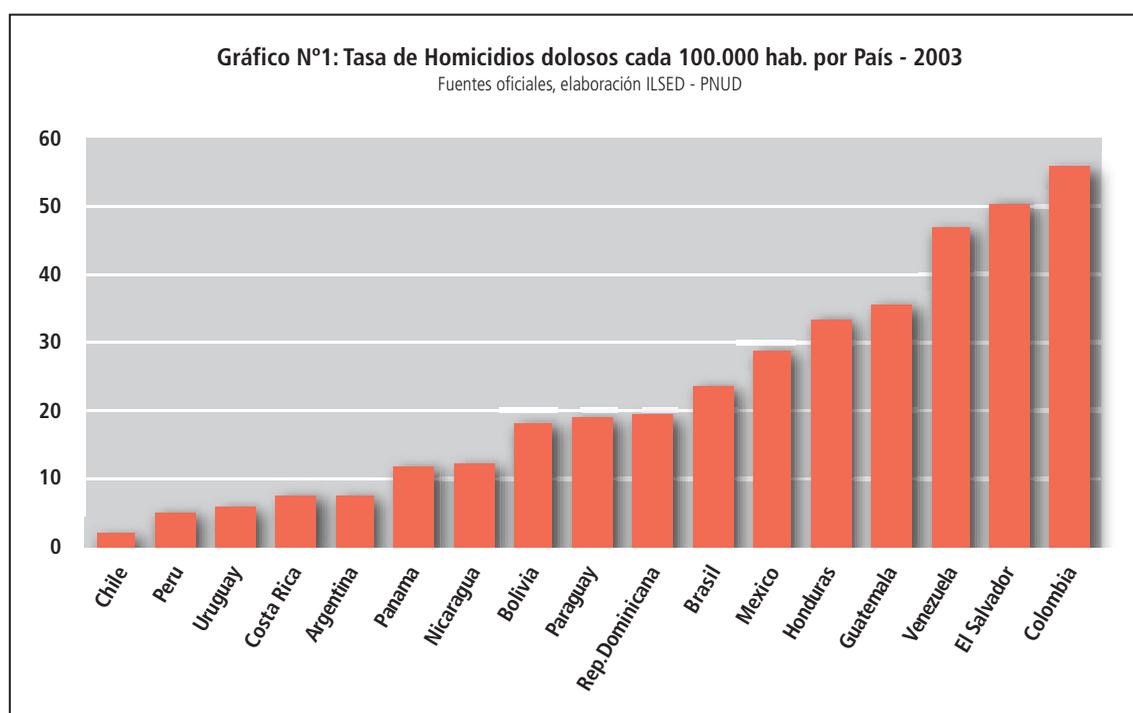
Respecto de la situación objetiva del delito hemos elegido los índices que pueden reflejar mejor la violencia en la región, esto es, los homicidios, ya que en general el subregistro en estos casos es menor que en otros delitos y las denuncias por robos de automóviles. La razón por la cual hemos elegido estos dos índices es porque son aquellos que creemos puede dar una primera aproximación sobre actividad criminal “común” y también sobre la actividad criminal organizada, ya que en el caso de los robos de automotores, para que el acto sea redituable, se

necesita del concierto de varias personas y de cierta complejidad y distribución de roles.

Por último, hemos cruzado estos datos con el Índice de Desarrollo Humano (IDH) que ha elaborado el PNUD desde hace ya varios años y que es la expresión, a su vez, de varios indicadores⁶ que miden el grado de desarrollo humano de los países, regiones, etc.

Cabe señalar que los datos que se presentan aquí son extraídos de fuentes oficiales. El número de habitantes que se ha retenido a los efectos del informe son los estimados por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), también para 2003.

En cuanto a los homicidios, las tasas por cien mil habitantes, es decir, la cantidad de homicidios registrados por año por cien mil habitantes es la siguiente:



En datos absolutos, los homicidios se presentan de la siguiente manera:

País	Cantidad de homicidios dolosos registrados (absolutos)	Tasa de Homicidios dolosos cada 100.000 hab.	Fuente
Chile	281	1,84	Ministerio del Interior. División de Seguridad Ciudadana
Perú	1.316	5,12	Instituto Nacional de Estadísticas
Uruguay	197	5.90	Ministerio del Interior Departamento de Datos, Estadísticas y Análisis

⁶ El Índice de Desarrollo Humano es un compuesto de datos que miden la esperanza de vida, la escolarización y el ingreso per cápita ajustado en cada país.

Costa Rica	300	7.45	Poder Judicial Departamento de Planificación, Sección de Estadística. Anuario Judicial 2003
Argentina	2.876	7.76	Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Dirección Nacional de Política Criminal.
Panamá	338	11,83	Ministerio de Gobierno y Justicia CONADEC
Nicaragua	621	12,24	Policía Nacional
Bolivia	1.521	18,1	Instituto Nacional de Estadísticas
Paraguay*	1.054	19,17	Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos
Rep. Dom	1.648	19,68	Procuraduría General de la República Departamento de Estadísticas
Brasil	40.630	23,84	Secretaría Nacional de Seguridad Pública
México	28.330	28,65	Secretaría de Seguridad Pública
Honduras**	2.155	33.55	Observatorio de la Violencia
Guatemala	4.237	35,8	Policía Nacional
Venezuela	11.342	46,92	Ministerio del Interior y Justicia
El Salvador	3.162	50,36	Fiscalía General de la República
Colombia	23.523	55,86	Policía Nacional de Colombia Revista de Criminalidad

* Datos de 2002 / ** Datos de 2004

Como puede observarse, los países del triángulo norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras), junto con Colombia y Venezuela se encuentran por entre los más violentos de la región, lo que también quiere decir entre los más violentos del mundo puesto que, según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Latinoamérica es la región más violenta en términos de violencia homicida. En el otro extremo, Chile, Perú, Uruguay y Costa Rica se encuentran entre los menos violentos.

Vale aclarar, no obstante, que en la medida en que estas cifras corresponden al país todo, se produce necesariamente una homogeneización que no siempre hace justicia a los países observados. Por ejemplo, Brasil, que se encuentra en el promedio para la región, tiene regiones o Estados con un alto índice de homicidios por cien mil habitantes, tales como el Estado de Espirito Santo (57 x 100 mil), mientras que otras regiones registran índices muy por debajo del promedio, como es el caso de Santa Catarina (9.7

x 100 mil)⁷. A pesar de que los índices nacionalizados no permiten siempre ver las particularidades y las variantes regionales dentro del mismo país, siempre permite apreciar tendencias.

...
los países del triángulo norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras), junto con Colombia y Venezuela se encuentran por entre los más violentos de la región, lo que también quiere decir entre los más violentos del mundo puesto que, según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Latinoamérica es la región más violenta en términos de violencia homicida.

La situación del triángulo norte de Centroamérica es particularmente crítica porque los índices no han cesado de aumentar y los números que aquí se presentan son de una extrema gravedad. Según los datos preliminares que han podido observarse, todo indica que en 2004 y 2005 los homicidios han aumentado en los tres países en cuestión. Es interesante ver que Nicaragua registra índices muy por debajo de sus vecinos centroamericanos. No es fácil adelantar conclusiones sobre las razones de esta marcada diferencia en las estadísticas, ya que, en particular Nicaragua, comparte con sus vecinos el hecho de haber sido un

7 Datos para 2003. Fonte: Ministério da Justiça do Brasil - MJ/ Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP/ Secretarias Estaduais de Segurança Pública/ Departamento de Pesquisa, Análise da Informação e Desenvolvimento de Pessoal em Segurança Pública - Coordenação Geral de Pesquisa/ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

país traumatizado por la guerra y con fuertes similitudes culturales. Es muy posible que la explicación a tal diferencia sea que la respuesta institucional al fenómeno de la violencia y el delito en Nicaragua ha sido, desde los años 80 a la fecha, muy distinta a la de sus vecinos: en efecto, la policía nicaragüense ha tenido una mejor política de acercamiento a la comunidad y una cultura cercana al policiamiento por resolución de problemas, que ha permitido prevenir la proliferación de bandas juveniles y mostrar una mayor eficacia en la investigación criminal.

Colombia, a pesar de sus altos índices de homicidios, presenta el caso inverso al del triángulo norte de Centroamérica, ya que en los últimos años se han producido un constante descenso de los índices de homicidios (en 2004 ya estaba descendiendo a 45), por lo que este país ha dejado de tener el mayor índice de la región. México y Venezuela, en cambio, presentan altos índices y la tendencia no parece cambiar. El caso de México, en particular, el vínculo de estos homicidios con el crimen organizado parece ser la razón más plausible para explicar el fenómeno.

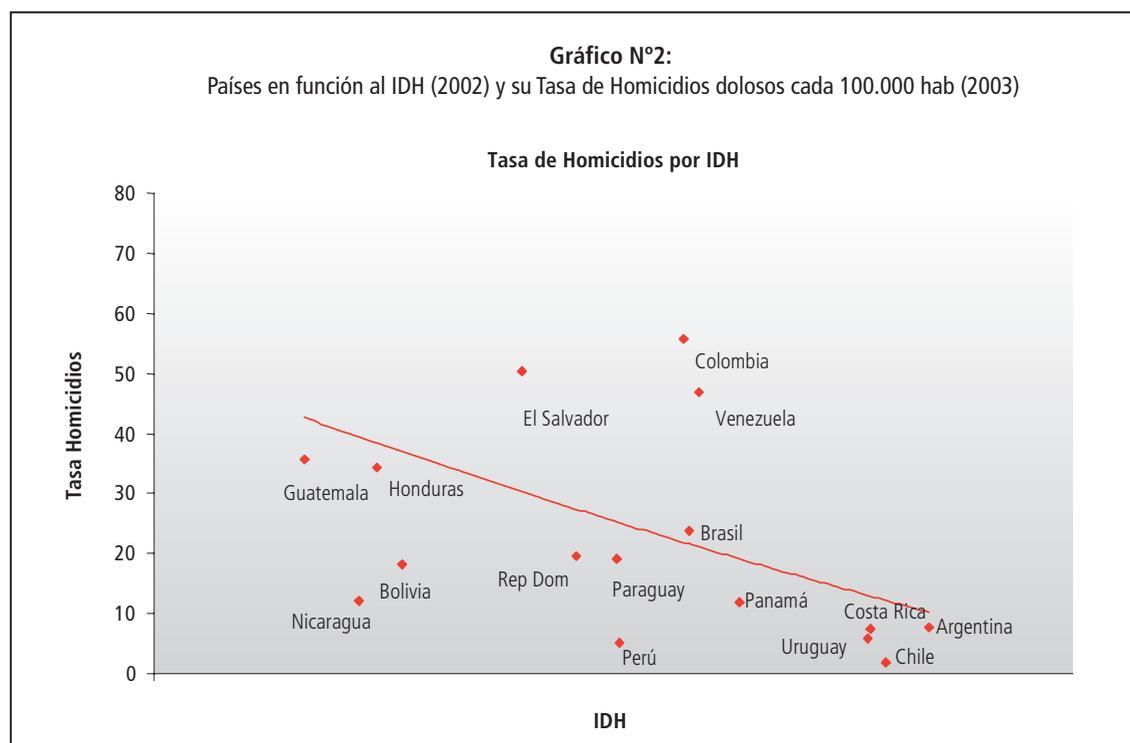
En el otro extremo de la tabla, Chile es el único país de la región que presenta índices comparables a los de Europa Occidental. También con bajos índices comparativos de homicidios se encuentran Perú y Uruguay, índices que, según datos más recientes, muestran cierto grado de estabilidad.

Si combinamos los índices de homicidios con los Índices de Desarrollo Humano (IDH) por país, algunas conclusiones adicionales pueden ser

elaboradas. Como se mencionó, el IDH es un índice compuesto por los indicadores de esperanza de vida, alfabetismo e ingreso per cápita (ajustado). Sobre un máximo de 1, los países de América Latina presentan los siguientes índices, según datos de 2002:

País	IDH 2002
Guatemala	0,649
Nicaragua	0,667
Honduras	0,672
Bolivia	0,681
El Salvador	0,72
Ecuador	0,735
República Dominicana	0,738
Paraguay	0,751
Perú	0,752
Colombia	0,773
Brasil	0,775
Venezuela	0,778
Panamá	0,791
México	0,802
Uruguay	0,833
Costa Rica	0,834
Chile	0,839
Argentina	0,853

Los datos cruzados de IDH con índices de homicidios se presentan de la siguiente manera:



Como puede observarse, habría una relación inversa entre el índice de desarrollo humano y los índices de homicidios. Mientras que Costa Rica, Chile, Uruguay y Argentina, que se encuentran entre los países con mejores índices de desarrollo humano de la región tienen a su vez menores índices de homicidio; países como Guatemala, Honduras o El Salvador, con comparativamente bajos índices de desarrollo humano, tienen altos índices de homicidios. Asimismo, países como Brasil, República Dominicana, Paraguay o Panamá, se encuentran, por su parte, en el medio de la pirámide respecto de ambos índices. Las razones que explican los índices de homicidios por país no son homogéneas y responden a razones históricas, sociales e incluso culturales. Por esa razón sería más que imprudente concluir que un mayor o menor índice de desarrollo humano pudiera por sí sólo explicar el índice de homicidios. No obstante, en la medida en que el IDH también refleja un conjunto de situaciones que permiten una mayor o menor capacidad de elección de modelos de vida, no resultaría completamente extraño concluir que, salvo la intervención de factores excepcionales (tanto positivos como negativos), los países con menores índices de desarrollo humano podrían ser más vulnerables a comportamientos de violencia extrema (como el homicidio) en razón de la menor capacidad de elección de modelos de vida por parte de la población de ese país.

Esta conclusión, no obstante, no debe hacer perder de vista que los comportamientos violentos están también influenciados por el tipo de urbanización, de socialización, la disponibilidad de armas de fuego, así como otros elementos que no están necesariamente reflejados en el IDH. A pesar de ello, es posible avanzar dos ideas: en primer lugar, que una mejora sustantiva en el IDH en cualquier país podría estar acompañada por una mejora en los índices de este tipo de violencia

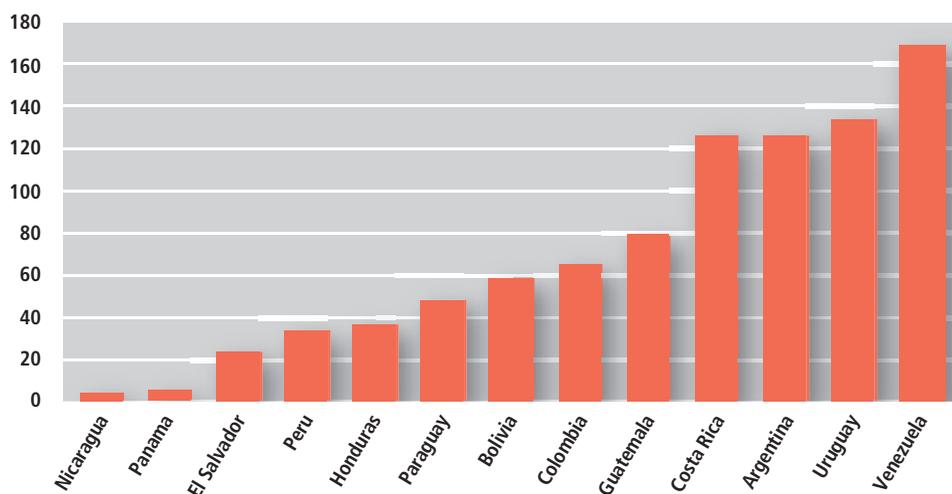
y, en segundo lugar, es muy probable que en la medida en que el IDH refleja también una inversión acumulada en políticas sociales más débil, es posible que la capacidad institucional de responder a la violencia y el delito sea, en consecuencia, menor.

Una fotografía completa de la situación de la criminalidad, además de mostrar los delitos de corte interpersonal, como es el caso de los homicidios, debe también incluir alguna referencia a la delincuencia con un mayor grado de complejidad, que requiera de una mayor organización para ser cometida. La razón de esta búsqueda es que una política de seguridad, es decir, una política pública que prevenga y pueda responder efectivamente a los comportamientos delictivos debe contemplar, necesariamente, una técnica diferenciada según se trate de delincuencia “común” o delincuencia “organizada”. En efecto, las operaciones policiales y de otras autoridades requieren de información distinta para uno y otro caso, de necesidades logística diferentes, de entrenamiento y organización que no puede ser la misma.

Por estas razones, para la elaboración de una política pública en seguridad se revela necesario tener información que permita aproximarse a la actividad del crimen organizado en el país. El informe, en consecuencia, además de presentar datos comparados sobre los delitos “comunes” más representativos (de los cuales en este texto sólo hacemos referencia a los homicidios), también ha compilado información sobre delitos que, por sus características, deberían ser demostrativos de cierta actividad criminal organizada. Para ello, se ha elegido las denuncias por robo de vehículos, puesto que, para aprovechar económicamente de tal actividad se requiere de cierta organización para falsificar títulos, desarmar los automotores y venderlos por piezas e, incluso, traspasar fronteras internacionales.

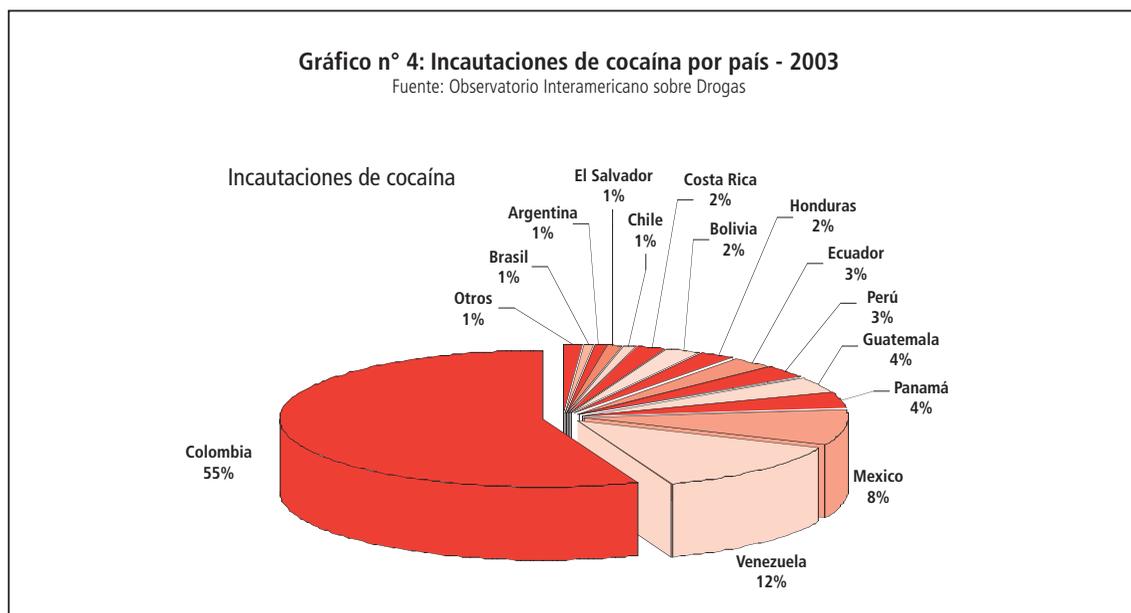
Gráfico N°3: Tasa de robo de vehículos por 100 mil habitantes por país - 2003

Fuentes: idem Gráfico N° 1, elaboración ILSED-PNUD



Otro dato particular que puede permitir completar los datos de actividad criminal organizada son los decomisos o capturas de sustancias prohibidas,

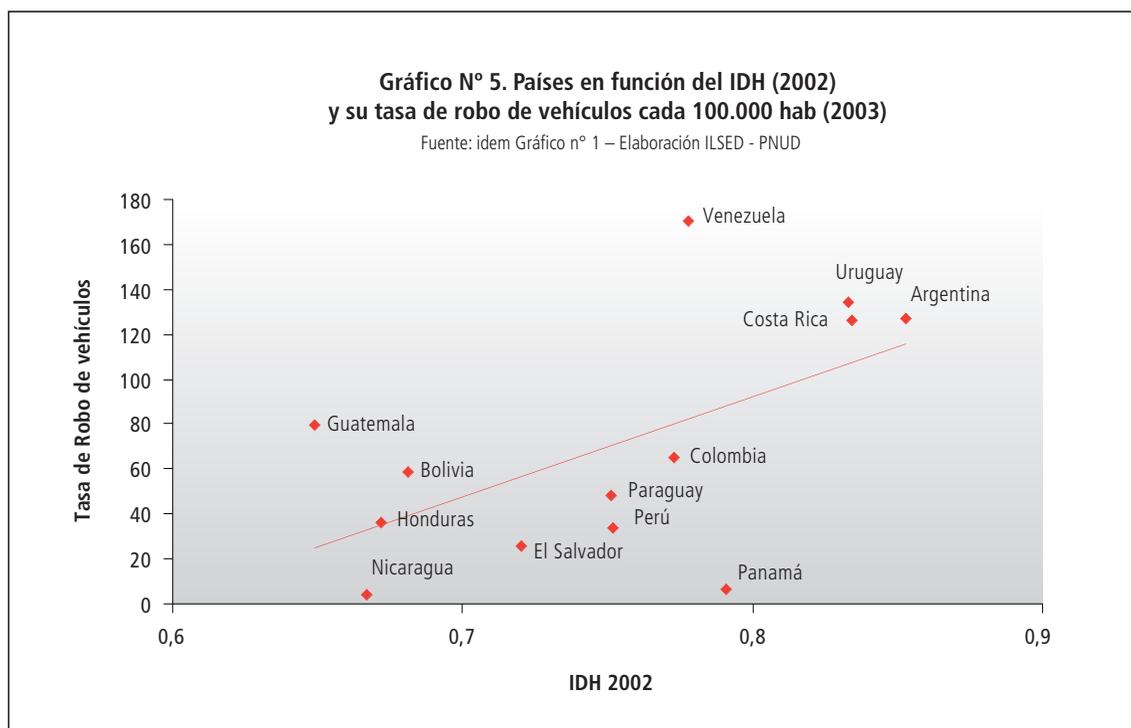
tales como la cocaína. Al respecto, una información interesante se presenta a continuación de incautaciones de cocaína por país, en cifras absolutas:



Es preciso señalar que, en este último caso (incautaciones de cocaína), la muestra no sólo permitiría apreciar la actividad criminal organizada ligada al tráfico de drogas ilegales, sino que también las cifras pueden estar en muchos casos ligadas a la eficiencia de las fuerzas policiales en el control de estos fenómenos.

organizada, ya que tiene la ventaja de presentar una relativamente baja tasa de subregistro puesto que, en casi todos los países de la reunión, es preciso presentar una denuncia ante la policía o la justicia para poder reclamar el cobro de los seguros contra robos. Como con las tasas de homicidios, hemos procedido a cruzar las tasas de robos de vehículos con el Índice de Desarrollo Humano, lo que se presenta de la siguiente forma:

El robo de vehículos se presenta como un índice bastante interesante para observar la criminalidad



En términos absolutos estos datos se presentan de la siguiente manera:

País	Tasa de Robo de Vehículos cada 100.000 hab.	IDH 2002
Guatemala	79,69	0,649
Nicaragua	4,25	0,667
Honduras	36,34	0,672
Bolivia	58,48	0,681
El Salvador	25,34	0,72
Paraguay	48,19	0,751
Perú	33,98	0,752
Colombia	65,44	0,773
Venezuela	170,19	0,778
Panamá	6,09	0,791
Uruguay	134,07	0,833
Costa Rica	126,24	0,834
Argentina	126,6	0,853

Puede observarse, en los datos arriba mencionados, que estos datos tienen una relación inversa respecto del caso de los homicidios. En efecto, mientras en los homicidios la mayor tasa correspondía preferentemente a los países con menores IDH, en los robos de vehículos los mayores índices se presentan en los países con mayores IDH. Argentina, Costa Rica y Uruguay presentan, en este caso, los mayores índices de robos de vehículos por cien mil habitantes.

Es interesante, en consecuencia, advertir esta relación inversa respecto de dos de los índices más importantes que reflejan la delincuencia común y la organizada. Conforme estos datos, pareciera entonces que a medida que aumenta el IDH (y muy posiblemente la capacidad de respuesta institucional a la violencia y el delito), la actividad criminal tiende a mutar y hacerse más compleja, adoptando una mayor organización y, posiblemente, mayor rentabilidad.

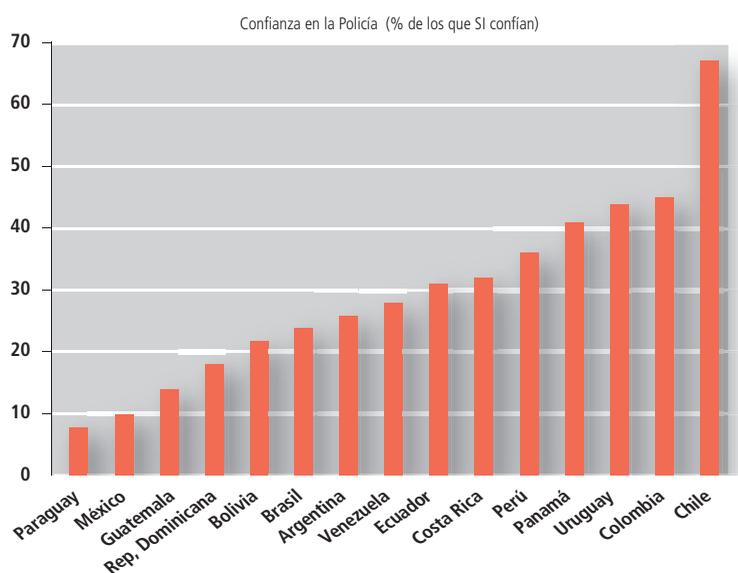
b. La situación subjetiva de la seguridad

Para tener un panorama completo de la situación de seguridad, los datos objetivos sobre violencia y delito no son suficientes. Es preciso también medir las percepciones de las personas respecto del problema y también el grado de confianza de éstas en las instituciones del sector de seguridad o respecto de los responsables políticos del área. La percepción de los ciudadanos es un dato de la mayor relevancia para el diseño de políticas públicas. En efecto, es posible que, en un país determinado, la situación de la violencia y el delito se mantenga estable mientras la percepción de población sobre el fenómeno se deteriora, por lo que acciones concretas a este respecto deben ser contempladas en cualquier diseño de política pública de seguridad.

Se presenta a continuación una encuesta de opinión, realizada en mayo de 2005, sobre la confianza de la población en la policía de sus países, institución más visible en los temas de delito y violencia.

Gráfico N°6: Porcentaje de individuos que confían en la Policía por País - mayo de 2005

Fuente: Barómetro Iberoamericano



La primera reacción de la lectura de este gráfico, es que, al parecer, la confianza de los latinoamericanos en sus policías es marcadamente bajo. Excepto para el caso de Chile, en todos los demás países de la región más de la mitad de la población no confía en su policía, llegando en algunos casos, como en Paraguay, que nueve de cada diez ciudadanos no confía en su policía. Estos datos son alarmantes y requieren de acciones urgentes.

La urgencia proviene del hecho de que las sociedades modernas son altamente dependientes de la función policial, encargadas en definitiva de mantener el orden público y del control de comportamientos violentos, lo que genera gran preocupación en la ciudadanía. No obstante, las fuerzas policiales no han sido prácticamente objeto de procesos de reforma y continúan ejerciendo la función de forma reactiva, con una organización que no responde al tipo de operación policial más compleja que requieren los tiempos actuales.

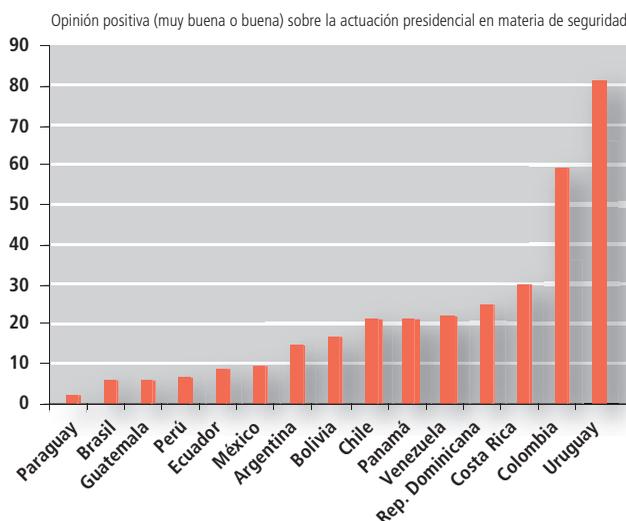
...
las fuerzas policiales no han sido prácticamente objeto de procesos de reforma y continúan ejerciendo la función de forma reactiva, con una organización que no responde al tipo de operación policial más compleja que requieren los tiempos actuales.

A lo sumo, las fuerzas policiales han vivido procesos de cambio ligados al proceso de reclutamiento y formación (en el mejor de los casos) y a veces una modernización del equipamiento, incluyendo los sistemas de información. No obstante, estos esfuerzos, con la excepción de Chile y, en menor medida (y en un contexto diferente al del resto de la región en cuanto al conflicto armado interno se refiere), Colombia.

No obstante, no sólo la policía sufre de falta de confianza de la población. Los Poderes Ejecutivos de la región, encarnados por los Presidentes de los países, también son objeto de malas calificaciones por parte de la población ante la pregunta sobre cómo manejan los asuntos de seguridad. A continuación se presentan los resultados de la encuesta de opinión (Abril-Mayo de 2005) realizada por el Barómetro Iberoamericano sobre el desempeño de los Presidentes en temas de seguridad.

Gráfico N°7: Porcentaje de opinión positiva (muy buena o buena) sobre la actuación presidencial en materia de seguridad – 2005

Fuente: Barómetro Iberoamericano



De nuevo, es muy llamativo el hecho de que en la gran mayoría de los países, la opinión buena o muy buena sobre la actuación presidencial en materia de seguridad es menor al 30 %. En el caso de Uruguay, debe subrayarse el hecho de que al momento de realizarse la encuesta el Presidente Vázquez acababa de asumir su cargo, lo que puede explicar la opinión altamente positiva reflejada en la encuesta.

Por lo demás, aún en los casos de Presidentes que en el mismo período presentan altos índices de apoyo popular a su gestión, la opinión sobre el manejo de los asuntos de seguridad se mantiene bajo.

La insatisfacción sobre el desempeño del Poder Ejecutivo es, de alguna manera, una clara consecuencia de la ausencia de liderazgo civil en la región en

cuanto a las políticas públicas para el sector. En efecto, la población no ve que los Poderes Ejecutivos sean hoy por hoy una fuente de respuesta a los problemas de seguridad que les afecta. El efecto de tal hecho es el aumento del descrédito de las autoridades públicas para resolver el problema de la seguridad y, ante tal falta de confianza, un ambiente más propicio para respuestas demagógicas que prometen acabar con la delincuencia en poco tiempo o planes de tolerancia cero o mano dura cuyos resultados son, en general, decepcionantes.

La insatisfacción sobre el desempeño del Poder Ejecutivo es, de alguna manera, una clara consecuencia de la ausencia de liderazgo civil en la región en cuanto a las políticas públicas para el sector.

No obstante, los datos sobre la situación de la violencia y el delito no nos permitirían, por sí solos, tener una clara idea de cómo un Estado nacional o provincial/estatal podría elaborar una política clara de prevención y control del fenómeno. Es preciso para ello tener una idea precisa sobre el estado de las instituciones que componen el sector de seguridad, puesto que cualquier política pública debe tener en cuenta las posibilidades reales de implementación de dichas políticas por las instituciones existentes, así como la identificación de necesidades de reforma o modernización del sector.

II. EL ESTADO DE LAS INSTITUCIONES DEL SECTOR DE SEGURIDAD PÚBLICA

Fue analizada hasta aquí la situación de la violencia y el delito en la región, tomando como referencia el índice más representativo de la violencia delictiva (homicidios), tasas indicativas de lo que pudiera ser actividad criminal organizada (robo de vehículos) y dos índices ligados a la percepción de los ciudadanos sobre la respuesta institucional a este fenómeno (confianza en la policía y desempeño presidencial).

Para obtener, por su parte, una correcta dimensión de las instituciones del sector, se sigue en este texto la “Guía de evaluación del estado de la seguridad ciudadana en América Latina” elaborada por el PNUD⁸. Según la Guía, una revisión completa de instituciones del sector debería cubrir los siguientes aspectos:

Contexto normativo e institucional del sistema de seguridad pública	Bases normativas generales Contexto institucional general
Gobierno de la seguridad	Gobierno administrativo Legislatura Gobierno local
Sistema de prevención social de la violencia y el delito	Prevención situacional Fomento de la convivencia comunitaria Reducción de factores de riesgo y de situaciones de violencia Mecanismos de resolución pacíficas de conflictos Modalidades de vigilancia preventiva Intervención en zonas vulnerables de alto riesgo
Sistema policial	Estructura del mando policial Estructura del personal policial Sistema policial de seguridad preventiva Sistema policial de seguridad compleja Régimen de profesión policial Sistema de control policial
Sistema de persecución penal	Asignación presupuestaria y recursos disponibles Equipos técnicos y policiales disponibles Desempeño de la investigación y resultados procesales Control externo e interno Coordinación interinstitucional
Participación comunitaria	Foros y juntas de participación comunitaria Defensoría de la seguridad pública Movimientos sociales y grupos de interés Opinión pública
Sistema de seguridad privada	Entidades y empresas de seguridad privada Agencia estatales de control de la seguridad privada Interacción con el sistema policial

⁸ PNUD, Guía de evaluación del estado de la seguridad ciudadana en América Latina, 2005; Marcelo Saín fue consultor principal para la elaboración de este texto. La Guía describe cada uno de los ámbitos que deben ser evaluados y sugiere metodologías para su observación.

Mientras que el informe que el PNUD prepara desarrolla indicadores para cada uno de estas dimensiones, el presente texto sólo avanzará información sobre las dos primeras, esto es, el marco normativo de la seguridad ciudadana y el gobierno de la seguridad. Para esta sección sólo se trabajará con información de Sudamérica.

a. Marco normativo de la seguridad ciudadana

Para que la maquinaria institucional del sistema de seguridad ciudadana tenga capacidades reales de responder al fenómeno, es imprescindible observar la situación de las normas que regulan el sector, su jerarquía, su completitud y también su calidad democrática.

En primer lugar, es imprescindible ver si existe o no, en el país/estado/provincia en observación una ley marco general que regule el sistema de seguridad ciudadana. En otras palabras, puede pensarse que un sistema de seguridad ciudadana está mejor integrado y tiene mayores posibilidades de funcionar correcta y eficazmente, si tiene un marco normativo que defina funciones de cada instancia de gobierno, tales como los roles del Presidente, del Ministerio del Interior, de la Policía, del Parlamento, así como la participación ciudadana y el rol de los municipios.

En algunos casos, no obstante, no existe ley marco especial para regular el sistema de seguridad

ciudadana. En estos casos es interesante ver si existe una ley que regula el sistema de seguridad junto con otros sistemas (como defensa o como la orgánica policial) o si, en cambio, la regulación del sistema de seguridad reposa solamente sobre decretos o normas administrativas dictadas por el Poder Ejecutivo. Este es el segundo indicador que se utilizará para medir la calidad del marco normativo de la seguridad.

Como tercer indicador, se observa la existencia y amplitud de los sistemas de control tanto externos como internos del sistema de seguridad: control parlamentario, controles administrativos por parte del área ejecutiva encargada, controles comunitarios y control interno previsto en la misma norma regulatoria. La calidad democrática de un marco normativo está íntimamente ligada a la claridad que la norma regulatoria otorgue a los distintos sistemas de control, tanto externos como internos.

Por último, es preciso saber si el sistema de seguridad ciudadana, en el país que se esté observando, está claramente separado, conceptual y orgánicamente, del sistema de defensa nacional e inteligencia de Estado. Esto es particularmente importante no sólo por razones históricas sino también porque es un paso necesario y de suma importancia para la profesionalización tanto del sector militar como del policial.

Conforme estos criterios, podemos sintetizar la información recogida de la siguiente forma:

Países	Calidad democrática del Estatuto normativo del Sistema de Seguridad Pública en los países de la región			
	Existencia de una ley marco	Tipo de norma predominante en el estatuto normativo	Grado de institucionalización y alcance de los dispositivos de control institucional previstos en el estatuto normativo	Diferenciación entre defensa nacional y seguridad ciudadana previsto en el estatuto normativo
Argentina	sí	ley	medio	fuerte
Bolivia	sí	ley	medio	debil
Brasil	no	acto adm. del pe	no previsto	no previsto
Chile	no	ley	medio	no previsto
Colombia	no	acto adm. del pe	medio	debil
Ecuador	no	ley	no previsto	no previsto
México	sí	acto adm. del pe	medio	fuerte
Paraguay	no	ley	no previsto	fuerte
Perú	sí	ley	medio	debil
Uruguay	sí	ley	débil	no previsto
Venezuela	sí	acto adm. del pe	débil	no previsto

Para destacar, de esta información, es que el marco normativo regulatorio de la seguridad ciudadana en los países de América Latina que se observan en este texto muestran serias debilidades. En primer lugar, sólo la mitad de los países de la región presentan normas marco que establezcan las competencias y funciones de cada institución del sector, lo que de por sí es una muestra de la poca reflexión y atención que el sector ha recibido por parte de los Poderes Legislativos de la región. En segundo lugar, las normas que regulan total o parcialmente el sector no siempre tienen la jerarquía de leyes, a veces la norma es simplemente regulada por decretos del Poder Ejecutivo (como el caso de México), lo que sin dudas es un nuevo indicio de ausencia de política pública al respecto.

En tercer lugar, es clara la ausencia de tradición de control sobre el sistema de seguridad ciudadana. En ninguno de los países observados la norma marco regulatoria prevé un control fuerte del sistema, lo que sería, según los conceptos utilizados hasta aquí, la existencia de los cuatro controles mencionados. La norma regulatoria es clasificada como medio cuando algunos de los cuatro controles son prescritos en la o las normas regulatorias cuando, a pesar de la presencia de alguna forma de control, ésta se encuentra regulada laxamente o con poca precisión. El tipo de control será clasificado como no previsto cuando la norma marco regulatoria del sistema de seguridad no establece ningún sistema de control de los mencionados arriba.

Por último, es particularmente importante saber si el marco normativo hace una clara distinción entre el sistema de seguridad ciudadana y el sistema de defensa nacional. Como se mencionó, la ausencia de previsión legal permitiría que fuerzas de defensa fuesen desplegadas para tareas de seguridad interna, con el riesgo que esto implica debido a la ausencia de formación al respecto y el equipamiento inadecuado para hacer frente a estas tareas. Sólo Argentina, Paraguay y México presentan una separación fuerte entre estas dos áreas del sistema de seguridad de un país, mientras que Chile, Brasil, Ecuador, Uruguay y Venezuela no tienen norma explícita que separen defensa de seguridad ciudadana.

b. El gobierno de la seguridad ciudadana

Otra de las áreas que han retenido la atención del informe cuyos avances estamos presentando es el gobierno de la seguridad ciudadana, esto es, ana-

lizar las capacidades reales que tiene un gobierno nacional o estatal/provincial para diseñar, implementar y evaluar políticas integrales de seguridad ciudadana. La presencia o, por el contrario, la ausencia de capacidades institucionales para gobernar el sistema de seguridad ciudadana tiene una directa vinculación con las posibilidades reales que ese país o Estado/provincia tendrá para controlar y revertir el fenómeno de la violencia y del delito.

En efecto, la seguridad en la región latinoamericana ha sufrido de un histórico desgobierno. La seguridad ciudadana es un área de política pública que no ha gozado de planificación estratégica ni ha contado con la preocupación de los sectores políticos de los países de la región. En consecuencia, el área fue dejada históricamente a la jurisdicción exclusiva de las fuerzas policiales. Los gobiernos han delegado en la policía su responsabilidad como autoridad de toda política pública, lo que provocó que las fuerzas policiales definan la intervención de las fuerzas de seguridad conforme a sus propias prioridades corporativas y su tipo de enfoque del problema. Sumado a esto, a pesar de las importantes reformas institucionales realizadas en la región en varios de sus componentes (administración pública, justicia) son pocas las experiencias de reformas de las fuerzas policiales. Las fuerzas de seguridad mantienen, en su gran mayoría, una organización antigua e inapropiada para afrontar el fenómeno criminal de estos tiempos.

Como consecuencia de este desgobierno histórico y de la reducción de las políticas de seguridad a un tema estrictamente policial, se excluyó, en consecuencia, toda participación de la comunidad, de los gobiernos locales y, en general, la seguridad fue encajonada a técnicas policivas reactivas de comportamientos ilegales, sin capacidad de desarrollar políticas preventivas sociales ni situacionales que, en el largo plazo, no han dado los resultados esperados, como lo muestran los altos índices de criminalidad en la región.

El gobierno de la seguridad, entendido aquí como la capacidad institucional por parte del Poder Ejecutivo de diseñar, implementar y evaluar políticas de seguridad, es imprescindible para que un país o provincia/estado se dé una política de seguridad que tenga como resultado un control y disminución de la violencia y el delito. Con el objeto de identificar el estado del gobierno de la seguridad en la región, se adelantan algunos indicadores, cuya presencia o ausencia deberían permitir observar si en el país en

...
la ausencia de previsión legal permitiría que fuerzas de defensa fuesen desplegadas para tareas de seguridad interna, con el riesgo que esto implica debido a la ausencia de formación al respecto y el equipamiento inadecuado para hacer frente a estas tareas.

análisis, existen las condiciones para que un plan de seguridad pueda ser llevado adelante con éxito. En otras palabras, a mayor gobierno democrático e integral de la seguridad, mejores serán las condiciones para que un plan de seguridad pueda lograr contener y disminuir la violencia, y viceversa.

Entre los indicadores escogidos, se encuentran los siguientes:

En primer lugar, se trata de saber si existe y cuál es la ubicación institucional dentro del Poder Ejecutivo, de un órgano, en manos de funcionarios civiles, con capacidad de gestión de la seguridad. La capacidad de gestión será alta cuando el órgano encargado de la seguridad tenga un alto rango dentro de la jerarquía de gobierno (por ejemplo, cuando sea un Ministerio de Seguridad o equivalente), será intermedio cuando la conducción de la seguridad se encuentre a cargo de una instancia jerárquicamente relevante pero dentro de una estructura que también tiene otras competencias políticas (p.e., dentro de un Ministerio del Interior que también se encarga de relaciones con el Parlamento o con otros poderes del Estado), débil, cuando se trate de una instancia con grado menor dentro de las autoridades ejecutiva e inexistente cuando la conducción de la seguridad se encuentre directamente en manos de las fuerzas policiales.

En segundo lugar, el informe del cual se presentan avances se preocupa por averiguar si, en el país bajo análisis existe y con qué carácter, un área técnica de carácter civil encargada de la elaboración y actualización del cuadro de situación de la violencia y el delito (tales como observatorios del delito, direcciones de información, etc.). En efecto, para poder elaborar cualquier plan de seguridad ciudadana y para poder medir los progresos que de éste resulten, es imprescindible contar con información georeferenciada sobre la violencia y el delito. Sin información, cualquier actividad policiva o de cualquier otro tipo es actividad a ciegas, con muchas dificultades para obtener éxito. Una instancia de gobierno de la seguridad que no cuente con un mapa de delito y violencia actualizado difícilmente podrá controlar y hacer ceder los índices más representativos de la actividad criminal.

En tercer lugar, además de la jerarquía que dentro del Poder Ejecutivo tenga la autoridad que gobierna la seguridad ciudadana en su conjunto (incluida las políticas preventivas y la coordinación con otras agencias de seguridad no policiales), es importante saber si, dentro de la autoridad civil de gobierno hay un órgano especial de dirección estratégica de las fuerzas de seguridad, entendiendo por dirección estratégica que la instancia civil controle la doctri-

na y los preceptos básicos de actuación, las líneas generales de aplicación de la carrera profesional, la coordinación con las demás agencias ejecutivas que implementan políticas ligadas a la seguridad, entre otros asuntos.

En cuarto lugar, se releva también información sobre la existencia o no de una instancia de asesoramiento a la autoridad ejecutiva o que incluso pueda presentar las características de órgano de consulta o cogestión. Se trata de organismos tales como Consejos Nacionales de Seguridad u otros de esta índole, abiertos a la participación de buena parte de las agencias de seguridad, de otras autoridades del Poder Ejecutivo ligadas al tema de seguridad e, incluso en algunos casos, a representantes del Parlamento o de la sociedad civil.

En quinto lugar, se toma en cuenta para medir el carácter democrático del gobierno de la seguridad en los países en observación el tipo y grado de intervención de la población en los asuntos de seguridad. La participación será alta, según los términos utilizados en este texto, cuando ésta sea prevista para todo el territorio nacional, la participación no sea cerrada y tenga cierto grado de continuidad; será media cuando la participación no alcance el nivel nacional, cuando la participación esté intermedia o se encuentre limitada a ciertas organizaciones; será finalmente baja en los demás casos.

Por último, se releva la existencia y competencias de comisiones parlamentarias especializadas en temas de seguridad ciudadana, cuya importancia reside en que el Parlamento es una pieza clave para el control democrático de la seguridad y tiene una función muy positiva, cuando ésta funciona correctamente, para evaluar los resultados de los planes de seguridad que el Poder Ejecutivo haya diseñado y se encuentre implementando. Según los términos utilizados en este texto, el control parlamentario será fuerte cuando exista una comisión parlamentaria permanente en materia de seguridad que contemple dentro de sus facultades, un seguimiento activo y continuo de los planes de seguridad y del desempeño de las autoridades competentes en el gobierno de la seguridad pública, esto es, la inspección, fiscalización, control y evaluación del desempeño de autoridades y agencias de seguridad pública. Será en cambio débil cuando la comisión parlamentaria no tenga carácter permanente o cuando sus facultades sean limitadas a un seguimiento presupuestario y no tenga competencias de control activo. Será inexistente en los demás casos.

Países	Carácter civil e integral del gobierno institucional del Sistema de Seguridad Pública en los países de la región					
	Órgano de conducción del gobierno de la seguridad	Existencia de un área/s técnica/s encargada/s del cuadro de situación de la violencia y el delito	Existencia y ubicación del órgano encargado de la dirección político institucional superior de la policía	Instancias de asesoramiento, consulta y/o cogestión de la seguridad pública	Participación Comunitaria	Existencia y facultades de comisiones parlamentarias especializadas
Argentina	Intermedio	Áreas a cargo de conducciones civiles y policiales, dispersas en agencias de diferente conducción ejecutiva	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Medio ¹	Fuerte
Bolivia	Intermedio	Inexistencia ²	Inexistencia	Si	Bajo ³	Fuerte
Brasil	Intermedio	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Inexistencia	Si	Bajo	Fuerte
Chile	Intermedio	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Área a cargo de una conducción civil ubicada en una agencia de diferente conducción ejecutiva	Si	Medio	Débil
Colombia	Débil	Áreas a cargo de conducciones civiles y policiales, dispersas en agencias de diferente conducción ejecutiva	Inexistencia	Si	Bajo	Inexistente
Ecuador	Débil	Inexistencia	Área a cargo de una conducción policial centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	No	Bajo	Inexistente
México	Fuerte	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Bajo	Débil
Paraguay	Débil ⁴	Inexistencia	Área a cargo de una conducción policial centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Medio	Débil
Perú	Intermedio	Inexistencia ⁵	Área a cargo de una conducción civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Medio	Fuerte

Uruguay	Intermedio	Área a cargo de una conducción policial civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Área a cargo de una conducción policial civil centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Medio	Inexistente
Venezuela	Débil	Área a cargo de una conducción policial centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Área a cargo de una conducción policial centralizada en el órgano de gobierno de la seguridad	Si	Medio	Fuerte

1. Si bien no existe un plan específico de participación ciudadana en asuntos de seguridad pública, se analizaron las referencias a instancias de participación ciudadana en el marco del Plan Nacional De Prevención del Delito, el cuál se gestiona en base a un modelo participativo.
2. Existe una Dirección de Seguimiento y Evaluación al interior de la Dirección Nacional de Seguridad, área a cargo de la Secretaría Técnica. No se pudo acceder a información sobre el responsable a cargo ni sobre las funciones de la Dirección, por lo cual, no se la ha tomado en cuenta como dato.
3. Si bien no existe un plan específico de participación ciudadana en asuntos de seguridad pública, se analizaron las referencias a instancias de participación ciudadana en el marco del Plan Nacional Integral de Seguridad Ciudadana y Orden Público.
4. El análisis se basa en la lectura del estatuto normativo identificado como regulatorio de los asuntos de seguridad pública. Fue imposible el acceso a la página web del Ministerio del Interior para profundizar en la evaluación.
5. El Ministerio del Interior maneja estadísticas que solamente reúnen números de las dependencias del sector. No presenta, sin embargo, indicios de una elaboración de un cuadro de situación de la violencia y el delito. Existe una Oficina Sectorial de Planificación, sobre la cual no se cuenta con información, y que, por lo tanto, no se ha tomado como dato.

Como puede observarse de la información reseñada, el gobierno de la seguridad muestra serias debilidades en la región. En primer lugar, la jerarquía institucional de las instancias de gobierno de la seguridad son raramente fuertes y consolidadas, lo que se confirma por el hecho de que son pocos los Poderes Ejecutivos que cuentan con información actualizada sobre violencia y delito. Esto confirma que la seguridad ciudadana fue por largo tiempo descuidada como política pública y que los esfuerzos por diseñar políticas para el sector se enfrentan con una debilidad sistémica de los organismos ejecutivos responsables del área. En efecto, es bastante visible en la región que los Ministerios del Interior o de Gobierno no cuentan todavía con el personal civil necesario y con suficientes conocimientos técnicos como para gerenciar el sistema de seguridad ciudadana.

En segundo lugar, sumado a lo anterior, la conducción civil de las fuerzas policiales es, como norma en toda la región, muy pobre, lo que provoca que la operación policial estará generalmente desvinculada del resto de la actividad de prevención y control de la violencia y el delito. En aquellos países que cuentan con más de una agencia policial, la ausencia de una conducción civil de las fuerzas de seguridad generalmente contribuye a una descoordinación estratégica y operativa de tales fuerzas.

En aquellos países que cuentan con más de una agencia policial, la ausencia de una conducción civil de las fuerzas de seguridad generalmente contribuye a una descoordinación estratégica y operativa de tales fuerzas.

La complejidad es aún mayor para el caso de los países federales: Argentina, Brasil, México y Venezuela. La información que se presenta en este texto se refiere sólo al ámbito federal y no incluye el ámbito provincial o estatal. Cada provincia o estado, en estos países federales, en la medida en que la seguridad ciudadana es parte de sus competencias, tiene su propio sistema de gobierno de la seguridad ciudadana. El panorama en todos estos países es bastante irregular, variando de estado a estado. No obstante, puede avanzarse que si a nivel federal ya existen debilidades de gobierno de la seguridad, en las distintas instancias federadas las complicaciones, en general, aumentan. Distinto es el caso de Colombia, donde los

alcaldes municipales tienen competencias amplias que le permiten incluso tener comando sobre las fuerzas policiales. Esta circunstancia ha permitido que en Colombia haya habido un mayor desarrollo del gobierno de la seguridad en el ámbito municipal (en especial en las grandes ciudades como Bogotá y, más recientemente, Medellín).

Puede observarse asimismo que los mecanismos de control externo de la seguridad ciudadana son particularmente débiles, tanto en aquello que se refiere a la participación ciudadana como al control parlamentario. En cuanto a la participación, las experiencias en la región son bastante heterogéneas y, en general, poco sistemáticas. La experiencia más extendida es aquella que han liderado las fuerzas policiales. Sólo muy recién

temente se han desarrollado programas que favorecen una participación fundada en organizaciones sociales ya existentes.

Respecto del control parlamentario de la seguridad ciudadana, los resultados de la información relevada son mixtos. En efecto, en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Perú o Venezuela, existen comisiones parlamentarias permanentes dedicadas al tema de seguridad, lo que revela un ambiente institucional más propicio para desarrollar el control parlamentario. En los demás casos la situación se presenta distinta, donde el Parlamento no parece tener un rol mayor en las discusiones sobre seguridad ciudadana, más allá de su tradicional rol en el proceso de elaboración del presupuesto del Estado.

En síntesis, la información recogida y sistematizada en este texto muestra que la región tiene todavía que hacer serios esfuerzos para fortalecer su gobierno de la seguridad, tanto en sus aspectos estratégico-políticos (órgano de conducción de la seguridad), como en sus aspectos operativos (dirección de las fuerzas de seguridad), en sus aspectos técnicos (sistema de información) y también en los aspectos relacionados al control externo del sistema de seguridad (control social y parlamentario).

La idea que aquí se defiende es que, en la medida en que la región latinoamericana no se dote de instituciones capaces de diseñar, implementar y evaluar políticas de seguridad, será por demás difícil que la región consiga reducir los actuales índices de violencia y delito. La fotografía actual del estado del gobierno de la seguridad muestra, en definitiva, que esta débil capacidad de gestión de la seguridad no permite ser optimista en el futuro cercano.

III. ¿Cómo revertir la situación? Las políticas de seguridad ciudadana

Como se desprende de lo sostenido hasta aquí, América Latina sufre, por una parte, de altos índices de criminalidad violenta y de una actividad creciente de criminalidad organizada, a lo que se suma una baja confianza por parte de la población en las instancias ejecutivas del sector de seguridad ciudadana; por otra parte, el análisis del marco normativo y del gobierno de la seguridad ciudadana demuestra una debilidad marcada que hace pensar que, en las actuales circunstancias, los gobiernos de la región

tienen pocos instrumentos a su alcance para lograr controlar y revertir la situación.

Por las razones señaladas, no cabe más que concluir que una política exitosa de seguridad ciudadana debe tener dos componentes fundamentales: en primer lugar, un conjunto de políticas dirigidas a prevenir y controlar la violencia y el delito en sus distintas manifestaciones (políticas sustantivas) y, en segundo lugar, un conjunto de políticas dirigidas a modernizar y reformar el sistema institucional de seguridad ciudadana (políticas instrumentales).

Sobre estas dos áreas, imprescindibles para una política exitosa, puede decirse que rara vez una ha acompañado la otra y que, además, rara vez ambas áreas de política hayan sido concurren-

... la información recogida y sistematizada en este texto muestra que la región tiene todavía que hacer serios esfuerzos para fortalecer su gobierno de la seguridad, tanto en sus aspectos estratégico-políticos (órgano de conducción de la seguridad), como en sus aspectos operativos (dirección de las fuerzas de seguridad), en sus aspectos técnicos (sistema de información) y también en los aspectos relacionados al control externo del sistema de seguridad (control social y parlamentario).

tes. En efecto, respecto de las políticas sustantivas, es decir, aquellas cuyo objetivo directo es la prevención de la violencia y el delito, la experiencia ha demostrado que no existen fórmulas mágicas, respuestas rápidas ni, menos aún, que los anuncios populistas de mano dura tengan algún efecto en la reducción del delito. Las políticas de seguridad ciudadana deben ser multidimensionales y pluridisciplinarias. Deben ser, además, ejecutadas desde distintos niveles de responsabilidad y ejecución.

Lejos de la tradición latinoamericana, que ha creído que las políticas de seguridad son esencialmente reactivas a comportamientos delictivos y lideradas casi exclusivamente por el sistema policial, es hoy casi una obviedad sostener que no sólo la mera acción policial no es suficiente para abordar problemas socialmente complejos, sino que incluso el modo de intervención policial reactivo es desaconsejado para enfrentar ciertos comportamientos. Las políticas de seguridad ciudadana requieren, en consecuencia, un abordaje multidimensional, desde distintas disciplinas, esto es, una aproximación desde políticas preventivas de carácter social y también políticas institucionales de prevención y de control de la violencia y el delito, incluyendo las respuestas del sistema de justicia. A modo de ejemplo, puede reseñarse los siguientes programas:

Políticas sociales de prevención de la violencia y el delito	Favorecer la inserción laboral de los jóvenes y facilitar las condiciones para un mejor uso del tiempo libre Fomentar el autocumplimiento de normas Reducir manifestaciones de violencia de género y contra los niños y niñas Neutralizar factores de riesgo (alcohol – estupefacientes) Mejorar los contextos urbanos
Políticas institucionales de prevención y control de la violencia y el delito	Estrategia de policiamiento en seguridad preventiva Estrategia de policiamiento en seguridad compleja (para ambos, identificación de problemáticas delictivas, diseño de estrategias operacionales policiales, diseño e implementación de necesidades logísticas)
Políticas para mejorar la respuesta del sistema de justicia al delito	Estrategia para mejorar la eficiencia de la investigación criminal Fomentar y maximizar las alternativas al proceso penal y a la pena Mejorar el acceso a la justicia y fomentar el uso de sistemas restaurativos

Es evidente, por otra parte, que las competencias para la implementación de este conjunto de iniciativas recae en más de una autoridad. En efecto, las alcaldías o municipalidades, por ejemplo, tienen a su cargo generalmente (p.e.) el mejoramiento de los contextos urbanos, los ministerios del área social tendrán responsabilidad en cuanto a facilitar la inserción laboral de jóvenes; la policía, por su parte, la implementación de una estrategia de seguridad preventiva, la policía nuevamente junto con otras agencias de seguridad (aduanas, migraciones, p.e.) tendrán también que coordinar acciones para responder al crimen organizado; por fin la justicia tendrá su rol en cuanto a un incremento de la eficiencia en la respuesta al delito.

Por estas razones, una política de seguridad ciudadana que tenga posibilidades de éxito debe contemplar los distintos niveles de implementación (nacional, intermedio, local), así como los distintos niveles de responsabilidad de las autoridades del sector de seguridad y de las áreas sociales de gobierno. Esta complejidad en la implementación pone de manifiesto la necesidad de la conducción política y estratégica de los planes de seguridad, tarea que recae en la máxima autoridad civil del área, normalmente el Ministerio del Interior o de Gobierno.

A pesar de lo señalado, como surge de la evaluación de las instituciones del sistema de seguridad ciudadana de la región, los mejores programas de prevención y control del delito y la violencia tendrán muchas dificultades para ser implementados adecuadamente en el actual estado de cosas. En efecto, las instituciones del sistema de seguridad ciudadana de América Latina requieren de modernización que es hoy inevitable para poder implementar políticas exitosas. Por esta razón aquí se sostiene que, en nuestra región, para obtener una mejora sostenida de los índices de violencia y delito, no

... en nuestra región, para obtener una mejora sostenida de los índices de violencia y delito, no alcanza con el diseño e implementación de políticas dirigidas a la prevención y control de estas manifestaciones, sino que también es necesaria la implementación simultánea de programas de reforma y modernización del sector.

alcanza con el diseño e implementación de políticas dirigidas a la prevención y control de estas manifestaciones, sino que también es necesaria la implementación simultánea de programas de reforma y modernización del sector.

Estas políticas incluyen:

Políticas de reforma y modernización del sistema de seguridad ciudadana
Fortalecimiento del gobierno de la seguridad
Modernización y reforma del sistema policial
Estrategia de descentralización y fortalecimiento de los gobiernos locales en materia de seguridad
Fortalecimiento del control de la seguridad privada
Modernización de la investigación criminal y de la persecución penal pública

En efecto, la reforma y modernización del sistema de seguridad ciudadana requiere una serie de acciones que incluyen, en primer lugar, un fortalecimiento del gobierno de la seguridad, esto es, un mejor encuadramiento normativo del sistema de seguridad, un fortalecimiento de los sistemas de información (cuadro del delito), una mejora en la formación del personal, una mejor dirección estratégica civil de las fuerzas policiales, un fortalecimiento del control parlamentario, entre otras acciones.

En cuanto a la modernización policial, la mayoría de las policías de nuestra región muestran serios desequilibrios en la estructura de mando (cúpulas policiales sobredimen-

sionadas), deficiencias en la estructura operacional (demasiada centralización), serios problemas ligados a la profesión y formación policial e incluso la debilidad de los mecanismos de control interno y externo de desempeño y disciplina.

La seguridad también es un bien común que debe ser administrado desde las políticas locales, cuyos buenos resultados han sido demostrados en varios municipios de la región latinoamericana. Es preciso en consecuencia fomentar que los gobiernos locales, que se encuentran en buena posición para identificar problemas y soluciones en materia de seguridad, desarrollen capacidades para diseñar e implementar acciones en materia de seguridad ciudadana. Los gobiernos provinciales/estatales y nacionales deben desarrollar, a este respecto, capacidades para asistir a los gobiernos locales a desarrollar estas acciones de prevención de la violencia.

En los países latinoamericanos, las empresas de seguridad privada han tenido un desarrollo de gran importancia en los últimos tiempos, al punto que el número de agentes de seguridad privada llegan, en algunos países, a doblar en número a los agentes policiales. Por la importancia de la tarea que estas empresas desarrollan y por la necesidad de asegurar una buena complementariedad con la fuerza pública, es preciso fortalecer el sistema de control de las empresas de seguridad privada y de sus socios, asegurar un adecuado registro de su equipamiento y una adecuada formación del personal.

Asimismo, es preciso que la respuesta del sistema de justicia sea eficaz, esto es, que la promesa de pena contenida en la ley para aquellas personas que la infrinjan, se cumpla. La credibilidad del sistema de justicia se ve afectado sobremanera por los altos índices de impunidad que se encuentra en alguno de nuestros países, en especial en aquellos delitos con cierta complejidad. Mientras los sistemas de enjuiciamiento penal han sido modernizados en la región (reformas a los códigos procesales penales), la policía de investigación, las fiscalías y las demás agencias ligadas a la inteligencia y respuesta a delitos específicos (sistema financiero, drogas, aduanas) continúan con serias debilidades para construir investigaciones creíbles, recolectar pruebas de manera adecuada que permita obtener una condena al final de un juicio penal. Por otra parte, si bien las respuestas alternativas al juicio y a la pena han sido incrementadas en los últimos diez años, la cultura

Mientras los sistemas de enjuiciamiento penal han sido modernizados en la región (reformas a los códigos procesales penales), la policía de investigación, las fiscalías y las demás agencias ligadas a la inteligencia y respuesta a delitos específicos (sistema financiero, drogas, aduanas) continúan con serias debilidades para construir investigaciones creíbles ...

del sistema penal todavía resiste estos mecanismos, que siguen relegados a sistemas residuales.

Las políticas de seguridad ciudadana requieren, para finalizar, un abordaje comprensivo, que incluye políticas sustantivas de prevención y control de la violencia y el delito; de políticas de reforma de las instituciones del sector para que sean capaces de implementar estas políticas en el marco de la ley y, por último, de un Poder Ejecutivo (en sus distintos niveles de gobierno) que esté en condiciones de dotar de un sentido común a estas distintas acciones, de implementar, en definitiva, una estrategia eficaz.

CONCLUSIÓN

El presente texto, como se dijo, es un avance de algunos de los resultados incluidos en el informe sobre el estado de la seguridad en América Latina que se presentará en breve. El informe, a diferencia de este texto, incluye una más amplia información sobre la situación de la violencia y el delito, así como también más indicadores sobre el estado de las instituciones del sistema de seguridad ciudadana.

En materia de estado de la violencia y el delito, sólo se hizo referencia aquí a los índices de homicidios (violencia delictiva), robo de automotores (como índice de criminalidad organizada) y a la percepción de los ciudadanos sobre el desempeño de los Presidentes y de las fuerzas policiales (situación subjetiva de la seguridad). Sobre el estado de las instituciones del sector, el presente texto sólo analizó la calidad de los marcos normativos de la seguridad ciudadana y el estado de los órganos de gobierno de la seguridad ciudadana. No se analizaron aquí ni el grado de modernización de las fuerzas policiales, ni el estado del control de la seguridad privada, así como tampoco la amplitud y comprensión de los planes de prevención del delito ni la eficacia de la persecución penal, que sí, en cambio, tendrán su lugar en el informe en preparación.

Aun cuando la información aquí presentada es parcial, dos conclusiones principales se pueden ser desprendidas:

La primera de ellas es que los niveles de violencia delictiva en la región son muy altos, lo que compromete seriamente el desarrollo humano y, eventualmente, la gobernabilidad democrática de la región. Como se ha podido observar, los problemas de violencia delictiva se agravan en aquellos países

con menores índices de desarrollo humano (IDH), mientras que, en los países donde el desarrollo humano se encuentra más avanzado, el delito tiende a volverse más complejo y, por lo tanto, potencialmente de grave impacto. La población, por su parte, tiene una baja credibilidad sobre el sistema de seguridad ciudadana, al punto que la credibilidad de las fuerzas policiales se encuentra actualmente al extremo comprometida.

La segunda conclusión da cuenta de que las instituciones del sistema de seguridad, en América Latina, presentan debilidades estructurales que requieren de acciones decididas al respecto. En efecto, todo parece indicar que, salvo algunas excepciones de países que han logrado mantener los índices de violencia y delito a niveles aceptables, las instituciones encargadas de la seguridad ciudadana requieren ser modernizadas y que es necesario que las autoridades civiles desarrollen o fortalezcan sus capacidades para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas de seguridad ciudadana de carácter comprensivo e integral.

La situación crítica de la violencia y el delito y el grado de deterioro de las instituciones del sector hacen pensar, en consecuencia, que las políticas de seguridad ciudadana para la región deben estar dirigidas tanto a prevenir la violencia y el delito como a modernizar el marco institucional que implemente estas políticas. En la medida en que la región no ponga en marcha políticas multidimensionales de prevención y control que sean acompañados de estos esfuerzos de modernización, no existen motivos para creer que el estado de la seguridad en la región tenga avances positivos en los próximos años.

Oficina de Gestión de Audiencias en el Plan Piloto para el Fortalecimiento del Sistema Acusatorio en Mar del Plata

Valeria Fernanda Piñero

*Abogada. Responsable de la Oficina de Gestión de Audiencias
Departamento Judicial de Mar del Plata
flagrancia-mp@jusbuenosaires.gov.ar*



The author of this article is coordinator of the Hearing Management Office that was designed for the implementation of the pilot project to expand the adversarial system in Mar del Plata, Argentina. In this text, she offers a detailed description of the procedures that her office uses to provide systematic support for the implementation of public hearings. She describes how a simple, cost-effective system can be used to meet the management objectives of a second generation reform. She also offers statistics from the first year of the implementation of the pilot project.

Introducción

En la Provincia de Buenos Aires, Argentina, comenzó a regir a partir del día 28 de septiembre del año 1998 la ley 11.922, que suplantó por completo al anterior Código Procesal Penal, e introdujo a este régimen el sistema acusatorio. Dicha legislación establece roles bien definidos, poniendo en manos del Fiscal (en ejercicio pleno de la acción pública) la práctica de la investigación penal preparatoria. La defensa durante todas las fases del proceso se encuentra a cargo de la asistencia y asesoramiento legal del imputado. Y el Juez de Garantías en esta etapa de investigación penal preparatoria verifica la legalidad del procedimiento, decide sobre cuestiones derivadas de las presentaciones de las partes, supervisando a la vez la actuación de las mismas; impone o hace cesar las medidas de coerción personal o real; además realiza los actos pertinentes que tengan por finalidad el adelanto extraordinario de prueba; a pedido del imputado puede intervenir en la declaración de aquél ante el fiscal controlando la regularidad del acto, y por último decide si las actuaciones ameritan o no pasar a debate. Para el caso que así sea, la causa se remite a un Tribunal Criminal o a un Juzgado Correccional según corresponda (de acuerdo al monto de pena del delito que se le endilga al imputado), y una vez allí radicada la

causa, se resuelve (no siempre) por medio de juicios orales y públicos.

A ocho años de la implementación de dicho procedimiento judicial, pudieron detectarse falencias en el sistema operativo que disminuían notablemente los beneficios que se pretendían. Concretamente, los problemas que se reseñaron fueron los siguientes: “1- La carencia o debilidad de los sistemas de información; 2- La formalización de la actividad preparatoria del Ministerio Público; 3- La ausencia de una práctica de realización de audiencias orales y públicas en la etapa preparatoria y en particular el control de las medidas de coerción; 4- En etapa de juicio: carencia de un sistema de gestión de audiencias de juicio oral que coordine las audiencias con todos los operadores”¹.

Fue así, que con el fin de potenciar la presencia y vigencia de las garantías constitucionales y las reglas del debido proceso, como así también de optimizar el modelo de gestión, con el propósito de desarrollar e intensificar la capacidad de respuesta del sistema penal a los conflictos, y teniendo como objetivo principal el de profundizar el sistema acusatorio, es

¹ Lo dicho consta en el informe evaluativo final del Plan Piloto para la Profundización del Sistema Acusatorio en Mar del Plata; cfr. Revista Sistemas Judiciales N° 11, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2006, p. 48 y ss.

que se implementó en el Departamento Judicial de Mar del Plata, en la Provincia de Buenos Aires, el Plan Piloto para el Fortalecimiento del Sistema Acusatorio, (convenio firmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, la Procuración General, el Ministerio de Justicia, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) en diciembre de 2004). Dicho proyecto tenía como metas principales además de la consignadas anteriormente, la de tener que materializarse sin reforma legislativa, empleando los mismos recursos humanos, materiales y económicos, lo que conllevó a una reestructuración de las unidades fiscales y de defensa, no así de los Juzgados de Garantías.

Para ello se acordó introducir a este plan la tramitación de los casos de flagrancia (Título I bis del Libro II del CPP, L 13183 y 13260, arts. 284 bis/sexies del Código Procesal Penal) para delitos dolosos cuya pena máxima no supere los 15 años de prisión o de reclusión. Se considera que hay flagrancia conforme la normativa del artículo 154 del Código Procesal "...cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar de un delito".

Más allá del esquema propuesto por el código, se acordó que todas las incidencias que antes se planteaban por escrito, ahora se resolvieran en audiencias orales y públicas por los interesados, con el fin de lograr en ésta etapa intermedia soluciones alternativas tempranas al juicio oral o en su caso también, para que los debates se logren cumplir en los términos previstos por la ley.

A tal efecto se creó la Oficina de Gestión de Audiencias de flagrancia para los Juzgados de Garantías (que actualmente son 3), que se encuentra funcionando desde el día 4 de julio del año 2005, en la cual los operadores del sistema (fiscales, defensores y Jueces de Garantías) ejecutan la litigación del proceso en audiencias orales previas a la etapa del juicio. La finalidad primordial de esta dependencia es diagramar y organizar las tareas pertinentes para coordinar las agendas de los Jueces de Garantías conjuntamente con la del resto de los operadores, con el único propósito de cumplir con las audiencias que son agendadas diariamente en dicha oficina.

La dependencia se instaló dentro del mismo edificio judicial. Cuenta con una sala de audiencias, y un despacho contiguo a la misma donde se realizan

las tareas administrativas. Posee 2 computadoras unidas en red. Una de ellos con grabadora de CD.

En la computadora que se encuentra en la sala, se utiliza un programa para capturar el audio de las audiencias, para lo cual se instaló una consola de sonido que cuenta con un sistema de micrófonos (ubicados en estrado, Fiscal y Defensor), conectados a una bandeja mezcladora, que a su vez está ensamblada a la entrada de micrófono de la placa de audio. El sonido lo captura el Programa Audio Grabber. Además, dichas grabaciones crean durante la audiencia mediante un programa especial (Nero express) archivos individuales, que son traspasados en un CD. La utilización del mismo permite realizar copias de seguridad para la Unidad de Flagrancia y para cada Juzgado de Garantías.

Situación inicial de la OGA

Al frente de esta oficina se designó a una responsable y por acuerdo de los tres jueces fue asignado un empleado por cada juzgado. Conjuntamente con los Magistrados se organizó la agenda general en tres franjas horarias: 8:30 a 10:00, de 10 a 11:30 y 11:30 a 13.

En su comienzo la sistematización y gestión de las audiencias estuvo a cargo únicamente de la responsable de la OGA, siendo la encargada de que la sala esté dispuesta para cada juez, de fijar las audiencias, notificarlas, de convocar a las

partes, de tomar las audiencias que se celebraban, de labrar las actas respectivas para los tres Juzgados de Garantías, de controlar los registros de audio y grabarlos en los CD.

Con el correr de los días se fueron superando algunos obstáculos, como la falta de espacio propio, ya que se compartía la línea telefónica (herramienta esencial para el normal desenvolvimiento de la agenda diaria.) y la sala de audiencias con la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, por lo tanto las audiencias de flagrancia que llegaban a la misma por recursos de apelación también eran

fijadas y pautadas dentro de las franjas horarias disponibles de los otros jueces. Sin embargo, gracias a la buena predisposición del Departamento de Arquitectura, las refacciones de la dependencia fueron terminadas prontamente.

Los primeros resultados de las audiencias celebradas en el marco del plan piloto comenzaron a volcarse al final del día manualmente, en unas planillas que contenían el número de causa, y a qué juzgado pertenecía, las peticiones que habían formulado cada una de las partes, la resolución del

... se acordó que todas las incidencias que antes se planteaban por escrito, ahora se resolvieran en audiencias orales y públicas por los interesados, con el fin de lograr en ésta etapa intermedia soluciones alternativas tempranas al juicio oral o en su caso también, para que los debates se logren cumplir en los términos previstos por la ley.

juez y la duración del tiempo de cada una de ellas. Con estas planillas se confeccionó la primera estadística de la OGA.

El plan así implementado no llegó a desmoronarse porque antes de que cada juzgado volviera a ingresar su segundo turno² a la unidad, la modalidad de trabajo ya había empezado a cambiar. Sin perjuicio de ello, debo hacer notar que la acumulación progresiva de casos con ese modelo de gestión, sin lugar a dudas habría colapsado.

Cabe destacar que en un principio no se encontraban bien definidos los roles que debía cumplir tanto la responsable de la Oficina como los empleados que los juzgados habían asignado, por ello la carga diaria de trabajo, llegó a ser agotadora para una sola persona, pero dicha coyuntura se vio desvanecida rápidamente ante la efectiva asignación de funciones, ocupación de puestos y acomodamiento de cada uno de ellos al sistema.

Situación actual de la OGA

Con la práctica anteriormente descrita se trabajó durante casi dos meses. Si bien el transcurrir del tiempo coadyuvó a definir concretamente cuál eran las funciones de la OGA y de los operadores del sistema.

Fue primordial el apoyo incondicional que brindaron dos de los jueces titulares de los Juzgados de Garantías³ a la responsable, ya que uno de los juzgados se encontraba vacante. La clave fue que tuvieron la “cabeza abierta” para innovar en todo lo que fuera necesario para la operatividad del plan, dando la venia libre para producir los cambios que fueran convenientes para el sistema, lo cual hizo que realmente la OGA tomara la autonomía que debía tener y definiera así sus funciones y modelo de gestión.

Actualmente, la encargada de la dependencia, cuenta con un nexo por cada juzgado de garantías, es decir que ese empleado que había sido asignado por los jueces, hoy en día cumple funciones específicas para la OGA (sin excluir las propias que tiene en su juzgado). Tiene la obligación de comunicar todos los casos que son convertidos en flagrancia, mediante una plantilla y/o formulario que contiene los datos necesarios para que la causa sea ingresada al sistema. Además es el encargado de realizar la

La clave fue que tuvieron la “cabeza abierta” para innovar en todo lo que fuera necesario para la operatividad del plan, dando la venia libre para producir los cambios que fueran convenientes para el sistema, lo cual hizo que realmente la OGA tomara la autonomía que debía tener y definiera así sus funciones y modelo de gestión.

planilla de notificación de las audiencias designadas que es entregada luego a la responsable de la oficina a los fines de su control y de librar los oficios que correspondan para el traslado de detenidos.

Por otra parte, mediante un sencillo instructivo se capacitó a dos empleados por cada Juzgado para la toma de audiencias y confección de actas. De hecho, hoy en día casi todos los empleados de los Juzgados de Garantías, por disposición de los magistrados se han capacitado y se alternan diariamente para tomar las audiencias, grabarlas y confeccionar el acta respectiva.

Además la dependencia cuenta con un nexo en la Fiscalía y otro en la Defensoría pública que se encargan de sistematizar la agenda de sus operadores con la OGA.

Lo expuesto descongestionó notoriamente la carga laboral de la responsable quién pudo supervisar el trabajo de sus auxiliares y a la vez avocarse de lleno a las tareas propias que demandaba la dependencia.

Funciones de la OGA

1) **INGRESO DE CAUSAS CORRESPONDIENTES A LOS TURNOS DE CADA UNO DE LOS JUZGADOS DE GARANTÍAS:** Cuando en el expediente el Juzgado de

Garantías procede a la declaración del caso como parte del procedimiento de flagrancia, inmediatamente el nexo mediante una planilla, la entrega a la Oficina, que procede a dar ingreso a la causa.

2) **AGENDAMIENTO DE AUDIENCIAS:** La planilla puede o no contener un pedido de audiencia que conjuntamente con la Secretaría se designa y se coordina de acuerdo a la franja horaria asignada a cada juez. Asimismo en las propias audiencias pueden designarse otras, las cuales son notificadas a las partes en ese mismo acto, evitando así librar oficios a todos.

3) **NOTIFICACION DE LAS AUDIENCIAS:**

Se realiza por planillas que son entregadas a los nexos designados por la Unidad Fiscal y por la Defensa General, los cuales a su vez son los encargados de comunicar a los funcionarios las audiencias que les fueron asignadas. En lo que respecta a los defensores particulares, se les dio la opción de ser notificados por cédula y por correo electrónico, pero como novedad se introdujo la notificación telefónica, para lo cual se labra una pequeña acta dejándose constancia de dicho llamado. Si los imputados se encuentran en libertad la citación y comparendo de los mismos queda a cargo de la defensa. Para el caso

2 Los Juzgados de Garantías dividen sus turnos cada quince días.

3 Dr. Saúl Roberto Errandonea titular del Juzgado de Garantías N° 2 y Dr. Raúl Alberto Paolini, titular del Juzgado de Garantías N° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata.

- de que se encuentren detenidos, el Juzgado de Garantías libra el oficio pertinente para asegurar el traslado el día de la audiencia.
- 4) **PUBLICIDAD DE LAS AUDIENCIAS:** Una vez que son perfectamente controladas las planillas de notificaciones, se procede a dar publicidad diariamente a las audiencias que fueron designadas, mediante una cartelera que se encuentra en el acceso de la dependencia y en la mesa de entradas de cada uno de los Juzgados de Garantías.
 - 5) **REPROGRAMACION DE LAS AUDIENCIAS:** Una de las funciones más destacadas de la OGA es que si bien la designación de audiencias diaria resulta ser estática, la ejecución de las mismas es dinámica, ya que en éstas puede haber cuartos intermedios, los cuales se pautan dentro de los horarios libres de la agenda, o para el caso de que alguna de ellas sea suspendida, se reprograman las demás -en la medida de lo posible- para adelantar otras audiencias fijadas para el mismo día, a los fines de completar la agenda de la jornada.
 - 6) **FUNCION PREVIA A LA AUDIENCIA:** Verificar que el equipo de audio se encuentre en condiciones, ya que es el único medio de registro que tiene la audiencia, el acta que se libra es sólo un soporte del audio y contiene sintéticamente un resumen de lo acontecido en la misma. Controlar que la sala mantenga las condiciones necesarias para su buen funcionamiento. Citación de las partes, para asegurar la presencia de los mismos en los horarios pautados, esto resulta fundamental para el normal desenvolvimiento de las franjas horarias.
 - 7) **FUNCION DURANTE LA AUDIENCIA:** cada uno de los nexos de los Juzgados de Garantías son los encargados de grabar las audiencias y confeccionar las actas respectivas.
 - 8) **REGISTRACION DE RESOLUCIONES:** Luego de que la audiencia es celebrada se pasa a registrar informáticamente todo lo sucedido en ella.
 - 9) **GRABACION DE AUDIENCIAS:** Las grabaciones que se crean durante la audiencia mediante un programa especial (Nero express) en archivos individuales, son traspasados en un Cd. La utilización del mismo permite realizar copias de seguridad para la Unidad de Flagrancia a través de un CD Semanal y otro mensual para cada Juzgado de Garantías.
 - 10) **PRODUCCION DE INFORMES Y ESTADISTICAS:** con la inmensa colaboración prestada por el Departamento de Informática se logró mayor utilización de los sistemas de información, ya que cargando determinados datos antes y después de la audiencia, el sistema ordena una variedad de datos que

... se logró mayor utilización de los sistemas de información, ya que cargando determinados datos antes y después de la audiencia, el sistema ordena una variedad de datos que permitieron la obtención de información de alta calidad para la evaluación del plan piloto.

permitieron la obtención de información de alta calidad para la evaluación del plan piloto.

DATO - INFORMACION

Resulta útil definir qué se entiende por dato e información, a los fines de poder comprender la importancia que tiene la asociación de estos conceptos, ya que ambos permiten brindar los elementos necesarios para deducir y obtener conclusiones respecto de una determinada cuestión.

DATO: Un dato es la unidad o cantidad mínima de información no elaborada, sin sentido en sí misma, pero que convenientemente tratada se puede utilizar en la realización de cálculos o toma de decisiones.

INFORMACION: Es un conjunto organizado de datos que constituye un mensaje sobre un determinado ente o fenómeno que permite reducir el grado de incertidumbre de quien debe adoptar decisiones.

Pues bien, es necesario determinar cuál es el problema específico o el objetivo planteado, para saber qué datos son los que interesan seleccionar, ya que el análisis de los mismos permitirá obtener información que proporcionará una respuesta al requerimiento formulado, que tendrá como fin ayudar a tomar las decisiones que correspondan para lograr la meta u objetivo pautado. Es necesario determinar qué tipo de dato se

va a registrar para poder generar información que esté orientada hacia una finalidad específica.

La información es un recurso y como tal tiene costos y beneficios conexos: permite planificar, optimizar los recursos humanos y económicos, realizar correcciones al sistema operativo, entre otras cosas. De ahí también la importancia del procesamiento del dato, ya que éste genera información esencial que permitirá evaluar el éxito o el fracaso de cualquier actividad.

Generación y procesamiento de datos

Para la carga y generación de datos en la OGA se utilizó el sistema de gestión Lex Doctor, que si bien es un sencillo programa de informática, brinda información de alta calidad sobre cada causa ingresada a la Oficina.

Para la *Carga de la causa* se incluyen todos estos datos: Carátula del Proceso, Apellido y Nombre del o los imputados, tipo de delito que se le endilga, número de registro de la fiscalía, número de registro del juzgado, así como a cuál de ellos pertenece el caso, Fiscalía y Defensoría intervinientes, fecha del

hecho. Además se incorporan los datos filiatorios completos de los justiciables y el carácter de parte de los mismos, es decir si son detenidos o imputados en libertad.

Esta primera introducción de datos que realiza la OGA permite en casi un cincuenta por ciento el éxito de la celebración de la audiencia a designarse en el proceso, ya que al momento de ejecutarse la misma, se sabe en qué franja horaria debe ser designada, a qué partes se debe convocar a la sala, como así también si el justiciable se encuentra detenido o no, ya que como se explicó anteriormente la carga de su comparendo corresponde a la defensa (cuando se encuentra en libertad) y al Juzgado de Garantías (cuando así no lo sea).

Para el Agendamiento de las audiencias: Cada causa ingresada a la OGA, en su mayoría sabemos que tendrá una audiencia a designarse⁴, para ello una vez agendada la misma se la carga al sistema, incorporando los siguientes datos: proceso en la cual fue peticionada, Juzgado de Garantías a la cual pertenece, fecha y hora de su celebración, tipo de audiencia a realizarse, y luego de finalizada la misma, registramos si la misma fue realizada o no. Esto resulta útil para informar por mes cuántas audiencias por Juzgado de Garantías son designadas, cuántas se ejecutaron y cuáles no⁵.

Por otra parte, esta carga sistemática permite imprimir diariamente los listados de agendas designadas en la OGA y a través del campo de gestiones podemos determinar por día o mensualmente cuáles y qué tipos de audiencias se solicitaron.

Para el Registro de resoluciones: Una vez realizada la audiencia, se procede a registrar la fecha y tipo de resolución consignando qué Juzgado de Garantías la dictó. Incorporando estos datos se podrá obtener el resultado de las audiencias discriminadas por Juzgado de Garantías, tipo de resolución y por lapsos determinados de tiempo. Además se procede al registro del disco semanal en la cual fue grabada, para lo cual dentro de un campo determinado adaptado dentro del sistema, se carga el número del CD, la fecha en que se abrió y se finalizó el mismo, y su destino, lo cual permite obtener un

índice general de los mismos, como así también un listado completo de las investigaciones fiscales que los componen.

Construcción de indicadores útiles a partir de la información existente

Con la carga sistemática de todos los datos detallados anteriormente se puede obtener la siguiente información relacionada con las causas ingresadas a la OGA en los períodos de tiempo que se determinen (día, semana, mes o año):

- Cantidad de causas por Juzgados de Garantías
- Fiscalías
- Defensorías
- Cantidad y Tipos de Delitos
- Audiencias agendadas (por fecha, por Juzgado de Garantías, por tipo de audiencia y si la misma fue realizada o no)
- Número de detenidos o imputados, en total y por cada Juzgado de Garantías.
- Cantidad de causas resueltas durante el turno de cada Juzgado de Garantías.
- Número y tipos de resolución dictadas, por día, por semana, por mes o por año.

... la OGA realiza estadísticas en las cuales informa: cantidad de causas ingresadas por Juzgados de Garantías, cantidad de audiencias designadas por dependencia, tipos de audiencias agendadas, ejecución de las mismas, formas de resolución, forma de salida de las causas, causas ingresadas por tipos penales, porcentaje y tiempos promedios para cada tipo de resolución, tiempo promedio de resolución por proceso y resoluciones recurridas.

Por otra parte, a partir de dichos indicadores útiles, la OGA realiza estadísticas en las cuales informa: cantidad de causas ingresadas por Juzgados de Garantías, cantidad de audiencias designadas por dependencia, tipos de audiencias agendadas, ejecución de las mismas, formas de resolución, forma de salida de las causas, causas ingresadas por tipos penales, porcentaje y tiempos promedios para cada tipo de resolución, tiempo promedio de resolución por proceso y resoluciones recurridas.

Evaluación del Plan Piloto para el Fortalecimiento del Sistema Acusatorio

Por medio del procesamiento de datos realizado por la OGA, los coordinadores y supervisores del plan piloto, obtuvieron una fuente de información fidedigna que les permitió realizar el seguimiento y posterior evaluación del plan piloto. Dicho recurso permitió determinar que el procedimiento ejecutado brindaba una descongestión del sistema, que se podía cumplir con los plazos pautados en el Plan en concordancia con la ley, que se había logrado

⁴ El Fiscal puede disponer de acuerdo a las facultades que le otorga el CPP, en el art. 56 bis, disponer el archivo de las actuaciones por criterios de oportunidad, por eso muchas veces si bien la OGA ingresó el proceso, luego del archivo la causa se da de baja sin audiencia.

⁵ Si la audiencia no se celebró manualmente se vuelcan los motivos de su suspensión en la carpeta de agenda general.

una agilización en la toma de decisiones, que todas las causas ingresadas al sistema de flagrancia eran finalizadas, y que se había optimizado el modelo de gestión y de los recursos de información.

A más de un año de la puesta en marcha del proyecto sin lugar a dudas podemos consignar que los beneficios obtenidos son los siguientes:

- Potenciamiento de las garantías individuales de las partes
- Celeridad en el trámite procesal
- Oralidad plena (mayor aproximación a la verdad)
- Inmediación de las partes
- Publicidad de los procesos
- Mejoramiento del servicio de administración de justicia.
- Reforzamiento del sistema acusatorio

Objetivos a futuro

El plan piloto para su operatividad sin lugar a dudas necesitó del consenso de todos los operadores, permanente autocrítica y evaluación de los que integran el sistema. La Suprema Corte de Justicia a través del acuerdo 3290⁶ formalizó las funciones de la OGA y delega a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, reglamentar las tareas relacionadas con la coordinación centralizada de los calendarios y el uso de las salas de audiencias en los casos de flagrancia.

Por otra parte, el plan comenzó su réplica gradualmente en otros departamentos judiciales a partir del 2 de octubre de 2006⁷. Sin lugar a dudas, los objetivos a cumplir en el futuro son: lograr eficiencia respetando las reglas del debido proceso, mantener en el tiempo la misma atención y concentración de los operadores, transmitir la experiencia con técnicas de capacitación necesarias para litigar en audiencias orales, introducir métodos de gestión operativos al sistema, debiendo aprovecharse en las réplicas la presente experiencia.

La Suprema Corte de Justicia a través del acuerdo 3290 formalizó las funciones de la OGA y delega a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, reglamentar las tareas relacionadas con la coordinación centralizada de los calendarios y el uso de las salas de audiencias en los casos de flagrancia.

El procedimiento es un medio para la realización de un objetivo, por lo cual dicha herramienta por sí sola no asegura un resultado, requiere de la responsabilidad en la actuación y contenido de los operadores. Por último es dable destacar que para todos los que integran el sistema, lo expuesto dejó de ser un plan piloto para convertirse en un método de trabajo en los procesos de flagrancia, lo que implica una madurez y aditamiento absoluto del modelo presentado, el cual se adoptó rápidamente en pos de un solo objetivo: Mejorar la capacidad de respuesta a los conflictos por parte de la justicia.

Información respecto de la tramitación de los procesos ingresados a la oga de flagrancia

Desde el 04 de julio de 2005 al 04 de julio de 2006

- Sobre un total de **1015** causas ingresadas en la O.G.A., fueron resueltas **853** con dictámenes que provocaron la salida definitiva de las actuaciones de dicha dependencia, lo que equivale al **84%** de los expedientes ingresados en la misma.
 - Si a las resoluciones firmes le sumamos las que fueron impugnadas pero que también resolvían en forma definitiva la situación de los justiciables, da un total de **930**, lo que equivale al **91,6%** sobre el total de causas ingresadas a la unidad.
- Para la tramitación de los procesos de referencia se designaron **1533** audiencias, de las cuales se ejecutaron **1343**, quedando sin realizar **190**, es decir que el **87,6%** de las audiencias que se señalan son celebradas y sólo el **12%** de las mismas queda sin ejecutar (ya sea por pedido de las partes, por incomparecencia del imputado, porque son desistidas por escrito, o porque el fiscal archiva las actuaciones).
 - Para resolver los procesos ingresados a la unidad, se realizaron **1,5** audiencias por cada uno de ellos, es decir que no se llega a dos audiencias por causa para resolver la situación procesal de los imputados.
 - Para la grabación de las audiencias de los tres Juzgados de Garantías en un año se utilizaron **60 CDS**.

⁶ Del 20 de septiembre de 2006.

⁷ Por Res. 2108/06 y 2480/06 La Suprema Corte de Justicia con asistencia de la procuración General dispuso la implementación del Programa para el Fortalecimiento del Sistema Acusatorio en el Departamento Judicial de Zárate – Campana y en el Departamento Judicial de San Martín.

A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Vladimir Passos de Freitas

Ex-Presidente do TRF da 4ª. Região
Professor doutor de Direito da PUC/PR
Presidente do IBRAJUS



El autor realiza un racconto sobre las características de la administración de justicia a lo largo de la historia para culminar con un análisis de la situación actual del sistema de justicia. Propone además en este ensayo diez medidas que podrían ser adoptadas con el objetivo de lograr la eficiencia del sistema de administración de justicia.

1. O Judiciário no passado

A busca de uma Justiça imparcial e eficiente sempre foi um anseio do ser humano. Todavia, suas características mostram-se completamente diferentes nas distintas épocas. Para nos situarmos no tempo e no espaço, vale lembrar que *o conceito que da Justiça se tinha em 1609 era bastante diferente do que dela temos agora. A Justiça devia ser onipotente e exemplar. Até pouco tempo atrás era prerrogativa exercitada pelos réus ou pelos senhores feudais. Delegada, depois, a corpos de funcionários especialmente treinados, conservava, deliberadamente, um aspecto sobre-humano e quase inatingível, expresso nas roupas especiais e solenes dos magistrados, na ausência de cores, na proibição de visitar, casar, tomar afilhados e, até, de divulgar as razões de suas decisões, que não precisavam ser explicadas a ninguém.*¹ Assim, onipotente que era, não se preocupava a Justiça colonial em procurar meios que a tornassem eficiente e célere.

As dificuldades destes tempos foram bem tratadas nos sermões do Padre Antonio Vieira. Nas palavras de Arno e Maria José Wehling, *o principal obstáculo para a ineficiência portuguesa e colonial era, na denúncia de Vieira, o espírito cartorial, com seus*

*tortuosos meandros, e a massa de documentos que exigia: petições, provisões, patentes, certidões, justificações, folhas corridas.*² Aí está a origem do nosso Poder Judiciário. Nesta forte tradição se encontra a explicação para práticas até hoje adotadas, ainda que em franca decadência, de um excessivo formalismo, que pode ser identificado tanto nos atos judiciais (p. ex. exigência de atualizar-se procuração antiga) ou nos atos administrativos (p. ex. outorga de medalhas aos próprios integrantes de um Tribunal).

Na verdade, no Brasil antigo não existia uma política institucional de administração judiciária. Os juízes daquela época tinham atribuições diferentes dos atuais, inclusive de ordem administrativa. A separação dos Poderes só se tornou uma realidade no Brasil muitos anos depois da Revolução Francesa, de 1789. Só assim é possível compreender o narrado pelo historiador catarinense Carlos da Costa Pereira, sobre a correição realizada pelo Dr. Manoel dos Santos Lobato, em 1736, na comarca de São Francisco, ocasião em que, entre outras providências, ordenou o Corregedor a compra de um sino para a Casa do Conselho e que se fizesse um tanque para lavar roupa.³

¹ Memória da Justiça Brasileira. Comissão de Memória do Tribunal de Justiça da Bahia, v. 1, p. 77.

² WEHLING, Arno e Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*, p. 101.

³ PEREIRA, Carlos da Costa. *História de São Francisco do Sul*, p. 60.

Como é evidente, àquela época não se tinha noção ou mesmo uma preocupação exata com a agilização e eficiência da Justiça. Assim, os dispositivos que acabavam por dispor sobre a matéria achavam-se dispersos na legislação vigente. Por exemplo, o art. 45 do Código de Processo Penal de primeira instância, de 29.11.1832, no art. 45 proibia a remoção dos Juízes de Direito, exceto se *a utilidade pública assim o exigir*. Já o art. 47 do mesmo Código determinava que, nos locais de reunião do Tribunal do Júri, a Câmara Municipal deveria preparar para os Juízes de Direito casa, cama, escrivania, louça e mobília.

Com a República buscou-se alterar o rumo do Judiciário do Império, mirando-se no modelo norte-americano de uma Suprema Corte com poderes amplos, inclusive o de declarar inconstitucionais os atos legislativos. O art. 386 do Decreto 848, de 11.10.1890, que organizou a Justiça Federal (na qual o STF se incluía), dispôs expressamente que os estatutos dos povos cultos, em especial dos Estados Unidos da América do Norte, seriam subsidiários da jurisprudência e do processo federal. Todavia, os Juízes do antigo Superior Tribunal de Justiça foram aproveitados no Supremo Tribunal Federal e poucas foram as mudanças na administração da Justiça. Os antigos Tribunais da Relação transformaram-se em Tribunais Estaduais, sob nomes variados (Tribunal Superior de Justiça, Tribunal de Apelações, Tribunal de Justiça e outros), mantidos os Desembargadores e pouco se alterando na rotina até então existente.

Assim se passaram os anos, com modificações do Poder Judiciário, como a criação da Justiça Eleitoral e a do Trabalho, mas sem que a administração dos Tribunais sofresse alteração mais significativa. Isto até as vésperas da Constituição de 1988, quando os ventos da democracia permitiam antever a vinda de grandes mudanças. Iniciaram-se movimentos isolados de desburocratização e agilização dos processos, via de regra por iniciativas de Desembargadores Corregedores ou de Juízes de Direito. E assim foi até a proposta de reforma do Poder Judiciário, quando a pressão popular impôs a realização de mudanças.

Em uma sociedade que vem transformando costumes centenários, a última palavra é sempre do juiz, haja ou não lei a regular a matéria em discussão.

a última palavra é sempre do juiz, haja ou não lei a regular a matéria em discussão. Para confirmar o que aqui se afirma, verifique-se o noticiado por conituado *site* jurídico⁴ em datas recentes:

- 21.10.06: Estado deve garantir educação especializada a deficientes;
- 23.10.06: Mãe que entrega filha para adoção não pode visitá-la;
- 27.10.06: Homossexual reclama herança de ex-parceira morta;
- 28.10.06: TJ-SP julga se queimadas podem continuar proibidas em Ribeirão;
- 30.10.06: Igreja Universal é multada por poluição sonora;
- 03.11.06: Juiz manda município arcar com troca de prótese de aposentada;
- 03.11.06: SUS deve fornecer remédio mesmo em tratamento experimental;
- 03.11.06: Unimed se livra de pagar transplante de pulmão.

Neste panorama, como bem observa Roberto Omar Berizonce⁵,

os juizes, atores visíveis de tamanha transformação, longe de serem ditadores e sem a pretensão de serem “anjos da guarda” da sociedade, tornaram-se o terceiro ramo político do governo, especialmente porque exercem o controle dos outros poderes contribuindo decisivamente para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, modelando o comportamento coletivo através da razão e da persuasão, com vivo espírito de justiça.

Esta mudança de papel do Poder Judiciário está fazendo com que ele seja cada vez mais cobrado em termos de ética e eficiência, sendo comum as reivindicações de mudança de suas antigas estruturas. O fato é bem descrito por Eugenio Raúl Zaffaroni,⁶ ao comentar a situação na América Latina: *em quase todo o continente destaca-se a necessidade de se reformarem as estruturas judiciárias, particularmente no que diz respeito à sua direção ou governo, à seleção dos juizes e à sua distribuição orgânica. Inobstante, não subsiste clareza quanto ao sentido dessas reformas”.*

2. O Judiciário na atualidade

O Poder Judiciário, em todo o mundo, ainda que em intensidade e sob formas diversas, passa por uma situação complexa e contraditória. Por um lado, é criticado em razão da morosidade. Por outro, é procurado mais do que nunca para resolver as mais complexas controvérsias. Em uma sociedade que vem transformando costumes centenários,

⁴ CONJUR. Site Jurídico: www.conjur.com.br

⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. Recientes tendencias en la posición del juez. In: *El Juez y la Magistratura*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Ed., p. 58.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

Evidentemente, os problemas e as soluções para que o Poder Judiciário tenha o respeito da sociedade a que serve são diferentes. Na América Latina todos os países têm muitas coisas em comum, resultado da colonização hispano-portuguesa. Mas não há como comparar situações de um Estado unitário e de população reduzida, como o Uruguai, com um Estado Federal de grande extensão territorial e população expressiva, como o Brasil.

Em síntese, como adverte a Professora Cláudia Maria Barbosa, em reflexões sobre o tema, *cada etapa exigiu uma atuação diferente do Poder Judiciário, e nesse momento verifica-se a inadequação entre o que a sociedade dele exige e aquilo que lhe é oferecido.*⁷ Atualmente há uma preocupação internacional com a eficiência da Justiça e da sua atuação como instrumento de defesa da democracia. A adaptação do Poder Judiciário ao novo modelo não é fácil, porém é absolutamente indispensável.

...
cada etapa exigiu uma atuação diferente do Poder Judiciário, e nesse momento verifica-se a inadequação entre o que a sociedade dele exige e aquilo que lhe é oferecido.

3. O tema “Administração da Justiça”

Na lição da Professora costaricense Sonia Picado Sotela, a administração da Justiça *é o sistema sobre o qual se fundamentam os mecanismos judiciais de solução de controvérsias entre particulares, entre estes e o estado, todo ele dentro de um contexto que supõe um estado democrático de direito com as garantias do devido processo legal e a todos os direitos humanos vigentes no país.*⁸

No Brasil o tema ainda não despertou o interesse que lhe é devido, muito embora nos últimos anos tenha, inegavelmente, apresentado um crescimento real. Mesmo assim, a administração da Justiça: a) não faz parte do currículo das faculdades de direito; b) não figura nas escolas da magistratura; c) são poucos os estudos, exceto sobre a figura do juiz e a história do direito; d) cada tribunal tem o seu modelo de administração, via de regra sem transmitilo aos demais; e) administração de cada Tribunal muda a cada 2 anos, sem planejamento estratégico, ou seja, projetos acabam sendo substituídos por outros, com prejuízo aos serviços. Uma coisa, todavia, é certa. A política judiciária e a administração da Justiça não são mais problemas exclusivos dos juízes, mas sim de toda a sociedade.

Nos Estados Unidos da América, há dezenas de anos existem órgãos públicos e privados que se dedicam, com exclusividade, ao aperfeiçoamento do Poder Judiciário. No âmbito federal, existe em Washington, D.C o *Federal Judicial Center*; que promove permanentes cursos de atualização para os magistrados, além de realizar estudos constantes de técnicas de administração judiciária. Na esfera estadual, em Williamsburg, Estado de Virgínia, encontra-se o *National Center for State Courts*, que é uma entidade privada financiada pelos Tribunais dos 50 estados norte-americanos. Seu objetivo, da mesma forma, é o aperfeiçoamento da Justiça, inclusive com um laboratório experimental da Justiça do futuro. No Estado de Nevada funciona o *Judicial National College*, também destinado à magistratura dos estados. Localizado em uma área de grandes proporções, recebe juízes para cursos que vão desde atualização em determinadas áreas até o mestrado. Suas acomodações permitem que os magistrados se façam acompanhar das famílias, conciliando, assim, a dedicação aos estudos ao lazer familiar.

Na América Latina, o Centro de Estudos de Justiça das Américas – CEJA, criado por Resolução da Organização dos Estados Americanos, em 1989, com sede em Santiago, Chile, vem sendo o órgão mais importante na realização de estudos, cursos, inclusive tendo publicação de alta qualidade no setor, ou seja, a Revista *Sistemas Judiciales*, com notícias e artigos sobre a matéria. Na Argentina, a Organização Não-Governamental FORES – Foro de estudos sobre la administración de justicia, promove, há mais de 30 anos, congressos, concursos, publicações⁹ e outras atividades, com grande sucesso.

No Brasil, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu, de forma pioneira, 5 congressos sobre Administração da Justiça (2000 a 2005). A Fundação Getúlio Vargas, em convênio com alguns Tribunais, realiza mestrados profissionalizantes destinados a magistrados. O Tribunal Regional Federal da 4a. Região, em convênio com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Pontifícia Universidade Católica do Paraná, realizou curso de especialização, para servidores da Justiça Federal da região sul do Brasil, com excelentes resultados, demonstrados pela alto nível das monografias. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

7 BARBOSA, Cláudia Maria. *Crise e Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: Análise da Súmula Vinculante*. In: Direito e Administração da Justiça, p.23.

8 SOTELA, Sonia Picado. A Administração da Justiça na Costa Rica, em *Proposta de uma Reforma Judicial*, (tradução livre), p. 327.

9 CÁRDENAS, Emilio J. e CHAYER, Héctor M. *Corrupción Judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*. Buenos Aires: Ed. La Ley S.A., 2005.

realiza, anualmente, simpósios de Administração da Justiça para os Juízes Diretores de Foros. A Associação dos Magistrados Brasileiros e a Secretaria da Reforma do Judiciário promovem, anualmente, o concurso INNOVARE, destinado às melhores iniciativas do Poder Judiciário nacional. No âmbito da sociedade civil organizada, criou-se recentemente o Instituto Brasileiro de Administração do Poder Judiciário, IBRAJUS, com sede em Curitiba, PR.

4. A efetividade na visão tradicional

A efetividade da Justiça, na visão tradicional, resume-se e é sistematicamente repetida como um problema de: a) reforma do Poder Judiciário; b) simplificação das leis processuais; c) aumento dos Tribunais ou de Varas. Contudo, estas medidas comprovadamente não solucionam a questão. São importantes, sem dúvida. Mas não resolvem o maior problema da Justiça, que é a sua lentidão.

A reforma do Poder Judiciário, depois de tramitar cerca de 12 anos no Congresso, foi aprovada pela Emenda 45/2004. Passados quase 2 anos de sua vigência, não se vislumbram grandes transformações. Uma apenas alterou significativamente a face do Judiciário brasileiro. Refiro-me ao Conselho Nacional de Justiça, órgão de composição mista e que vem interferindo de maneira direta na Administração da Justiça. Suas Resoluções vêm enfrentando os mais complexos temas, como o nepotismo, com isto alterando práticas seculares. No resto, não se vêem resultados. Por exemplo, até agora não se regulamentou o funcionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça, prevista no art. 105, par. único, inc. I da Carta Magna.

Quando às leis processuais, em que pese o reconhecido esforço do legislador, promovendo alterações tópicas, muitas delas de excelente efeito simplificador (p. ex. o art. 475, § 3º do C.P.C., que dispensa o reexame de sentença contra os entes públicos, quando fundada em decisão do plenário do STF ou súmula de Tribunal Superior), a verdade é que, nem por isso, o prazo de duração das ações diminuiu. Os julgamentos continuam sendo demorados, dependendo, ainda, mais da boa estrutura de cartórios ou secretarias de Vara do que propriamente de leis.

Os julgamentos continuam sendo demorados, dependendo, ainda, mais da boa estrutura de cartórios ou secretarias de Vara do que propriamente de leis.

Finalmente, criação de Turmas (ou Câmaras) nos Tribunais e mais Varas, à toda evidência, constituem medida tradicional e pouco efetiva. É inques-

tionável que o problema é mais de sistema do que propriamente de pessoal. Por exemplo, por mais que se criem Varas de Execuções Fiscais, elas estão sempre sobrecarregadas de processos, por vezes com 50.000 ou mais cobranças, sem nunca alcançar maior efetividade. Seus servidores passam os dias atendendo a dezenas de pedidos de certidões, vista dos autos e outras providências burocráticas decorrentes do enorme número de feitos. Outro exemplo: os Tribunais crescem e se dividem em Câmaras (ou Turmas), sempre às voltas com um número de recursos cada vez maior. Apesar do enorme esforço na busca de julgamentos rápidos, cada vez fica mais difícil atender ao volume sempre crescente. Além disto, os recursos aos Tribunais Superiores são uma constante e o simples exame de sua admissibilidade, por vezes, leva anos. É evidente que o problema é do sistema e que soluções paliativas (p. ex. criar mais cargos ou convocar juízes) são necessárias, mas jamais resolverão.

Ivo Barcelos da Silva, com a experiência de quem por anos foi servidor do Judiciário e Diretor-Geral do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, em duas gestões, bem sintetizou a questão ao afirmar que *é utópico imaginar ou, até mesmo, esperar providências legislativas que corrijam paripassu a desproporção verificada entre a demanda de trabalho emergente e a estrutura de pessoal encarregada de enfrentá-la*.¹⁰

5. A efetividade judiciária na visão moderna

Uma nova visão do Judiciário não despreza as medidas tradicionais referidas no item anterior, pois reconhece nelas uma contribuição essencial para o aprimoramento deste Poder. Todavia, a elas não se limita. Enxerga, além da visão tradicional (p. ex., mais Varas, mais funcionários), a existência de métodos que possibilitem melhor rendimento dos trabalhos. Busca nos modernos conceitos de administração, nos estudos específicos, nas iniciativas de outros países e na experiência das empresas, subsídios para alterar, para melhor, o rumo das coisas. Vejamos 10 medidas que podem ser tomadas em tal sentido:

- 1) Os Tribunais no Brasil gozam de autonomia administrativa (CF, art. 99). Isto significa que não dependem dos Tribunais Superiores ou do Conselho Nacional de Justiça para promover mudanças. Consequentemente, a cúpula

¹⁰ SILVA, Ivo Barcelo da. *A motivação dos juízes e servidores como técnica de eficiência*. In: Direito e Administração da Justiça, p. 114.

da administração (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor) são as pessoas que mais podem fazer para aperfeiçoar os serviços judiciários. Aí estará a definição do sucesso ou insucesso da administração judiciária. Com certeza haverá retrocesso em uma administração que seja: a) conservadora, ao estilo anos sessenta; b) centralizadora; c) excessivamente hierárquica. James Hunter¹¹, em obra que é *best seller* internacional, destinada ao mundo corporativo, mas perfeitamente adequada ao serviço público, ensina que a liderança moderna só se materializa quando é para servir, conquistar e não para impor.

- II) A relevância inegável das cúpulas não retira a responsabilidade dos administradores de escalões inferiores. Assim, Diretores de Escolas da Magistratura, Coordenadores de Juizados Especiais, magistrados que pertencem aos Conselhos de Administração ou órgãos especiais, presidentes de Associações, Diretores de Foros, Juizes administradores das Varas, podem fazer muito pelo aprimoramento da Justiça. Da mesma forma, Diretores ou Secretários-Gerais, Diretores de Secretaria (ou Escrivães) e presidentes de Sindicatos. Todos estes atores podem participar de forma decisiva, desde a tomada de importantes decisões (p. ex. realizar um concurso para magistrados com o cumprimento rigoroso dos prazos) até as medidas de rotina diária (p. ex. o bom atendimento no balcão dos Cartórios (ou Secretarias)).
- III) A excelência dos serviços passa pela auto-estima de magistrados. As pessoas gostam de ter orgulho do local onde trabalham e isto influi diretamente no rendimento dos serviços. Um Tribunal com acusações graves de corrupção ou ineficiência, certamente terá menos candidatos inscritos em seus concursos para Juiz Substituto do que outro com conceito elevado na comunidade. É óbvio que outros fatores, como vencimentos ou população local, terão grande influência também. Mas o que se está a afirmar é que é muito relevante as pessoas orgulharem-se de suas instituições. E isto não acontece por acaso. Depende de uma política institucional segura, bem conduzida, e que não se limite à administração X ou Y, mas que se prolongue no tempo.
- IV) Se a competência e o exemplo da cúpula são essenciais, inegavelmente a motivação e o acompanhamento dos magistrados é indispensável. O ser humano tende a acomodar-se e a estabelecer rotinas. A carreira na magistratura, via de regra, é lenta. Assim, cabe aos Tribunais, em parceria com

as associações de classe, buscar, dentro do possível, a motivação permanente dos seus juizes. Isto pode ser feito de duas formas: a) respeito e agilidade nas decisões administrativas (p. ex. colocando imediatamente em concurso os cargos vagos e providendo-os sem demora); b) criando meios alternativos de crescimento intelectual e cultural, como a realização de cursos em caráter permanente, concursos de monografias, estágios no exterior, experiências piloto e outros tantos que poderão ser sugeridos pelos próprios magistrados.

- V) A motivação, por óbvio, não se limita aos magistrados. Hoje, mais do que nunca na história do Poder Judiciário brasileiro, os servidores têm um papel decisivo na eficiência dos serviços judiciários. Os Juizes, do Supremo Tribunal Federal à primeira instância, valem-se de servidores e até mesmo de estagiários. Ninguém ignora que a explosão de processos pós-1988 não é administrada e decidida apenas pelos magistrados, existindo um papel coadjuvante, indispensável e cada vez maior, das assessorias. Assim, motivá-los é essencial. E esta tarefa, que evidentemente não é fácil, pode –e deve– ser sempre estimulada. Por exemplo, através de concursos como: a) Minha história de vida; b) destaque institucional; c) fotografias; d) descobrindo talentos. Por vezes estas iniciativas são de fácil execução. Um concurso sobre “Minha história de vida” limita-se a permitir que todos relatem, em duas folhas digitadas, seu caminho profissional. Uma banca composta por 3 respeitadas pessoas atribuirá notas. A premiação poderá ser o direito de participar de cursos relacionados com a atividade profissional, com despesas pagas pelo Tribunal, em outras unidades do Judiciário (Conselho da Justiça Federal, por exemplo). Ou mesmo outros prêmios ofertados pela iniciativa privada. A divulgação dos resultados e a entrega de certificados e prêmios devem ser feitas solenemente e a presença do Presidente do Tribunal será um alto fator de estímulo.
- VI) A busca de inspiração para inovar na administração judiciária poderá ser feita junto à iniciativa privada. Com efeito, as empresas pesquisam permanentemente como tornar-se mais eficientes. Se assim não fizerem, sucumbem. Por exemplo, o Grupo Gerdau conta com usinas siderúrgicas no Brasil, Argentina, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, Peru e Uruguai.¹² Ninguém pode duvidar da eficiência de uma empresa de

Hoje, mais do que nunca na história do Poder Judiciário brasileiro, os servidores têm um papel decisivo na eficiência dos serviços judiciários.

¹¹ HUNTER, James. *O monge e o executivo*.

¹² Jornal “O Estado de São Paulo”, 4.11.2006, B8.

tal porte. Um guia seguro para pesquisar nesta linha pode ser a Revista Exame/Você S.A., com o título “150 melhores empresas para você trabalhar”.¹³ A leitura de cada uma das empresas e o que elas fazem nas áreas de benefícios, ética e cidadania, desenvolvimento profissional, equilíbrio entre trabalho e vida pessoal, será um roteiro seguro para o administrador judiciário que, no que for possível, poderá aplicar à sua esfera de atuação.

vii) O contato direto entre o administrador judicial e os magistrados ou servidores também é essencial. Claro que não se está a dizer que o Presidente de um grande Tribunal vá passar os dias recebendo pessoas da casa. O que se está a afirmar é que não há mais lugar para aquele Presidente distante, que entra pelo elevador privativo e não recebe nem conversa com ninguém. Visitar periodicamente lugares estratégicos, explicar o que vem sendo feito e ouvir as sugestões, demonstra interesse, estimula os servidores e resulta em maior rendimento no trabalho. Os Corregedores também tem um papel importantíssimo na efetividade da Justiça, pois estão em contato direto com os seus problemas, com as boas e as más práticas judiciais. Através de visitas e correições inteiram-se de excelentes iniciativas tomadas por juízes ou servidores criativos. Muitas vezes, ignoradas por todos. Elogiar seus autores e divulgá-las é uma excelente opção. Em uma escala menor, o Juiz de uma Vara deve fazer o mesmo na sua unidade. Por exemplo, reunindo-se uma vez por mês com todos os servidores, a fim de discutir metas e colher propostas. O Juiz que atravessa olímpicamente o cartório (ou secretaria), sem cumprimentar ninguém, certamente não terá a colaboração dos que o auxiliam.

viii) No Poder Público em geral, e no Judiciário em especial, há um número cada vez maior de empresas contratadas para auxiliar nos serviços de segurança, limpeza, telefonia e outros. Estes trabalhadores, via de regra, recebem menos de 1 quarto do que os servidores públicos. No entanto, são pessoas cuja colaboração também é importante para a eficiência dos serviços. Assim, a eles deve ser dado um tratamento especial. Por exemplo, campanhas para exames médicos, em convênio com Universidades, exames de vista com doação de armações, cursos de pequena duração, enfim, tudo o que estiver ao alcance do

Visitar periodicamente lugares estratégicos, explicar o que vem sendo feito e ouvir as sugestões, demonstra interesse, estimula os servidores e resulta em maior rendimento no trabalho.

administrador judiciário. No ano de 2004, no Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, parte dos servidores doou 1 dia de seus vencimentos a um fundo e, com a quantia arrecada, foi possibilitado aos terceirizados, cônjuges ou filho, fazer um curso profissionalizante. Ao término, mais de 100 pessoas foram diplomadas em solenidade festiva.

ix) A especialização de Varas também deve ser um caminho para uma prestação jurisdicional mais rápida. No Brasil, avança-se timidamente neste particular. Na maioria dos Tribunais ainda se permanece no antigo modelo das Varas Cíveis ou Criminais ou, quando muito, em Varas de Família, Execuções Fiscais, Registros Públicos ou Acidente do Trabalho. No entanto, a complexidade da vida moderna não permite ao Juiz inteirar-se de tantos e tão complexos temas.

Imagine-se um magistrado ter que resolver casos de marcas e patentes, fusões de grandes companhias aéreas e casos envolvendo negócios internacionais. Assim, alguns passos dados nos últimos anos revelaram-se de grande sucesso. Por exemplo, as Varas Federais de crimes contra a ordem econômica, que resultaram na condenação de criminosos de elevada condição social. Estes delitos, no passado, ficavam totalmente impunes. Outras Varas especializadas, como as Ambientais da Justiça Estadual de Cuiabá e Manaus, as Empresariais da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, as do Sistema Financeiro da Habitação da 4ª. Região da Justiça Federal, as Tributárias (não de Execuções Fiscais) da Justiça Federal em Porto Alegre e outras tantas, vêm revelando o acerto da iniciativa.

x) Finalmente, a infinidade de providências que podem ser tomadas e costumeiramente não o são, no âmbito da administração judiciária, tornam impossível apontar os múltiplos caminhos. Outras tantas poderiam ser citadas e objeto de maior aprofundamento nos estudos, como: a) auto-protocolo de petições, como o existente no Juizado Especial Federal de Passo Fundo, RS; b) protocolo avançado dos Tribunais em *shopping-centers*; c) união dos Tribunais situados em uma mesma cidade (TJ, TRF, TRT e TRE), a fim de realizar trabalhos conjuntos como, por exemplo, capacitação de servidores; d) comitê permanente de ergonomia (ex. LER/DORT; cadeiras retas, etc.); e) prevenção do alcoolismo, através de reuniões e apoio psicológico; f) projeto de saúde financeira, ou seja, orientação de servidores, encontros semanais, visando diminuir este que é um dos problemas atualmente nos grandes Tribunais, com reflexos diretos na pro-

¹³ Revista Exame-Você S.A., Ed. Especial, 2006.

atividade; g) responsabilidade ambiental, que pode ser efetivada com economia e reciclagem de papel, uso de papel não-clorado, construção de Fóruns com local de reserva para água de chuva e outras medidas; h) convênio com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de modo a permitir que os advogados residentes no interior possam enviar petições e recursos via postal, providência esta tomada no TRF da 4ª. Região;¹⁴ i) responsabilidade social, através de trabalhos externos dos servidores fora do horário de expediente e convênio com órgãos responsáveis por menores, como a FEBEM, colaborando na ressocialização; j) intimações dos advogados via internet; k) introdução, dentro do possível, do processo eletrônico, sem utilização de papel, como já existe nos Juizados Especiais Federais; l) implantação de Postos Judiciários Avançados nos bairros das periferias ou nas cidades distantes, com o apoio das Prefeituras, levando a Justiça à população e colaborando para evitar a exclusão social; m) criação de Juizados Volantes (ou itinerantes) nos estados em que as distâncias entre as sedes de unidade judiciária e a população impeçam o acesso à Justiça; n) interação e inserção do Judiciário na sociedade, facilitando visitas de estudantes, preparando pessoal para receber visitantes, cedendo o uso de espaços públicos para exposições ou do auditório para a realização de congressos jurídicos; o) prática da transparência administrativa, através de exibição na internet das medidas tomadas, das estatísticas gerais e da produtividade dos Juízes e Desembargadores, das atas das sessões, das construções de edifícios, da criação de Varas e outras assemelhadas; o) solicitação ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil para que forneçam sugestões para o aprimoramento dos serviços judiciários; p) estímulo aos magistrados para buscarem a conciliação como forma de solução dos conflitos, seguindo a recente e oportuna iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, que designou o dia 8.12.2006 para o “Movimento pela Conciliação; q) estudos para a criação do cargo de Administrador Judicial, com formação em administração pública e especialização ou prática na área judicial.

Por certo, não se desconhece que tais iniciativas, e tantas outras que são feitas por nossos criativos administradores judiciais, nem sempre são possíveis em alguns locais, por falta de verba ou por outra dificuldade qualquer. Mas nem por isso a proposta

perde o interesse. Evidentemente, ela deve ser aplicada analisando-se as condições peculiares a cada unidade judiciária. Por certo as soluções para o Estado de Roraima, com cerca de 40 Juízes de Direito e 7 Desembargadores, não serão as mesmas do Estado de São Paulo, com mais de 1.700 magistrados em primeira instância e 360 Desembargadores mais 40 Juízes Substituto de segunda instância para atuar no segundo grau. O importante, seja qual for o órgão judiciário e suas características, é a vontade de acertar, de aperfeiçoar o Poder Judiciário. A tarefa é de todos.

6. Conclusão

Com ou sem lei, com um bom ou um mal orçamento, muito se pode fazer a favor de uma justiça célere e eficiente. Neste particular, cabe a todos os estudiosos, pesquisadores e operadores do Direito, em especial, aos que administram o Poder Judiciário, envidar esforços para que este Poder, autêntico guardião do Estado Democrático de Direito, se fortaleça como instituição respeitada e eficiente.

¹⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª. Região e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, convênio N° 1/2005, firmado em 20.5.2005.

Ensayo sobre una solución de los problemas de la Justicia en Colombia

José Miguel De la Calle R.

De la Calle, Londoño & Posada, Abogados DL&P

jmdelacalle@dl-legal.com



This study addresses problems in the Colombian justice system and proposes normative changes, budgetary increases and a series of structural, cultural and operational adjustments that affect the entire judicial system. The author notes that structural problems of justice cannot be resolved by simply increasing a capacity for spending and investment.

I. Introducción

La justicia es un servicio esencial que debería llegar con eficiencia a todo el territorio nacional. Todo individuo o núcleo familiar requiere para su desarrollo en el contexto social que se le administre justicia cada vez que la necesite en todos los campos del derecho, civil, laboral, de familia y penal. La justicia es un bien que va más allá de la democracia y se hace indispensable en la definición misma de la sociedad.

La justicia es el mecanismo que permite resolver los conflictos interpersonales o intergrupales y reparar a las víctimas, y por ello es pieza indispensable para la vida en convivencia y para el progreso de la sociedad.

Una buena y pronta justicia, además de ser el punto de partida para la convivencia y el respeto de los derechos, es un paso obligado y determinante en la búsqueda de la paz y una condición para el desarrollo económico del país. No es posible llegar verdaderamente a alcanzar la paz y mucho menos a consolidarla en el tiempo, sin haber logrado previamente un sistema sólido, eficaz, equitativo, abierto y rápido de justicia. Por esta razón, conseguir que el servicio de administración de justicia funcione es un asunto particularmente relevante para los colombianos.

Cualquiera sea la coyuntura y el plan para conseguir la paz, todo propósito orientado a superar de

forma definitiva el conflicto armado en Colombia exige necesariamente la voluntad de enmienda, el sometimiento al orden jurídico, la revelación de la verdad y la reparación de las víctimas. Para conseguirlo se debe contar con un sistema de justicia vigoroso y eficaz, que responda con suficiencia al reto de cerrar con verdadera justicia más de cuarenta años de conflicto.

Por su parte, hoy más que nunca se tiene claridad que el desarrollo económico sostenido no es posible realmente mientras no se cuente con un servicio de justicia en todos los órdenes que sea eficiente y equitativo, lo que comprende un marco normativo adecuado y un sistema judicial operante y suficiente.

En el pasado se decía con frecuencia que el país iba mal pero la economía iba bien, queriendo significar que los indicadores económicos no se afectaban mayormente por las dificultades derivadas del conflicto armado y otras alteraciones del orden político e institucional. Aparte de que ello no era del todo cierto porque el desempeño económico del país en las últimas décadas ha sido irregular y apenas aceptable, hoy en día el planteamiento es inviable por la globalización de la economía y el incremento de los flujos de información.

Cada vez más los economistas encuentran una estrecha y sensible relación entre la percepción política que tienen los diversos agentes del mercado y el desempeño económico. En adición a las medi-

das tradicionales de la macroeconomía tendientes a procurar un buen crecimiento de la economía, los gobernantes se deben preocupar prioritariamente en ofrecer condiciones de estabilidad jurídica, seguridad y justicia. Estas condiciones adicionales ya no sirven como criterios accesorios para las decisiones de inversión, sino que se han convertido en factores determinantes para el inversor, tan importantes como los rasgos financieros intrínsecos de la inversión (rentabilidad, tasa de cambio, etc.).

Aparte del efecto que tiene la situación del sistema de justicia de un país en la toma de decisiones de inversión, un servicio ineficiente de justicia tiene una repercusión fuertemente negativa en el desarrollo económico por causa de los mayores costos en la transacción de bienes y servicios y en la asignación de recursos, lo que naturalmente afecta la competitividad. Toda prestación de servicios o intervención en los mercados está antecedida de un contrato y sujeta a un marco legal. Por ende, todas las operaciones comerciales de cualquier naturaleza o magnitud se ven afectadas por un sistema de justicia ineficiente, lo que se representa en mayores costos y menores probabilidades de colocación en el mercado.

Así, independientemente de los esfuerzos que hagan los diversos sectores de la economía y el gobierno mismo, el país no podrá ubicarse de forma sostenida en niveles de crecimiento económico que lo lleven al desarrollo, mientras no se consolide un marco de estabilidad jurídica y un sistema eficiente y equitativo de administración de justicia. North afirma que en la falta de un sistema eficaz y barato de ejecución obligatoria (enforcement) de los contratos radica una de las causas del estancamiento histórico y del subdesarrollo contemporáneo del tercer mundo¹. Igualmente, son muy conocidos los planteamientos del economista Hernando de Soto sobre la alta incidencia negativa que tiene en las economías en desarrollo la incapacidad de organizar un registro de propiedades inmobiliarias y un sistema normativo adecuado para dotar de seguridad jurídica dichas propiedades, de forma tal que puedan convertirse en recursos de capital².

El efecto más notorio de toda la ineficiencia del sistema es la mora en el trámite y decisión de los procesos.

Así como ocurre con los impuestos regresivos, los mayores costos de un servicio ineficiente de justicia repercuten de forma más gravosa en los sectores más pobres de la población. Esto se suma al efecto importante que tiene un buen servicio de justicia en la búsqueda de una sociedad más igualitaria, protegiendo de manera especial al ciudadano con menores factores de protección. Por ello, una buena justicia es justicia social.

En Colombia el servicio de administración de justicia es muy deficiente aún. Mucho se ha venido haciendo en los últimos años para procurar una mejor organización del sistema judicial y para dotar a dicho sistema de mejores recursos técnicos y tecnológicos. En esto se ha avanzado.

Aparte del cambio sustancial del procedimiento penal, en las demás áreas se han aprobado cambios legales no de tanta envergadura pero que igualmente se consideran positivos. Sin embargo, los problemas de fondo continúan iguales o aún más graves.

El efecto más notorio de toda la ineficiencia del sistema es la mora en el trámite y decisión de los procesos. Esto tiene muy diversas causas. La primera, la congestión judicial, es decir, la mora judicial del pasado, que se acumula por años y genera aun más retrasos. Las causas primigenias se relacionan con vicios y defectos estructurales del sistema que generan cuellos de botella, duplicidades, choques o interrupciones del proceso de toma de decisiones, y otras manifestaciones que van afectando todo el engranaje, llevando al proceso, en ocasiones, casi a su paralización.

El inventario de procesos civiles en retraso es de más de 1.800.000 expedientes y la mora judicial se calcula en más de 8 años, esto es, el tiempo que la rama judicial tardaría en ponerse al día, suponiendo que no ingresara ningún proceso nuevo. Un proceso civil ordinario en la actualidad tarda en promedio más de 1.200 días hasta la segunda instancia (sin casación) y es muy común ver procesos que superan diez años de existencia sin suspensión o archivo. En los últimos años, y como resultado de un importante esfuerzo administrativo del Consejo Superior de la Judicatura, la tasa de acumulación se ha llevado casi a cero, es decir, que se está logrando evacuar un número equivalente al número de procesos que ingresan a la rama judicial (aproximadamente 400.000 al año en materia civil), lo cual es bueno, pero claramente insuficiente porque no se logra empezar a atacar el rezago. Así, el inventario moroso no crece pero no decrece. En el campo de lo contencioso administrativo, la situación es más grave: el año pasado se volvieron a presentar

1 North C. Douglas. Premio Nobel de economía en 1993 (1990: 54 y ss.). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge, University Press, 1990, 152 pp. Tomado de Cuadernos para la reforma de la Justicia. Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. José Luis Soberanes Fernández. Enero de 1995.

2 De Soto, Hernando. *El Misterio del Capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Planeta. 2004.

tasas de acumulación del 17%, es decir, un mayor número de procesos entrantes que salientes en dicha proporción.

Aparte de lo mucho que hay por hacer en relación con la calidad y cobertura de la justicia, sólo el hecho de la demora en los procesos es un asunto completamente inaceptable e intolerable. Muchas veces se ha dicho que la justicia demorada es lo mismo que la negación de justicia. En nuestro criterio, puede ser aún peor. La persona que vive en una sociedad moderna y democrática y que ve afectados sus derechos por la afrenta o la negligencia de otra persona tiene la natural expectativa de recibir justicia en un tiempo prudencial. Pero si pasan los años sin conseguir una solución, además de la no justicia, hay derroche de tiempo y esfuerzos y una gran frustración personal, lo que en perspectiva colectiva es un grave problema social.

La solución al problema es compleja y toma tiempo. Parte de la solución está en una reforma normativa que simplifique los procedimientos, establezca una más apropiada organización de la rama judicial y elimine factores de inseguridad jurídica. Pero eso es apenas una parte de la solución. Naturalmente, los problemas se agravan en cierta medida por las limitaciones de presupuesto de un país en desarrollo, más aún cuando la participación del presupuesto de la justicia ha venido disminuyendo notablemente en la última década y es relativamente inferior al de la mayoría de los países latinoamericanos. Hoy el presupuesto de gastos e inversión de la justicia corresponde al 0.49% del PIB anual, mientras que hace un poco más de 10 años, alcanzó a ser del 1.16%. Ahora bien, como se verá más adelante los problemas estructurales que tiene la justicia en muchos casos tienen una tenue relación con el hecho de la limitación presupuestal y en su mayoría no se solucionarían simplemente con aumentar la capacidad de gasto o inversión. En efecto, se anticipa que la solución de la justicia podría lograrse con un presupuesto superior al actual, pero no sustancialmente más alto, siempre y cuando se puedan

poner en marcha exitosamente las demás medidas que se propondrán.

Un último componente de la solución, tal vez el más importante, en adición al cambio normativo y al incremento presupuestal, se representa en una serie de cambios culturales, estructurales y funcionales de todo el sistema judicial. Esto será precisamente en lo que más se hará énfasis en el presente ensayo.

II. Principales estadísticas e indicadores de la justicia en Colombia

No existen estadísticas de 2006 en el Consejo Superior de la Judicatura ni en ninguna otra dependencia nacional. Los estudios publicados más recientes son del año 2002 y 2003 y en algunos casos de años anteriores. Se hace el siguiente análisis, teniendo en cuenta dicha salvedad.

1. Ingresos

En total, en el año 2002 entraron 1.170.639 procesos a todos los despachos judiciales del país³, así:

JURISDICCIÓN	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	TOTAL
Ordinaria	1,004,753	103,534	1,108,267
Administrativa	44,676	158	44,834
Disciplinaria	14,744	2,774	17,518
Total	1,064,173	106,466	1,170,639

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura. Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico.

Como se puede observar, más del 94% de los procesos del país corresponde a la jurisdicción ordinaria, la cual comprende los procesos civiles (lo que a su vez comprende los procesos ejecutivos), los penales, laborales, de familia, de menores y los procesos asignados a los jueces promiscuos. La discriminación de ingresos en la jurisdicción ordinaria desde el año de 1998 al 2002 es así:

Jurisdicción y Especialidad	1998	1999	2000	2001	2002	% en 2002
Civil	483,988	600,547	599,476	569,849	508,704	43.60
Penal	360,486	393,052	465,724	402,023	216,496	18.56
Promiscuo (Penal civil)	143,138	166,018	185,244	188,159	107,901	9.25
Laboral	67,742	81,225	115,351	106,494	101,283	8.36

³ Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República. 2002-2003. Imprenta Nacional de Colombia. Julio de 2003.

Familia	120,659	108,164	116,605	108,030	97,082	8.32
Promiscuo (Familia-menores)	45,840	51,938	50,374	46,115	39,474	3.38
Menores	19,343	18,652	21,198	22,144	22,733	1.95
Civil-familia	8,916	10,524	12,487	9,759	8,719	0.75
Civil-laboral-familia	881	2,594	4,623	4,280	3,804	0.33
Civil - laboral	2,312	2,417	2,591	2,224	2,091	0.18
Agrario	0	0	159	26	0	0.00
Total	1,253,305	1,435,131	1,573,832	1,459,103	1,108,287	94.99

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura. Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico.

Del total de ingresos de la rama judicial, el 62.8% corresponde a procesos ejecutivos, el 17.6% a procesos declarativos y el 7.6% a tutelas. El volumen total de ingresos de tutelas es de más de 60.000 al año.

La tasa de ingresos de procesos por cada cien mil habitantes se mantiene desde hace unos años en aproximadamente mil procesos al año. Por juez, el volumen de procesos que ingresan anualmente supera los 7004.

2. Salidas

Las salidas, es decir, los procesos que se evacuan de la rama judicial por sentencia, alcanzaron un número de 1.210.608 en el año 2002. De ellos el

91.6% salió en primera instancia y el 8.4% en segunda⁵. Por jurisdicciones, el resultado fue así:

JURISDICCIÓN	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	TOTAL
Ordinaria	1,060,387	99,186	1,159,573
Administrativa	33,839	135	33,974
Disciplinaria	14,484	2,577	17,061
Total	1,108,710	101,898	1,210,608

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura. Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico.

La discriminación de salidas en la jurisdicción ordinaria desde el año de 1998 al 2002 es así:

ESPECIALIDAD	PRIMERA INSTANCIA	SEGUNDA INSTANCIA	TOTAL	Porcentaje en 2002
Civil	438,551	28,439	466,990	40.27
Penal	251,654	28,958	280,612	24.20
Penal-civil	123,469	1,875	125,344	10.81
Familia	100,568	5,663	106,231	9.16
Laboral	77,675	21,573	99,248	8.56
Familia - menores	44,352	700	45,052	3.89
Menores	22,197	-	22,197	1.91
Civil - familia	1,204	7,292	8,496	0.73
Civil - laboral - familia	454	2,953	3,407	0.29
Civil-laboral	263	1,733	1,996	0.17
Total salidas	1,060,387	99,186	1,159,573	100

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura. Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico.

4 Justicia y Desarrollo: Debates. Justicia y Competitividad. Informe de coyuntura de la justicia. Instituciones y Competitividad. Análisis de los juicios ejecutivos en Colombia. Año III N° 13 de septiembre de 2000. Publicación de la Corporación Excelencia en la Justicia y la Cámara de Comercio de Bogotá.

5 Op. Cit. Informe del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República. 2002-2003.

En esta tabla se puede ver que el 40.27% de los procesos que se tramitan en la jurisdicción ordinaria corresponden a la especialidad civil, el 24.2% a la penal y el 10.81% son negocios que se tramitan a través de los juzgados promiscuos que atienden procesos civiles y penales.

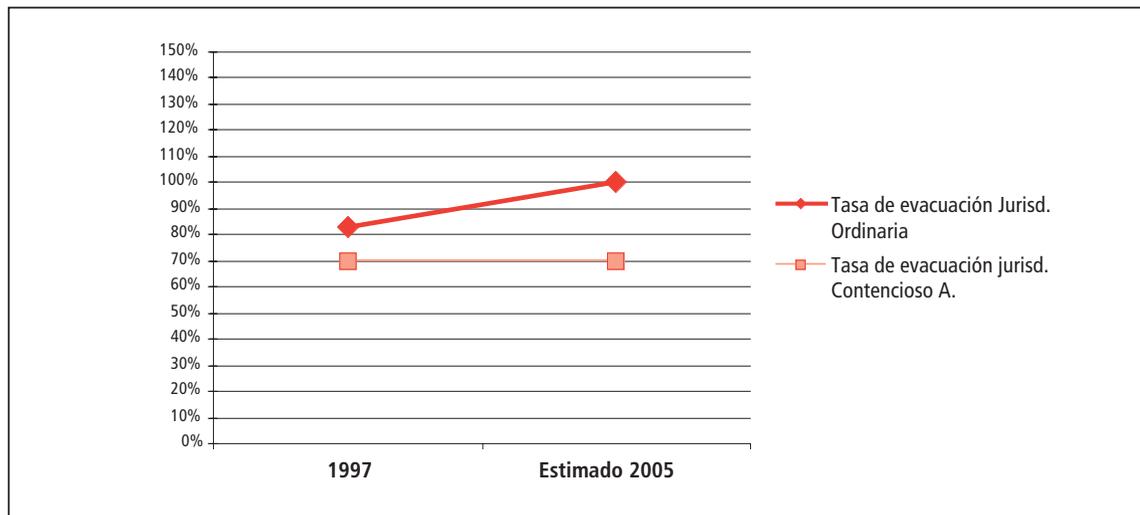
En particular, las salidas de la jurisdicción contencioso administrativa, muestra un resultado pobre frente a los ingresos. Al Consejo de Estado ingresaron en el 2002 13.677 procesos y salieron 8.912, lo cual indica un represamiento nominal del 34.8%. En el resto de tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa ingresaron en el mismo período 43.855 y se evacuaron 33.4356, reafirmando la tendencia en esta jurisdicción de un evacuación notablemente deficitaria.

Aún en la jurisdicción ordinaria, donde las salidas igualan aproximadamente en número a los ingresos, el panorama de evacuación es malo, puesto que existe un inventario de procesos acumulados que se arrastra año por año, y que no podrá ser atacado mientras la tasa de egresos supere en una proporción importante a la tasa de ingresos.

Sólo en el campo de los procesos civiles, el inventario total de procesos rezagados es superior a 1.500.000 casos. No obstante que el índice de evacuación ha mejorado, el inventario de procesos ha venido siendo siempre creciente en los últimos años, acentuándose la tasa de crecimiento en los años en que se registran crisis económicas, por el alto impacto de los proceso ejecutivos, especialmente los hipotecarios, los cuales se incrementaron sustancialmente con la crisis del Upac en los años 1997 y siguientes.

2.1. Índice de evacuación parcial

El índice de evacuación parcial muestra la proporción de procesos evacuados en un período de tiempo, respecto al volumen de proceso nuevos. En el año de 1997 se llegó al 82.83%. Actualmente, como se anotó previamente, el índice está cercano al 100%, con excepción de la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde las tasas son más deficitarias, aproximadamente del 70%.



Como se verá en el punto siguiente, si bien la tasa de evacuación se acerca al 100% anual, ésta resulta totalmente insuficiente dado que con la gran cantidad de procesos acumulados del pasado en el sistema judicial, se necesitaría una tasa de evacuación muy superior al 100% para empezar a evacuar el rezago y ponerse al día en algunos años.

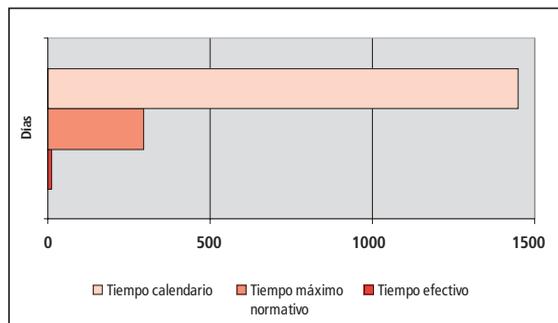
3. Tiempos de evacuación y descongestión

Según lo establecido en la última encuesta realizada por el Consejo Superior de la Judicatura, el tiempo promedio de un proceso civil ordinario supera los 1.000 días de duración y de un ejecutivo los 900 días, siendo la región con peores indicadores la Región Atlántica.

6 Op. Cit. Informe del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República. 2002-2003.

El tiempo de descongestión (sin tener en cuenta nuevos ingresos) sería de más de 6 años en civil, dedicando toda la rama a sacar los procesos actualmente en curso (datos de 1997).

El tiempo máximo normativo de un proceso ordinario es de 297 días hábiles (incluida apelación). El tiempo calendario de 1.448 y el tiempo efectivo de 13.7 días (tiempo dedicado por funcionarios y empleados de la rama). En el proceso ejecutivo hipotecario el tiempo normativo es de 413, el calendario es de 1.723 y el efectivo de 7.9 días⁷.



Como se puede observar, es tal la lentitud en el avance de los procesos que en la práctica, un proceso dura más de 100 veces el tiempo que realmente toma, si se adelantara de corrido en horarios hábiles y sobrepasa notablemente el tiempo máximo que establece la ley para tramitar un proceso, al punto que -en promedio- dura casi el 500% del tiempo máximo permitido legalmente.

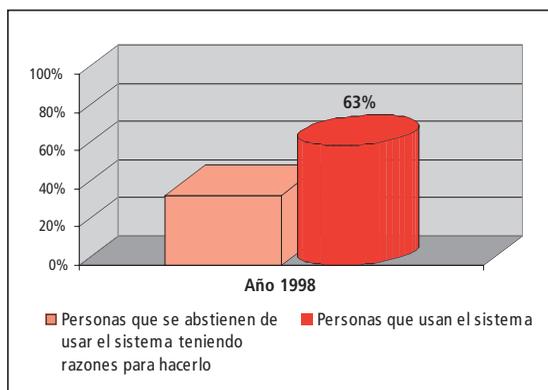
4. Indicadores de acceso a la justicia

Para atender la demanda del servicio de justicia, el sector jurisdiccional cuenta con una planta de 19.049 servidores atendiendo la administración de justicia y 1.655 (8%) atendiendo el gobierno de la rama judicial, para un total de 20.704 servidores judiciales, entre empleados y funcionarios, distribuidos en 3.256 juzgados, 58 tribunales, 4 altas corporaciones y 23 consejos seccionales de la judicatura⁸. En promedio, hay una cobertura de 1 juez por cada 17.000 habitantes⁹.

4.1. Tasa básica de abstención

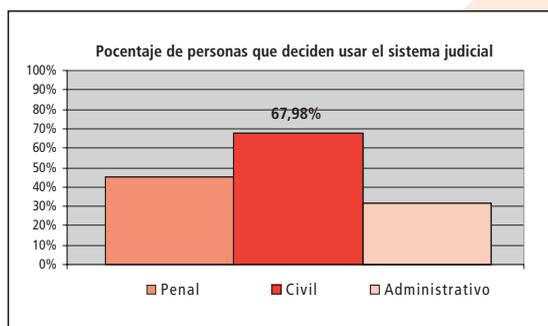
De conformidad con el estudio de indicadores de la justicia, la tasa de abstención en el país es del

37%, esto es, la proporción de conflictos civiles, penales, laborales o de familia que dejan de ser denunciados o frente a los cuales la víctima no hace nada en situaciones que ameritan la presencia de un tercero o del Estado (cifras de 1998)¹⁰.



4.2. Tasa de acceso

Muchas de las personas que se deciden por hacer algún tipo de utilización del sistema judicial, finalmente no lo logran por cualquier causa. La tasa de acceso muestra la relación entre los ciudadanos que no se abstuvieron de intentar el acceso a la justicia y demandaron algún tipo de servicio del sistema judicial y aquellos ciudadanos que efectivamente lograron acceder a los aparatos judiciales. En penal la tasa global de acceso es del 45.06% y en materia civil es del 67.98%. En administrativo del 31.75% y en laboral del 79.02%. En promedio, la tasa global de acceso es del 55.9%.



Este indicador es supremamente preocupante porque muestra que -en promedio- casi la mitad de las personas que pretenden usar el sistema judicial no lo logran por alguna razón.

4.3. Tasa integrada de acceso

El indicador se hace aún más delicado si se integra con la tasa de abstención, es decir, con aquellos que, teniendo algún tipo de conflicto susceptible de

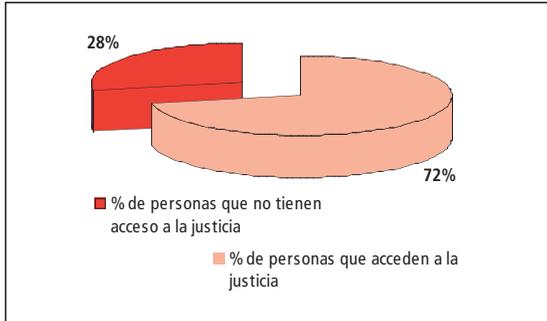
⁷ Costos del servicio de justicia en Colombia. Estudio de casos. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Universidad Nacional de Colombia. Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID. Bogotá. 1998.

⁸ Op. Cit. Informe del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República. 2002-2003.

⁹ Op. Cit. Indicadores de la Justicia. Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁰ Ibid.

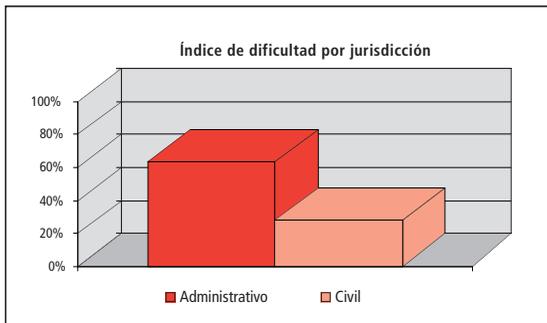
ser tramitado por vía judicial, no lo hacen. Según el informe analizado, dicha tasa de abstención es del 37%, la cual, integrada con la tasa promedio de acceso, evidencia que el 72.2% de los colombianos que tiene algún tipo de conflicto susceptible de someterse a la justicia no accede al sistema judicial, ya sea porque no lo intenta o porque, habiéndolo intentado, no lo logra.



4.4. Índice de dificultad en el acceso

El estudio de acceso a la justicia realizado por el Consejo Superior de la Judicatura, buscó establecer no sólo indicadores cuantitativos, sino cualitativos que reflejaran de forma más precisa qué tipo de inconvenientes o barreras limitan o dificultan el acceso al sistema judicial.

El índice de dificultad en el acceso muestra ya sea una dificultad objetiva materialmente declarada o ciertas barreras que percibieron los ciudadanos. El índice de dificultad en administrativo es del 63.29% y en civil del 28.04%.



Entre las barreras que señalaron los encuestados se destacan las barreras burocráticas (muchos trámites) con el 60% y la necesidad de una asesoría con el 16% y la distancia geográfica con el 9.5%.

Este indicador confirma que los problemas de la justicia se acentúan de forma severa en la jurisdicción contencioso administrativa. Ésta área de la justicia no sólo es notablemente más lenta que las demás, sino que el acceso para los ciudadanos es mucho más difícil, lo que se demuestra con la tasa de acceso y con el índice de dificultad, indicadores

en los que dicha jurisdicción refleja niveles muy preocupantes. Esto no quiere decir que la jurisdicción civil esté funcionando adecuadamente, puesto que un indicador del 28.04% de dificultad es elevado, teniendo en cuenta que se trata de un servicio público esencial que debe estar al alcance de todos.

II. Efectos concretos de un servicio deficiente de justicia

Conforme lo planteado en la presentación de este ensayo, un sistema de justicia ineficiente genera muy diversos efectos negativos para los individuos, para la sociedad y para la economía del país. Los efectos negativos en relación con el individuo se concretan en:

- 1) **Se afecta el derecho esencial de cada individuo a obtener solución a sus conflictos o necesidades legales.** Este es el primero de los efectos, que afecta directamente a todos y cada uno de los ciudadanos, tengan o no un asunto actual judicial. La justicia es un derecho esencial que debe materializarse para quien tiene un conflicto o asunto judicializable en una solución concreta y oportuna y, para quien no está en dicha situación, en la convicción de que, de llegar a necesitarla, puede acudir a la justicia para resolver sus conflictos y necesidades. Por ende, el sistema de justicia no solo debe brindar un servicio actual a quien lo necesite, sino la confianza de que en el momento en que se llegue a necesitar podrá acudir a él, con la certeza de obtener el respaldo y la respuesta esperada. La justicia, en esa doble connotación, es un bien y servicio esencial a cargo del Estado que satisface una necesidad fundamental actual o potencial de cada individuo. El Estado debe asegurarse que una buena y oportuna administración de justicia está a la mano de cualquier ciudadano en todos los rincones del país. Un sistema ineficiente de justicia como el nuestro está, por tanto, afectando a todas las personas en uno de los principales derechos fundamentales.
- 2) **Se impide la adecuada finalización y superación de los conflictos personales, lo que genera frustración y resentimiento y promueve la justicia por la propia mano.** Es ineficiente un sistema judicial, entre otras razones, cuando el juez no está suficientemente capacitado para dirimir el conflicto, cuando el proceso no se desata con rapidez, cuando existen dificultades para acceder a la justicia, o cuando no se ofrecen suficientes garantías procesales o el trámite carece de transparencia o equilibrio. Si se presenta alguna o varias de las causas que implican la ineficiencia del sistema judicial, se afecta el objetivo individual

de la justicia por excelencia, como es el de lograr que la controversia quede saldada y resarcida mediante un fallo justo y definitivo. Por ello, la ineficiencia del sistema judicial equivale a no proporcionar una verdadera justicia que permita evacuar de fondo los conflictos interpersonales y sociales, sin dejar los problemas latentes.

En lo social, se causan los siguientes problemas:

- 1) **Se dificulta la pacífica convivencia de las comunidades.** La latencia de los problemas personales es la semilla del conflicto colectivo. Además, la ausencia de una justicia permanente, pronta y verdadera va trasformando algunos conflictos personales en problemas generalizados de connotación social que pueden llegar a enfrentar a las comunidades. Muchas veces se observa que un conflicto actual de orden social no se habría presentado si desde un principio los miembros de dicha comunidad hubieran tendido acceso a un sistema judicial adecuado.
- 2) **Se hace inviable alcanzar una paz duradera en las regiones del país.** La imposibilidad de cimentar los procesos de paz sobre un sistema sólido que logre la definitiva separación de los grupos armados de las actividades delictivas en un marco de retractación y reconciliación, y una adecuada reparación de las víctimas trae como consecuencia que los procesos de paz regionales o nacionales se frustran antes de su culminación o se erosionan con el tiempo porque los acuerdos firmados en el marco de un sistema judicial deficiente, resultan vulnerables.

En relación con la economía, se observan los siguientes efectos perjudiciales:

- 1) **Retrasa la investigación, el desarrollo y la implantación de nuevas tecnologías.** En términos generales, los nuevos desarrollos, hallazgos o invenciones se originan en los países desarrollados y se extienden primero entre los demás países desarrollados. Las invenciones y nuevas tecnologías, así como el resultado de investigaciones y programas de desarrollo llegan usualmente con retraso a los países en desarrollo. Dicho período de demora en el arribo de todas las innovaciones es un tiempo valioso que se pierde por los países en desarrollo, el cual sólo puede ser reducido o eliminado si se cuenta con un marco normativo sólido y un sistema judicial operante, que brindan seguridad jurídica y judicial a los or-

ganismos internacionales inversionistas y demás agentes que potencialmente incorporan al país tales innovaciones.

- 2) **Dificulta el crecimiento de mercados y aumenta los riesgos de transacción.** Todos los mercados implican para los participantes riesgos en las transacciones, como el riesgo de contraparte, el de tasa de interés, el de tasa de cambio, y el denominado riesgo país, entre otros. El riesgo país, involucra todos los riesgos derivados de circunstancias particulares de un país que hacen más oneroso el intercambio de bienes o servicios con dicho país, como la seguridad física y la seguridad jurídica, entre otros. Por ello, un sistema judicial ineficiente y/o un marco legal inseguro agravan el riesgo país, lo que aumenta en general el costo de transar con empresas o personas de tal jurisdicción. Los mercados de transacciones de bienes reales o de valores se afectan particularmente por cualquier cambio en el estado de los riesgos, como el mercado de capitales, el cual se ve seriamente afectado cuando los potenciales inversionistas no encuentran normas claras y estables de protección para sus inversiones o cuando no existe un sistema fuerte y veloz para hacer valer sus derechos contractuales¹¹.
- 3) **Genera mayores costos de transacción y se afecta la competitividad del país.** La incertidumbre jurídica genera costos, también los genera la lentitud de los procesos. Las empresas y personas que hacen transacciones en un escenario regulatorio incierto y bajo un sistema judicial débil y lento, incrementan los gastos orientados a protegerse de los riesgos contractuales, mediante el uso de diversos mecanismos tales como garantías, seguros, contratos de intermediación de fiducia u otros, y asesoría legal. Igualmente se aumentan los gastos de defensa judicial.
- 4) **Afecta el volumen de transacciones.** Como se anotó, la ineficiencia judicial y la inseguridad jurídica generan la necesidad de tomar medidas de protección que incrementan el número de procesos que antecede al cierre de cada transac-

...
un sistema judicial ineficiente y/o un marco legal inseguro agravan el riesgo país, lo que aumenta en general el costo de transar con empresas o personas de tal jurisdicción.

¹¹ En los trabajos de La Porta, López de Silanes, Schleifer y Vishny (1996-1997) se analiza la influencia que los factores legales tienen sobre el desarrollo del mercado de capitales. Usando una muestra de 49 países, estos autores concluyen que en aquellos en los cuales las leyes y la capacidad de hacerlas cumplir no funcionan eficientemente, el mercado de capitales es de menor tamaño y menos desarrollado. Tomado de "Justicia y Desarrollo: Debates. Justicia y Competitividad. Informe de coyuntura de la justicia", Op. Cit.

ción, lo que le resta dinámica al intercambio de bienes y servicios. Aparte, muchos agentes que habrían querido intervenir en el mercado, desisten de celebrar negocios por la falta de seguridad jurídica y eficiencia judicial. Todo esto representa un descenso en el volumen de transacciones comerciales que se realizan en el país.

- 5) **Afecta la redistribución del ingreso.** Los agentes del mercado con mayor capacidad económica enfrentan con mayor facilidad la ineficiencia del sistema judicial y la inseguridad jurídica mediante el incremento de asesoría legal preventiva y la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos, que usualmente son más costosos. En tal virtud, la ineficiencia de la justicia afecta con más severidad en mayor proporción a las empresas y personas con menor capacidad económica, lo que repercute negativamente en la distribución del ingreso.

...
la ineficiencia de la justicia afecta con más severidad en mayor proporción a las empresas y personas con menor capacidad económica, lo que repercute negativamente en la distribución del ingreso.

- 6) **Desestimula la inversión nacional y extranjera.** Conforme lo señalado previamente, el inversionista busca el lugar más adecuado para su inversión y compara los mercados y las condiciones que ofrecen los mismos. En presencia de múltiples alternativas de lugares para la inversión es probable que un número alto de potenciales inversionistas descarte la posibilidad de invertir en Colombia, por efecto de la ineficiencia judicial y la inestabilidad jurídica, aun si se ofrecen atractivas condiciones de precio. Otros mantienen la decisión de inversión, pero a cambio de una remuneración más alta, que compense el mayor riesgo. Así, en suma, las operaciones de inversión extranjera o nacional se disminuyen y las que se realizan se hacen a un alto costo, lo que repercute en el alza de las tasas de interés y los márgenes transaccionales.

Montenegro y Rivas analizan los principales problemas estructurales que enfrenta la economía colombiana para crecer y atraer mayor inversión y, entre otros factores, ponen de relieve la ineficacia de los mecanismos para hacer valer la ley y la inseguridad jurídica como factores que generan un efecto fatal sobre la inversión. Se dice en el aparte relevante: *“La percepción de que está mejorando la seguridad jurídica ha compensado parcialmente la falta de progreso en el frente económico. Sin embargo, hay otro componente de la seguridad donde no ha habido tanto progreso: se trata de la seguridad jurídica. El*

sistema judicial colombiano es lento e ineficiente. Los colombianos difícilmente se enfrentan a sus tormentosas aguas. Los extranjeros lo contemplan con trepidación. La inseguridad jurídica, fruto de reglas cambiantes y, sobre todo, de la inoperancia de los instrumentos para imponer la ley de manera eficaz y rápida, tiene un efecto sigiloso pero fatal sobre la inversión”¹².

- 7) **Aumenta la inseguridad jurídica.** La inseguridad jurídica no sólo es el resultado de la falta de claridad normativa, sino también de la inestabilidad de la jurisprudencia y la demora en la producción de fallos judiciales. A su vez, la falta de claridad normativa no solo proviene de deficiencias en la producción legislativa y reglamentaria, sino también del esquema de interpretación de las normas, lo cual es también responsabilidad del sistema judicial. Por ende, buena parte de la inestabilidad jurídica es consecuencia del funcionamiento deficiente del sistema judicial.

- 8) **Afecta la credibilidad del sistema judicial y de las instituciones en general.** Lógicamente, la insuficiencia en la calidad del servicio de justicia y en la oportunidad de la respuesta, genera incredulidad de parte del ciudadano frente a futuras necesidades. En el mundo actual la eficacia de los servicios estatales es un componente significativo de la legitimidad de las instituciones¹³. Como consecuencia, además de las barreras reales para el acceso a la justicia, se van generando prejuicios que dificultan en mayor medida la prestación del servicio y que hacen más costoso y complicado el proceso de mejoramiento del sistema judicial. Además dificulta la asimilación social de decisiones de gran trascendencia nacional, como los juicios políticos o los enjuiciamientos a los altos dignatarios de otras ramas del poder.

- 9) **Estimula el incumplimiento de la ley o el contrato e informaliza las relaciones comerciales.** El mal funcionamiento de la justicia estimula el incumplimiento o el cumplimiento parcial

12 Montenegro, Armando y Rivas Rafael. Las piezas del Rompecabezas. Desigualdad, pobreza y crecimiento. EIDTORA Aguilar. 2005. Primera Edición. Pág. 86.

13 Calsamiglia sostiene que “a la legitimación por la legalidad se añade la legitimación por la eficacia y por la eficiencia...”. Calsamiglia, Albert. “Justicia, eficiencia y derecho”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Madrid, Número 1. septiembre a diciembre de 1988. Págs. 305 a 335. Tomado de Cuadernos para la reforma de la Justicia. Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. José Luis Soberanes Fernández. Enero de 1995.

o deficiente de los compromisos contractuales y de los deberes legales. En las sociedades donde el sistema judicial no opera adecuadamente, las partes de un contrato se ven obligadas a tolerar retrasos en los pagos o en el cumplimiento de otras obligaciones, ante la ausencia de mecanismos sencillos y expeditos para hacer respetar las condiciones pactadas. Igual ocurre con las obligaciones de origen legal o los deberes civiles, los del servidor público o los derivados de otras calidades o condiciones particulares, los cuales con frecuencia se eluden o se cumplen a medias, bajo la convicción de que la ineficiencia del sistema impide la judicialización del asunto y la imposición de sanciones.

Afecta el crecimiento de la economía. En una encuesta realizada en el Perú¹⁴ se observa que del total de encuestados, el 85,3% cree que debido a las ineficiencias en la administración de justicia, la economía se perjudica “seriamente”. La economía se afecta como resultado de la sumatoria de todos los efectos individuales en mención. Los mayores costos y retrasos en las transacciones, el menor crecimiento de los mercados y el desestímulo de la inversión inciden de manera mayoritaria en el menor potencial de crecimiento de la economía.

III. Elementos para una solución a los problemas de la justicia

El factor más importante para lograr realmente instaurar un sistema eficiente de administración de justicia es la determinación política del Estado enfocada de lleno en esa dirección. La justicia debe pasar al primer plano de la agenda gubernamental y mantenerse ahí como política de Estado. Mientras no se formule una política coherente, estable, independiente que se ubique como una de las más altas prioridades de gobierno, no será posible realmente conseguir avances significativos en el desempeño del sistema judicial, ni mucho menos llegar a la meta de organizar un sistema vigoroso y eficaz en la prestación del servicio a todos los colombianos.

Mientras no se formule una política coherente, estable, independiente que se ubique como una de las más altas prioridades de gobierno, no será posible realmente conseguir avances significativos en el desempeño del sistema judicial...

¹⁴ Investigación sobre el impacto del poder judicial en las decisiones empresariales en el Perú. 1998. Autores: Hugo Eyaur Raúl Andra y Roger Salhuana, miembros del Instituto APOYO. Documento de trabajo 98-01. Tomado de “Justicia y Desarrollo: Debates. Justicia y Competitividad. Informe de coyuntura de la justicia” Op. Cit.

La justicia se puede mirar desde muy diversos planos. Por una parte es un servicio público que compete al Estado. Por otra, es un derecho esencial en cabeza de cada ciudadano. Igualmente, es un bien esencial para construir el concepto de sociedad al igual que para cimentar una democracia.

En todos los planos la justicia representa un objetivo fundamental. Por ello, la política gubernamental orientada a brindar buena y pronta justicia debe ser prioritaria y consecuente con el alto nivel de importancia que representa el tema de justicia desde todas las aproximaciones posibles.

En el país, se han realizado muy notables esfuerzos orientados a mejorar el sistema de justicia. En la década de los años 90 se incrementaron sustancialmente los salarios de jueces y magistrados. Igualmente, se han puesto en marcha varios programas ambiciosos de actualización y capacitación. Se ha avanzado de forma significativa en la implementación de sistemas de información, computadores y demás soportes tecnológicos, especialmente en las ciudades. La puesta en funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura ha permitido darle mayor criterio gerencial al manejo de los asuntos administrativos y operativos de la rama judicial.

En lo que respecta al marco normativo que tiene relación con la operación de la rama judicial y de los procesos judiciales, se han adoptado en los últimos años varias reformas orientadas a simplificar trámites procesales y a estimular el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia civil (ley 446 de 1998, ley 640 de 2001). En el campo penal, como es conocido, se hizo una profunda reforma que implicó el cambio total del sistema procesal de un sistema inquisitorio tradicional a uno acusatorio, acorde con las tendencias contemporáneas¹⁵. Es aún muy pronto para adelantar un juicio sobre el desempeño de la justicia penal bajo este nuevo esquema procesal, más aún cuando todavía no ha sido implementado en todo el país.

A pesar de estas y otras iniciativas adelantadas a favor de la justicia por la rama judicial, el gobierno y otros organismos, y no obstante la importante cantidad de dinero que se invierte anualmente en este sector, consideramos que el resultado no es satisfactorio y

¹⁵ Mediante el acto legislativo 03 de 2002 y la ley 890 de 2004 se adoptó un modelo de proceso acusatorio para el proceso penal en Colombia.

que el país tendría que hacer mucho más para alcanzar el objetivo de sistema judicial adecuado.

En primera medida, es claro que el tema de justicia no está en el primer lugar de la agenda estatal. Desde el punto de vista del gobierno, el tema de justicia está mezclado con el tema de la política, bajo un único ministerio que tiene a cargo esos dos grandes asuntos. Tradicionalmente había existido en Colombia un único Ministerio de Justicia responsable de fijar toda la política nacional en estas materias, pero a partir del año 2003, dicho organismo fue fusionado con el Ministerio del Interior, ente encargado de manejar los asuntos políticos internos del país. La unión de los dos Ministerios bajo la administración de un único Ministro, necesariamente le resta importancia al tema de justicia y capacidad ejecutoria al Gobierno y le resta independencia, elemento esencial en la justicia, al unir este tema precisamente con un tema por naturaleza excluyente de la justicia, como es la política. La unión de los asuntos políticos con los de justicia, fue una bien intencionada pero desafortunada decisión del gobierno, que ubica bajo un mismo toldo dos temáticas que por su naturaleza deben mantenerse separadas. Este es el primer rasgo que indica que en Colombia el tema de justicia no está en la prioridad de la agenda gubernamental.

De otro lado, las políticas de la rama judicial en torno al tema de justicia adolecen de dos problemas serios: la inconstancia y la falta de un norte claro a mediano plazo. Los programas de capacitación de funcionarios no siguen un derrotero sino que se van realizando con la frecuencia y profundidad que lo permiten la disponibilidad de recursos. Igual ocurre con los planes de sistematización y desarrollo tecnológico. Ocasionalmente se producen estadísticas y estudios cualitativos y cuantitativos de la justicia, pero no se ha establecido aún una política permanente de investigación y desarrollo al interior del Consejo Superior de la Judicatura. De hecho, las últimas estadísticas publicadas son del año 2003 y en relación con estudios cualitativos solo existen algunas encuestas de menor envergadura sobre los problemas de acceso a la justicia, sin que todavía el país cuente con un diagnóstico nacional sobre la justicia. La creación de juzgados administrativos especializados está aprobada por ley hace varios años, y apenas al final de este año se tiene programada su entrada en funcionamiento. Proyectos interesantes como las casas de justicia no se han desarrollado más allá del Plan Colombia.

Otro indicador de la debilidad en la política nacional de la justicia es que no existe una constante en

la evacuación de la congestión judicial. En materia civil y en otras ramas de la justicia se ha logrado detener la tendencia de mayor acumulación de inventario de procesos judiciales, pero no se logra pasar a tasas positivas de evacuación. Es inexcusable que el país conviva con el problema de la mora judicial. Los problemas de la justicia no se limitan al

tema de una pronta justicia, pero ello es indispensable como parte de la solución. En el campo de lo contencioso administrativo la situación es aun más delicada, porque el total de ingresos es mayor que el total de egresos cada año, lo que implica una tendencia de creciente deterioro. El país debería fijarse una meta no superior a cinco años para poner al día todos los despachos judiciales y establecer una política para en adelante nunca vuelvan a presentarse acumulaciones anormales.

Otro indicador de la insuficiente atención que presta el Gobierno y las instituciones de la rama judicial a la justicia, es la marginal proporción de la inversión frente a los gastos de funcionamiento del total del presupuesto de la justicia. La gran mayoría de los dineros que se destinan al sector de la justicia sirven apenas para sostener su funcionamiento inercial. No obstante que la proporción ha mejorado un poco, siguen siendo muy pocos los recursos que se destinan a inversión. Frente a un panorama tan difícil como el de la justicia, en donde el objetivo final está distante de la situación real, se hace indispensable plantear un cambio sustancial en la proporción de la inversión frente a los gastos de funcionamiento, lo que no significa necesariamente un aumento representativo del total del presupuesto anual del sector.

Naturalmente, la ubicación del tema de justicia en un renglón prioritario de la administración pública debe traer como consecuencia el establecimiento de una política permanente más clara y eficaz que empiece a producir resultados sustanciales y que permita avanzar hacia el cumplimiento de una meta dentro de un cronograma preestablecido.

Por lo tanto, si el país se decide por resolver de fondo los principales problemas de la justicia, debería en primera instancia convertir el tema en una de las primeras prioridades gubernamentales, lo cual no se está haciendo hasta ahora, según lo anteriormente desarrollado, y, además, acompañar dicha voluntad política de la implantación simultánea de varias políticas concretas orientadas a conseguir al menos estos cuatro objetivos:

- A) *La revisión y simplificación de las normas que regulan los procesos judiciales en Colombia.* Edward de Bono, profesor de las Universidades de

Los problemas de la justicia no se limitan al tema de una pronta justicia, pero ello es indispensable como parte de la solución.

Oxford y Harvard, autor de numerosos libros sobre el denominado “pensamiento lateral”, explica en su reciente libro “simplicidad” la importancia que tiene la simplificación de procesos, tanto en las actividades oficiales, como en las empresariales o privadas. La implantación de medidas tendientes a simplificar tales actividades tiene un impacto notable en la reducción de costos, ahorro de tiempo y dinero y mejoramiento de la calidad.

- B) *La implantación de un manual único de políticas y procedimientos y la estandarización de un esquema de operación del sistema judicial.* Es necesario revisar uno a uno los procesos que involucra cada etapa, trámite o decisión dentro del sistema judicial, no solo para simplificar el proceso, sino para establecer un criterio unificados de proceder en todo el país frente a cada asunto y fijar tal criterio en una política que se adoptaría mediante un manual que debería ser acogido por todas los despachos y dependencias judiciales. Igualmente se debe adoptar un modelo único de despacho judicial, tanto estructural como operativo.
- C) *La fijación de una política permanente de mantenimiento de estándares óptimos de gestión y calidad y de mejoramiento continuo.* Una vez adecuado el marco regulatorio y establecidas las políticas y procedimientos del sistema, se deberán fijar los objetivos críticos del sistema, los tiempos que se requieren para conseguirlos, los planes necesarios para llegar a dichos objetivos bajo políticas de constante seguimiento y mejoramiento.
- D) *La implantación de medidas de emergencia para –de forma definitiva– evacuar todo el inventario acumulado de procesos judiciales.* A la par de las políticas generales y estructurales, deberán implementarse mecanismos que de manera eficaz y permanente empiecen a producir tasas de evacuación que superen ampliamente el 100% de salidas sobre ingresos de procesos, en una proporción suficiente para lograr poner al día la justicia en un plazo definitivo no superior a 5 años. Para estos efectos, además de la figura ya utilizada de los tribunales de descongestión, se deben evaluar medidas más audaces de impacto inmediato, como la revisión de expedientes para archivar, la reincorporación de la figura de la perención del proceso, la asignación de tareas temporales de apoyo al sistema judicial por parte de centros de conciliación, notarías y consultorios jurídicos. Entre tales tareas podría estar incluso la pre-sustanciación de fallos judiciales y el apoyo en la práctica de ciertas diligencias judiciales.

IV. Medidas especiales que se podrían implementar para beneficio del sistema judicial

Como se describió en el capítulo anterior, una de las políticas esenciales que deben hacer parte de un proyecto integral para el mejoramiento de la justicia es la evaluación y puesta en ejecución de medidas concretas que tiene impacto en el desempeño general del sistema. En este capítulo proponemos algunas medidas que pueden ser útiles para el objetivo de hacer más eficiente el sistema, pero que no necesariamente está comprobada su efectividad ni sus efectos, por lo que tendrían que evaluarse y someterse a algún mecanismo de observación y prueba, lo cual debería ser parte del proceso que comprende un proyecto integral para la justicia como el que se sugiere con el presente ensayo. Igualmente será necesario sopesar su adaptabilidad al sistema judicial colombiano, porque puede tratarse de medidas exitosas en otros países, pero que no necesariamente encajan con todos los países o sistemas. Dividimos las propuestas según la temáticas, así: temas procedimentales, y temas de orden administrativo y operativo.

A. Temas procedimentales

Entre las principales propuestas en relación con el procedimiento civil u otros ordenamientos procesales, cabe considerar las siguientes:

1. Propuestas relacionadas con la práctica de pruebas

1.1. Pruebas practicadas sin la presencia directa del juez, pero bajo su total control

La intermediación en la práctica de pruebas es un principio del derecho probatorio que apunta a establecer la presencia del juez en la producción de la prueba procesal. No obstante, vale la pena considerar mecanismos para la práctica de pruebas usados en otros países en los que, si bien, no participa directamente el juez en el desarrollo de la prueba, este mantiene el control sobre la misma y se asegura del cumplimiento del derecho de defensa y del equilibrio entre las partes. Así, por ejemplo, se puede instaurar –como posibilidad para las partes– la práctica de declaraciones de parte o de terceros en los despachos de los abogados o ante notario. El juez sólo intervendría, en ese caso, si verificada el acta de la respectiva diligencia, encuentra algún defecto en una o varias preguntas o en la práctica misma de la prueba, caso en el cual ordenaría la repetición parcial o total de la declaración o la complementación de la misma en su presencia. Así como se ha permitido legalmente que sea la parte quien adelante el

trámite de notificación personal de la contraparte, se debe continuar otorgando mayores responsabilidades a los apoderados de las partes, en la medida de lo razonable y siempre que se garanticen los derechos procesales y se mantenga evidencia escrita de la gestión adelantada. Inclusive muchas diligencias de inspección judicial podrían adelantarse sin la presencia del juez, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y asistan con sus apoderados y además se levante un acta de todos los aspectos observados. En el procedimiento civil de los Estados Unidos, salvo requerimientos especiales, la práctica de las pruebas se hace por las partes, y realmente la intervención del juez se da luego de que el caso está sustanciado quedando solo una etapa de juicio. Seguramente para el caso colombiano no sería viable ni razonable adoptar en su totalidad ese esquema, pero no cabe duda que ante el reto de lograr que la justicia sea oportuna, bien vale la pena superar la ritualidad para darle viabilidad a la práctica de pruebas bajo la responsabilidad principal de las partes.

1.2. Concentración de la participación del juez en el proceso

Independientemente de si la práctica de pruebas se hace con o sin intervención del juez, se debe buscar que, una vez el juez entra a participar en el proceso, evacue todas las actuaciones procesales hasta su final sin interrupciones, es decir, sin atender otros procesos hasta no terminar el del turno correspondiente.

Salvo circunstancias excepcionales, resulta mucho más productivo que cuando el juez se adentra en el conocimiento de un caso, continúe con ese caso únicamente, practicando pruebas, atendiendo recursos y alegatos y profiriendo sentencia, sin que dicha labor se vea interrumpida por la atención de otros casos. El manejo que se le da al proceso actualmente en Colombia es totalmente desarticulado e ineficiente. Surtida una actividad o diligencia, la siguiente diligencia se programa para varios meses después, lo que implica que el juez se desentiende por completo del caso en el interregno, y lo obliga prácticamente a volver a enterarse del asunto cada vez que interviene en el proceso. Igual ocurre a la hora de dictar sentencia, para lo cual el juez se ve obligado a apoyarse exclusivamente en las actas y demás piezas documentales que reposan en el expediente, porque el paso del tiempo seguramente le ha dejado muy poco recuerdo directo del proceso. Por ello, se debe establecer un sistema apropiado de tur-

nos, conforme el cual el proceso que pasa a manos del juez debe evacuarse de corrido en varios días o semanas hasta proferir la sentencia¹⁶.

1.3. Mayor facilidad en la práctica de la prueba técnica

Bajo el régimen actual la práctica de dictámenes periciales se sujeta a una ritualidad excesiva que implica la participación del juez. Aparte del decreto de pruebas, la designación del perito, su posesión, los trámites de gastos y honorarios e incluso los traslados del dictamen y/o de las aclaraciones y complementaciones deben ser asuntos que no impliquen autos del juez, sino simples actuaciones de secretaría o labores que se delegan a las partes. Proponemos que todo el tema de auxiliares de la justicia, lo que incluye conformación de listas y concursos, manejo de la base de datos, asignación y notificación de casos, posesiones, etc. debe ser un asunto que en su totalidad se delegue a un ente de apoyo administrativo de la rama judicial, de forma que no quite tiempo a las labores del juez. La implementación de esta idea, así como las otras propuestas de índole administrativo, son proyectos de gran envergadura que tomarían tiempo y dinero, pero luego de instaurados, proveerían muchísima agilidad en el procesos a un bajo costo.

2. Propuestas relativas a otros aspectos o etapas del proceso

Insistimos en que al juez se le debe dejar librar, en lo posible de toda labor diferente a las funciones estrictamente jurisdiccionales. Por su parte, consideramos que es preciso eliminar ciertos ritos e instituciones procesales, las cuales en teoría proveen garantías procesales, pero en la práctica hacen más engorroso el proceso, sin que realmente aporten mayor legitimidad al trámite. Con base en estos criterios, se propone:

- 1) **Eliminar el rechazo de plano de la demanda (art. 85 del Código de Procedimiento Civil).** La admisión de la demanda debe ser un trámite de rutina ajeno a la competencia del juez y limitado a la labor secretarial consistente en establecer el cumplimiento de los requisitos de forma. La demanda sólo se rechaza si se vence el plazo para completar requisitos inicialmente incumplidos.

¹⁶ Cabe recordar que, como se señaló en el capítulo sobre estadística del presente ensayo, el tiempo efectivo de un proceso ordinario en Colombia es de 13.7 días y de un proceso ejecutivo de 7.9 días.

...
ante el reto de lograr que la justicia sea oportuna, bien vale la pena superar la ritualidad para darle viabilidad a la práctica de pruebas bajo la responsabilidad principal de las partes.

De esta manera, el inicio del proceso sería un asunto secretarial sin intervención del Juez.

- 2) **Eliminar la figura de las excepciones previas.** Únicamente debería establecerse que en la audiencia de conciliación y saneamiento procesal (artículo 101 del Código de Procedimiento Civil) o en otro momento procesal posterior, las partes tienen el deber de advertir sobre vicios o defectos que pudieran dar lugar a una nulidad, a fin de evitar el desgaste de tramitar un proceso viciado hasta el final. Todos lo demás, deben ser temas a resolverse en la sentencia.
- 3) **Eliminar la figura de la reforma de la demanda (art. 89 del Código de Procedimiento Civil).** El demandante tiene la carga de plantear el proceso correctamente desde el inicio. La reforma de la demanda es una garantía innecesaria que además no se concede al demandado y en cambio sí genera controversias y prolonga innecesariamente el proceso.
- 4) **Unificar y aclarar el régimen de intervención de terceros (artículos 50 y siguientes Código de Procedimiento Civil).** Las figuras de la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía y el litisconsorcio están confusamente establecidas en la ley, lo que genera desgaste procesal.

3. Propuestas en torno al proceso ejecutivo

Buena parte del proceso ejecutivo tiene un contenido más administrativo que jurisdiccional. Si bien es cierto que es común que en este tipo de procesos se formulen excepciones de fondo, que buscan desvirtuar la base jurídica del mandamiento de pago, también lo es que conceptualmente se trata de un procedimiento en el que se busca el cumplimiento de obligaciones ciertas y actualmente exigibles, lo que reduce el ámbito de debate jurídico.

En el igual sentido que se propuso para los demás procesos, el juez del proceso ejecutivo debe librarse de todas las cargas no jurisdiccionales, salvo en los casos en que se considere que la medida de extraer del despacho judicial cierta labor resulte contraproducente o inútil.

La idea anteriormente esbozada de extraer del despacho judicial el manejo del tema de auxiliares de la justicia y del componente administrativo de la práctica de pruebas se aplica también al proceso ejecutivo y se puede extender a otras figuras como la realización de avalúos, remates y liquidaciones, aspectos todos que pueden quedar a cargo de un ente administrativo de apoyo judicial.

En efecto, lo más conveniente sería establecer un centro de apoyo administrativo para el juez, en donde se administre la lista de auxiliares de la justicia, lo que incluye el manejo de gastos, posesiones, y apoyo logístico para la práctica de pruebas, así como el tema de secuestros y todo lo relacionado con la etapa post-sentencia del proceso ejecutivo, lo que incluye avalúos, remates y liquidaciones de créditos.

Para algunos una medida como ésta es excesiva porque desconecta al juez de aspectos importantes del proceso, lo que puede dar lugar a actos injustos o violatorios de los derechos judiciales de las partes. La observación es muy importante. No obstante, estando de por medio el reto de poner la justicia a funcionar con oportunidad y eficiencia, bien vale la pena hacer el tránsito hacia la desjudicialización de los aspectos operativos del proceso enfrentando las dificultades de adaptación y ajuste que ello puede implicar y cuidando las garantías procesales.

4. Propuestas en relación con el precedente judicial

A pesar de que el sistema legal colombiano es de tradición francesa y no del denominado *common law*, la jurisprudencia tiene un reconocido valor a la hora de la decisión judicial.

La norma escrita establece la regla de derecho que debe ser aplicada para la decisión judicial. En muchos casos hay vacíos normativos, la norma es confusa o contradictoria o simplemente requiere interpretación. Por ello, aún en nuestro medio, normalmente cuando un juez dicta sentencia, lo hace teniendo en consideración algún caso precedente en el que un Tribunal o Corte se hubiese pronunciado sobre la norma en cuestión y/o sobre una situación similar de hecho.

No obstante la importancia de la jurisprudencia, no existen criterios claros y unificados para la aplicación de la misma. Los jueces toman indistintamente decisiones judiciales previas y muchas veces para fallar casos iguales se acude a diferentes antecedentes lo que da lugar a decisiones distintas e inclusive contrarias entre sí. Más aún, dentro de una misma corporación (por ejemplo tribunales administrativos, Consejo de Estado) conviven diferentes criterios en torno a un mismo tema, según la sala de decisión respectiva.

Evidentemente se trata de un problema serio que no sólo afecta la calidad de la justicia, sino también la eficiencia del sistema, en comparación con un sistema organizado de jurisprudencia obligatoria.

Los jueces toman indistintamente decisiones judiciales previas y muchas veces para fallar casos iguales se acude a diferentes antecedentes lo que da lugar a decisiones distintas e inclusive contrarias entre sí.

Por tal razón, se propone que se conforme un banco nacional de precedentes judiciales y se establezcan reglas claras las cuales deben indicar, entre otras cosas, cuándo dichos precedentes resultan obligatorios para los demás jueces. En cualquier caso, trátase de precedentes cuya regla de derecho es obligatoria o no, todo juez que quiera o deba apoyar su decisión en dichos precedentes, lo hará haciendo una referencia que permita con certeza remitirse a dicho fallo. De esta manera, cuando se falla un caso cuyos rasgos jurídicamente relevantes son idénticos a un caso precedente, la parte motiva de la decisión se puede simplificar sustancialmente por vía de la remisión, sin que se haga necesario reescribir el desarrollo de la argumentación jurídica en torno a la regla de derecho que se aplica.

5. Comentario en torno a la gratuidad del proceso

Algunos expertos han advertido que la fijación de algún costo económico para el acceso a la justicia, en cambio de afectar el servicio, puede inclusive servir para hacer más eficiente el servicio.

Pastor explica que *“la administración de justicia, específicamente, constituye, en términos económicos, un servicio cuya oferta no es posible aumentar ilimitadamente, por lo que se plantean básicamente dos opciones para hacerla eficiente: Una de ellas consiste, paradójicamente, en aumentar los costos de acceso, porque eso hace más barato el acuerdo (y los mecanismos alternativos); así obtiene el servicio quien más lo valora y está dispuesto a pagar más por él”*¹⁷.

Luego, se hace más probable que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio extrajudicial o que acudan a otro sistema alternativo de solución del conflicto bajo un sistema judicial con costo para acceder, que bajo uno completamente gratuito como el nuestro.

En otras palabras, un efecto positivo de establecer un costo para el acceso a la justicia es que el servicio se aprecia, lo que tiene muy importantes consecuencias en la institucionalización del sistema y en la mejor utilización del mismo.

Establecer una tarifa de entrada para la justicia genera otros múltiples beneficios, como son:

1) Genera una fuente adicional de financiación del

sistema, lo que le mayor viabilidad a los planes de inversión.

- 2) Lo anterior, debe repercutir en el mejoramiento en la calidad y la oportunidad del servicio.
- 3) A su vez, ello debe repercutir favorablemente en la credibilidad del sistema.
- 4) Estimula la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos y aumenta la probabilidad de que las partes concilien las diferencias.
- 5) Racionaliza el uso del sistema judicial, reduciendo la utilización abusiva y arbitraria de los instrumentos de justicia.
- 6) Esto debería generar una reducción en el ingreso de procesos y un aumento en el nivel de seriedad y profesionalismo en el manejo las causan que ingresan por parte de los abogados y las partes.

Lógicamente, la fijación de un costo para la justicia debe hacerse mediante una metodología de tarifa variable, y previa adopción de otras medidas que permitan asegurar que el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos no se vaya a ver afectado. Esto incluye la revisión y fortalecimiento del instituto del amparo de pobreza.

Ahora, no se puede olvidar que en nuestro caso el principio de gratuidad a la justicia es una falacia. No hay proceso más costoso que un proceso incierto y demorado. Las partes que se someten a un debate judicial en la actualidad tienen que esperar muchas veces por más de diez años una decisión judicial, posiblemente, luego de haber visto pasar por el proceso varios jueces diferentes. Es tan largo el tiempo de duración de un proceso en Colombia y tan frecuentes los cambios legislativos y jurisprudenciales, que son altas las probabilidades de que el escenario jurídico que sirvió de base al caso al momento de la presentación de la demanda sea distinto a la que se presenta al momento del fallo.

... un efecto positivo de establecer un costo para el acceso a la justicia es que el servicio se aprecia...

La excesiva demora judicial genera inseguridad jurídica, lo que representa un costo. Adicionalmente, se derivan costos considerables del lucro cesante y de la defensa judicial durante todo el tiempo del proceso.

Por ello, si la implantación de una tarifa de compensación por la utilización del sistema judicial, al compás de las demás medidas propuestas, se traduce en el sustancial mejoramiento de los tiempos de respuesta de la justicia y de su calidad, ello no hace más oneroso el proceso, sino lo contrario.

La propuesta no se excluye con el sistema actual de costas judiciales, figura que se debe mantener e incluso fortalecer. En efecto, el sistema de costas, el

¹⁷ Pastor, Santos, Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del derecho, Madrid, Tecnos, 1989, p. 331. Tomado de José Luis Soberanes Fernández., Cuadernos para la reforma de la Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Enero de 1995, p. 6.

cual también podría ser administrado por un ente operativo independiente del despacho judicial, debe revisarse con una metodología más actual y flexible que realmente cubra los costos del proceso y que adicionalmente incorpore un componente sancionatorio significativo para quien haga uso abusivo o irracional de la justicia.

6. Temas de orden administrativo y operativo

6.1. Separación de funciones administrativas de las jurisdiccionales

Este es un tema ampliamente discutido e implementado en muchos países en programas de rediseño del funcionamiento del sector de administración de justicia. Se ha encontrado favorable para la productividad de los despachos judiciales retirar algunas de las funciones administrativas y trasladarlas a dependencias que se dedican exclusivamente a la realización de ese tipo de funciones. No obstante, la experiencia ha demostrado que no se puede exagerar en esta medida porque muchas labores de índole administrativa guardan estrecha relación con la función jurisdiccional y requieren inmediatez en su realización, por lo que en ciertos casos es preferible mantener la función administrativa dentro del despacho judicial o de alguna de muy fácil disponibilidad. En todo caso, vale la pena privilegiar la función jurisdiccional dentro de cada despacho judicial trasladando a otras dependencias los procesos y las funciones de orden administrativo y dejando principalmente las funciones relacionadas directamente con la administración de justicia, salvo en los casos en que se determine que es más funcional y práctico mantener ciertas labores en manos del personal del despacho. Una de las maneras de llevar a cabo la separación de funciones es la creación de centros de servicios comunes, como se verá a continuación.

6.2. Creación de centros de servicios comunes

Este tipo de medidas se orientan a la conformación de unidades que concentran labores de tipo operativo al servicio de varios despachos judiciales de un sector o región determinada. Esto permite eliminar labores administrativas a los despachos y generar valor agregado en la administración a escala de este tipo de servicios. Lógicamente, esta organización a través de centros de servicios comunes debe realizarse de forma paulatina y limitada a aspectos en los que sea claramente operativo el esquema, para evitar traumas en los despachos. Típicamente, se trasladan a los centros de servicios comunes asuntos como las notificaciones, custodia de títulos, sistemas de información, salas de audiencias y atención al público. Un paso más avanzado del sistema de servicios comunes es la conformación de un esquema de *pool* de jueces de áreas afines, los cuales se sirven en común de un

staff administrativo que comparten para racionalizar el gasto sin afectar la producción y/o para producir incluso mayores eficiencias a partir de la evacuación a escala de gestiones administrativas, y la mayor flexibilidad en la asignación de tareas¹⁸.

En Colombia existen centros de servicios comunes en algunas ciudades para asuntos como las notificaciones. Faltaría evaluar el traslado de otras funciones adicionales y la estandarización de dicho modelo en todo el país.

6.3. Capacitación de funcionarios y personal de apoyo administrativo

Naturalmente este cambio radical de tipo administrativo y operativo que se propone, debe venir acompañado de un ambicioso programa de capacitación de todos los funcionarios de la rama, con el fin de lograr que cada persona adopte y empiece a seguir el nuevo modelo de gestión y, a su vez, se actualice en temas propios de sus funciones. Por su parte, dentro de las políticas generales que se implanten debe acogerse una política permanente de capacitación para lograr y mantener una óptima calidad del servicio.

6.4. Mayor énfasis en la creación y utilización de sistemas de información

No hace falta formular una recomendación en el sentido de proveer de herramientas tecnológicas al sistema judicial, puesto que en ello se ha avanzado mucho y las autoridades tienen clara la importancia de continuar trabajando en este aspecto. La principal limitante es el costo económico. En lo que puede ser útil hacer énfasis es en darle mayor desarrollo a los sistemas de información. La conformación y mantenimiento de bases de datos y de herramientas de administración de información debe ser un asunto al que se le dé mucha más importancia que la que se le da actualmente. Es evidente que en un sector donde el principal insumo y el principal producto del servicio es la información, la conformación de sistemas de información que sirvan de herramientas de apoyo para la realización de las gestiones propias del servicio tendría un impacto altamente favorable en la productividad agregada. Por ello, esta misión no debe limitarse a la digitalización de los datos procesales básicos y la conformación de bases de datos para seguimiento de los usuarios de la justicia, sino en el diseño de diversas herramientas de búsqueda o que generen otro valor agregado.

.....
¹⁸ Vargas Viancos, Juan Enrique, "Herramientas para el diseño de despachos judiciales", septiembre de 2005. III Seminario de Gestión Judicial. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Publicado en www.cejamerica.org.

Suspensión Condicional del Prodecimiento

Estudio Empírico en Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte²

Alberto Gutiérrez

Estudiante de Quinto Año de Derecho
de la Universidad Diego Portales

alberto.gutierrezfuentes@al.udp.cl



The purpose of this article is to analyze the organizational and operational system for conditional suspension of procedures developed by the Central-North Metropolitan Regional Prosecutor's Office in Chile. It presents an empirical analysis of a good practice that has considerable implications for work processes and management dynamics that can be replicated in other countries in the region. The author also offers key data on the number of conditional suspensions granted, when they have been requested, the use of the various options available, duration, and the revocations that have taken place.

I. Introducción

El presente artículo entrega los resultados de una investigación, cuyo propósito fue elaborar un diagnóstico empírico referente al uso y empleo de la suspensión condicional del procedimiento (en adelante SCP) en la Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte (en adelante Fiscalía).

La metodología utilizada fue conseguir la autorización de dicha Fiscalía para efectuar este estudio que cubre el período del 16 de junio hasta el 31 de diciembre de 2005³. Asimismo, se entrevistaron a dos fiscales, tres jueces de garantía y un asistente social, obteniendo una descripción de las prácticas que se vienen dando.

Por otra parte, las razones para realizar este estudio empírico son tres. Primero, esta Fiscalía ha tomado a la SCP como una herramienta de política criminal destinada a la diversificación de respuestas frente a los conflictos derivados de los ilícitos penales. Segundo, se ha trazado como finalidad actuar ante el caso concreto con soluciones que resulten innovadoras para lograr una eficacia en la persecución penal aplicando condiciones de calidad. Tercero, se anhela incluir a la ciudadanía como sujeto

1 El concurso tuvo como objetivo incentivar a jóvenes autores en la producción de artículos que contengan experiencias, ideas y discusiones innovadoras en el ámbito de las reformas a la justicia en las Américas y que signifiquen un aporte a las políticas públicas que se discuten actualmente. La elección del ganador estuvo a cargo de un jurado de expertos y miembros internacionales del actual Comité Editorial de la Revista Sistemas Judiciales, compuesto por Linn Hammergren, especialista norteamericana del sector público del Banco Mundial; Silvina Ramírez, consultora argentina y directora de INECIP; y Luis Pásara, sociólogo del derecho peruano e investigador del Instituto Interuniversitario de Iberoamérica en la Universidad de Salamanca, España.

2 El siguiente artículo es una versión resumida de mi trabajo *Suspensión Condicional del Procedimiento y Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte*, Seminario presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2006. Agradezco a Mauricio Duce y a Paz Pérez Ramírez, quienes revisaron una versión preliminar del presente artículo.

3 Agradezco a la Fiscal Regional Sonia Rojas Valdebenito y a la Directora Ejecutiva Regional, María Cristina Marchant, quienes autorizaron esta investigación en la Fiscalía que dirigen. También agradezco a Paz Pérez Ramírez, abogada de la Unidad de Gestión e Informática de la misma Fiscalía, quien gestionó las autorizaciones para la obtención de los datos.

significativo para obtener respuestas sustantivas, a través de la ejecución de las condiciones y su control efectivo por parte de la Línea Salidas Alternativas.

II. Aspectos Generales de la Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte

El objetivo de este apartado es otorgar una visión general del funcionamiento de la Fiscalía, dando a conocer el contexto en el cual se desarrolló esta investigación. En términos generales, la cobertura territorial de la Fiscalía comprende a 14 comunas, que representan el 26,92% del total de comunas de la Región Metropolitana (52), y que brinda atención a una población de 1.501.685 habitantes, que corresponde a un 24,78% de la población de la Región Metropolitana (6.061.185 de habitantes) y a un 9,93% de la población nacional (15.116.435 de habitantes)⁴. Con todo, es la comuna de Santiago la más compleja, ya que recibe diariamente a 896.290 personas por concepto de población flotante; además, de acuerdo a cifras preliminares, se ha planteado que por la comuna transitan diariamente del orden de 1.500.000 personas⁵. Ante esto, la necesidad de crear modelos eficaces de persecución penal han llevado a la Fiscalía a instaurar fiscalías especializadas, a saber: Unidad de Focos Delictuales; Delitos Sexuales y Violentos; Delitos Económicos y Funcionarios; Delitos Contra la Propiedad; Delitos Relativos al Tráfico de Drogas y Sustancias Sicotrópicas; Delitos Menores, Cuasidelitos y Faltas⁶, además de contar con la fiscalía de Colina. Así, se pretende especializar a los fiscales de acuerdo al tipo de delito⁷.

Ahora bien, la Fiscalía cuenta con un conjunto de profesionales⁸, siendo dos los datos más relevan-

tes para este estudio. Primero, existen 81 fiscales adjuntos, lo que da un ratio promedio de 5,39 fiscales por cada 100.000 habitantes o un fiscal cada 18.539 habitantes. Se estima que estas cifras están por debajo en términos comparados, aún respecto de países de la región⁹. Sin embargo, si se considera que la comuna de Santiago contiene una población flotante de 896.290 personas, se concluye que durante el día la población de ésta comuna alcanza a 1.097.082 personas, concibiéndose un fiscal

... la cobertura territorial de la Fiscalía comprende a 14 comunas, que representan el 26,92% del total de comunas de la Región Metropolitana (52), y que brinda atención a una población de 1.501.685 habitantes, que corresponde a un 24,78% de la población de la Región Metropolitana

cada 29.605 habitantes o un ratio promedio de 3,38 fiscales cada 100.000 habitantes. Aún, si se plantea que el tránsito diario por la comuna de Santiago es de 1.500.000 de personas, habría un ratio promedio de 2,7 fiscales por cada 100.000 habitantes o un fiscal cada 37.058 habitantes.

Segundo, en las fiscalías regionales de la Región Metropolitana¹⁰ cada fiscal tiene un grupo de personas con la cual trabaja. Es decir, a un fiscal corresponde un número determinado de funcionarios. Esto no se aplica a la Fiscalía en estudio. En efecto, aquella está establecida y funciona en el edificio del Centro de Justicia de Santiago, donde hay 162 funcionarios que llevan a cabo todas las actividades administrativas que supone la tramitación de una causa, entre administradores y funcionarios de apoyo que componen el staff administrativo denominado Unidad de Gestión Administrativa. En seguida, para la tramitación de causas se ideó una organización fundada en líneas de trabajo que tiene por objeto la tramitación interna de la actividad encargada por el fiscal, el control en cuanto al tiempo y calidad, y relación directa de un grupo acotado de funcionarios con un organismo externo determinado¹¹. Estas líneas de trabajo son Tribunales, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Servicio Médico Legal y servicios de salud, Otros Organismos, Línea Interna, Términos Tempranos y Línea Salidas Alternativas (en adelante LSA). Por su parte, quien canaliza todas las solicitudes del fiscal hacia estas líneas de trabajo son los Ejecutivos de

4 Véase *Resultados Generales Censo 2002* en World Wide Web: <http://www.ine.cl/cd2002/index.php>, formato PDF, Págs. 36 a 39 (Diciembre 3, 2005).

5 *Esfuerzos Locales en el combate contra la Delincuencia: Programas Implementados por la I. Municipalidad de Santiago* en World Wide Web: http://www.lyd.com/municipales2004/esfuerzos_locales.pdf (Enero 8, 2006)

6 Una explicación más detallada de cada una de estas fiscalías especializadas se puede encontrar en Pérez Ramírez, Paz, *Una Mirada al Modelo de Operación de la Fiscalía del Centro de Justicia de Santiago*, en *Reformas Procesales Penales en América Latina: Discusiones Locales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, 2005, Pág. 408.

7 Las razones para estas especializaciones se pueden encontrar en Pérez Ramírez, Paz, ob. cit., Pág. 407.

8 Véase Memoria Anual 2004 Ministerio Público, Pág. 16.

9 Por ejemplo, El Salvador cuenta con un ratio promedio de 9,2 fiscales por cada 100.000 habitantes; Colombia tiene un ratio promedio de 8,6 fiscales por cada 100.000 habitantes o un fiscal por cada 11.500 habitantes; en Costa Rica existe un ratio de 6,2 fiscales por cada 100.000 habitantes. Véase Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de Una Reforma en Marcha*, Universidad Diego Portales, 2003, Pág. 39.

10 En la Región Metropolitana existen cuatro fiscalías regionales: Occidente, Oriente, Sur, Centro Norte.

11 Pérez Ramírez, Paz, ob.cit., Pág. 418.

Gestión Jurídica. Es este funcionario quien efectúa el nexo entre las peticiones del fiscal y el área de tramitación de causa respectiva.

Resulta relevante explicar el rol de la LSA como un apoyo administrativo fundamental¹². Es objetivo de la LSA instaurar la SCP como una herramienta eficiente de política criminal, apoyando la gestión de los fiscales en la materialización, registro y control de la SCP, tanto a nivel de condiciones impuestas como de plazo.

Además, son funciones de la LSA:

- 1) Mantener y socializar un catastro de organismos gubernamentales y de la sociedad civil que cumplan con funciones relacionadas con la condición que pueda imponerse al imputado, con el fin de lograr la incorporación de la sociedad en la respuesta frente a la ejecución y control de las condiciones. Es decir, resulta indispensable trabajar catastrando la red social y colocar a personas administrativas expertas especialmente dedicadas a ello. Este catastro debe incluir tanto a instituciones públicas como privadas, agrupadas en las distintas áreas que permite la SCP, como salud mental, tratamientos de rehabilitación de drogas y alcohol, re-escolarización, reinserción laboral, capacitación laboral, empleos y trabajos comunitarios.
- 2) Asesorar al fiscal en la selección de la institución que responda potencialmente al éxito en el cumplimiento de la condición. Esto significa realizar una entrevista al imputado socioeducativa, determinando el perfil de esta persona con el objeto de derivarlo a una institución en la cual cumpla con las condiciones; además, existe la necesidad de celebrar protocolos de trabajo para un proceso organizado de derivaciones de imputados.
- 3) Controlar el cumplimiento de las condiciones y medidas, relacionándose con las partes involucradas. Esto implica determinar una persona a cargo que se haga responsable por el cumplimiento de las condiciones por parte del imputado, informando periódicamente el cumplimiento o incumplimiento de aquéllas. También se necesita diseñar procesos a seguir frente a

incumplimientos específicos (que pueden ser justificados) e incumplimientos reiterados.

Así, por ejemplo, un fiscal negociará con el defensor del imputado, proponiendo como condición que ejerza un oficio. La LSA –a partir del catastro social que han elaborado– rastreará cuál institución posee vacantes para incorporar al imputado. Ese dato se verifica para dárselo al fiscal, con el fin de que lo pueda plantear en la audiencia en que se discute la SCP. Concomitantemente, la LSA contacta a la víctima con el objeto de que sea citada y consultada en la audiencia en que se ventila la SCP, en orden a lograr satisfacer sus intereses de manera real y efectiva. Finalmente, una vez que la SCP ha sido concedida, la LSA controla el cumplimiento de la condición a través de protocolos de trabajo, mediante los cuales se establece un personal en la institución respectiva que dará cuenta de si el imputado ha cumplido o no.

III. Resultados de la investigación empírica

A) Datos Generales

...
resulta indispensable trabajar catastrando la red social y colocar a personas administrativas expertas especialmente dedicadas a ello.

El Ministerio Público realiza una distinción de conceptos a la cual debo remitirme. Primero, “casos” son los ingresos que registra el sistema conforme a las denuncias que se reciben de las policías, de otros organismos y las que se reciben directamente en las fiscalías locales. Así, un caso equivale a una denuncia. Segundo, “delito” son los ilícitos penales que deben ser conocidos por el Ministerio Público con ocasión de las denuncias que recibe. Una denuncia puede estar relacionada o incluir más de un delito, de modo que los registros darán cuenta de un número mayor de delitos que de casos o denuncias ingresadas. Tercero, “relación” es el vínculo entre un imputado y una víctima que ha sido objeto de una solución penal, sin que ello signifique el término efectivo del caso. Entendiendo la diferencia entre estos conceptos, el cuadro que sigue muestra los casos ingresados versus los casos terminados:

¹² Para el desarrollo de esta información he tenido a mano los datos que me aportaron Paz Pérez Ramírez y Karen Ortega Ferrand.

CUADRO N° 1
Casos Ingresados Versus Casos Terminados
Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte
 Período 16 de Junio hasta el 31 de Diciembre de 2005¹³

Fiscalía Especializada	Casos Ingresados	Casos Terminados	% Términos
Propiedad	18.214	15.217	83,5 %
Unidad de Focos Delictuales	4.939	3.516	71,2 %
Tráfico de Drogas	1.078	580	53,8 %
Sexuales y Violentos	3.314	2.181	65,8 %
Económicos y Funcionarios	3.202	1.499	46,8 %
Menores, Cuasidelitos y Faltas	20.696	14.986	72,4 %
Colina	4.366	3.318	76 %
Total	55.809	41.297	74 %

Las cifras muestran que en el período de estudio, el total de casos ingresados en esta Fiscalía es de 55.809. Por otra parte, se observa que el porcentaje de casos terminados es alto, alcanzando un 74% del total de casos ingresados. No obstante, el Ministerio Público utiliza la expresión “términos aplicados” que da cuenta de todas aquellas relaciones que han finalizado por algún medio que el Código Procesal Penal autoriza como son, por ejemplo, archivo provisional, facultad de no iniciar investigación, principio de oportunidad, SCP, etcétera. Por ende, los términos aplicados van a ser mayores que los casos terminados, ya que cada caso puede tener muchas relaciones. El siguiente cuadro muestra los términos por SCP, respecto del total de términos aplicados:

CUADRO N° 2
Términos Aplicados en la Fiscalía Regional
Metropolitana Zona Centro Norte

Total de Términos	N° de Relaciones	%
Total de Términos Aplicados	47.097	100 %
Total de Términos por SCP	1.980	4,2 %

Los datos anteriores señalan que la SCP ha sido utilizada en 1.980 relaciones, lo que a nivel de Fiscalía corresponde al 4,2% del total de términos aplicados. Esta cifra está muy por alto de lo que venía sucediendo en otras fechas. En efecto, un estudio¹⁴ detectó que el uso de la SCP era del 0,6% al 30 de septiembre de 2001 hasta alcanzar un 1,2% al 30

de septiembre de 2002, siendo actualmente el sistema capaz de entregar cifras similares a las proyectadas, que indicaban una utilización cercana al 4,6%. Ahora bien, esta Fiscalía ha dividido su funcionamiento en fiscalías especializadas. A continuación, daré a conocer el número de relaciones en que cada fiscalía ha otorgado una SCP:

CUADRO N° 3
Suspensión Condicional del Procedimiento
por Fiscalía Especializada

Fiscalía Especializada	N° de Relaciones	%
Propiedad	142	7,17 %
Unidad de Focos Delictuales	324	16,36 %
Tráfico de Drogas	53	2,68 %
Sexuales y Violentos	31	1,57 %
Económicos y Funcionarios	237	11,97 %
Menores, Cuasidelitos y Faltas	1.045	52,78 %
Colina	148	7,47 %
Total	1.980	100 %

El número total de relaciones en que se ha decretado una SCP fue de 1.980 al 31 de diciembre de 2005. La fiscalía especializada de Menores, Cuasidelitos y Faltas es la que más terminó sus relaciones aplicando una SCP alcanzando un 52,78% del total de relaciones suspendidas condicionalmente. En segundo lugar está la Unidad de Focos Delictuales con un 16,36% del total de relaciones suspendidas condicionalmente.

¹³ Esta información fue otorgada directamente por la Fiscalía, y se excluyen los casos recepcionados temporalmente en la Unidad de Gestión Administrativa. Con todo, véase *Boletín Estadístico 2005 Ministerio Público*, Pág. 121, que contiene cifras semejantes.

¹⁴ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, ob. cit., Págs. 179 y siguientes.

B) Oportunidad en que se decreta la suspensión condicional del procedimiento

En el proceso penal chileno, hay cuatro audiencias en las cuales se puede solicitar una SCP, a saber: audiencia de formalización de la investigación, audiencia citada específicamente para el evento, audiencia de preparación del juicio oral y audiencia de procedimiento simplificado. Es recomendable que los fiscales traten de solicitar la SCP inmediatamente después de formalizada la investigación porque así se estará a la mejor distribución de los recursos públicos —ya que a mayor cantidad de persecución penal sin selectividad, peor distribución y utilización de recursos para casos más graves—; se podrá dar con la solución específica al problema del imputado evitando el fenómeno criminógeno y su posterior estigmatización; existirá mayor eficiencia en los procesos de trabajos. Si un fiscal demora la solicitud de SCP para momentos más tardíos de la investigación, los recursos públicos ya se habrán ocupado y —seguramente— deseará llevar la causa al juicio oral.

Es recomendable que los fiscales traten de solicitar la SCP inmediatamente después de formalizada la investigación porque así se estará a la mejor distribución de los recursos públicos —ya que a mayor cantidad de persecución penal sin selectividad, peor distribución y utilización de recursos para casos más graves...

Ante la inquietud de cuál es la audiencia en la que se solicita con mayor frecuencia la SCP, un juez de garantía señaló:

“La mayor cantidad de veces que piden las suspensiones es en la misma audiencia de formalización. Cuando formalizan la investigación en contra del imputado, en un delito que tiene un rango de pena (...) hasta tres años y el imputado no tiene antecedentes, el fiscal, luego de formalizar, inmediatamente pide la suspensión”.

Esta opinión refleja que la audiencia de formalización de la investigación es el momento en el que se efectúa la generalidad de solicitudes para que proceda la SCP. Es decir, formalizada la investigación en contra del imputado, el fiscal propone la SCP. Los motivos para que sea así lo expresa un fiscal:

“(...) para racionalizar recursos porque después de que nos hacemos el perfil de la persona, de cuáles son sus antecedentes ya intuimos que (...) esto puede terminar por SCP. Lo otro, porque (...) después generar una segunda audiencia, que la persona venga en dos meses más, presentar escritos, solamente contribuye a generar más carga de trabajo para nosotros. Además, hay un tercer sentido, que es que la persona claramente recibe de inmediato la señal de que esta vez queda libre y sujeta al

cumplimiento de sus condiciones, pero que hay un reproche a lo que hizo. Y ese reproche (...) es importante que se lo lleve en la primera audiencia”.

Esta opinión refleja las razones por las cuales la audiencia de formalización de investigación es la más utilizada para solicitar la SCP. Primero, da cuenta del ahorro de recursos que significa adoptar esta vía, tanto a nivel económico como de horas hombre, ya que si se siguiera adelante con la investigación se requeriría de la utilización de ambos factores, generando mayores gastos y carga de trabajo, y tal vez el fiscal quiera ir a juicio con toda la información que ha recabado durante la etapa investigativa. Segundo, aboga por la noción del mensaje que recibe el imputado por parte del juez de garantía. Si el mensaje está investido del reproche por lo que hizo, y teniendo en cuenta que el delito cometido está reciente en la mente todavía, la posibilidad de que el imputado entienda el mensaje de la SCP es alta. Se trata de que el juez —como autoridad que es— argumente poderosamente la reprochabilidad de la acción que efectuó el imputado, con el fin de que en el futuro no vuelva a hacer lo mismo.

Siguiendo, los actores del sistema señalan que la audiencia citada específicamente para solicitar la SCP es la segunda más utilizada. Un fiscal ilustró:

“(...) muchas veces lo que hacemos, es no llegar a la suspensión en ese momento (audiencia de formalización) Suspendemos la audiencia, fijamos nueva fecha y hora y lo que hacemos en el intertanto es coordinar que el imputado vaya a evaluarse. Luego, hacemos la SCP con esa evaluación ya hecha por la institución respectiva”.

En ciertas ocasiones, para llegar a una SCP se necesita de cierta evaluación por la institución respectiva. Según lo que expresa el fiscal, puede acontecer que en la audiencia de formalización no se llegue a una SCP, fijándose nueva fecha y hora para su realización¹⁵. Si bien no existen cifras que demuestren con mayor rigurosidad en qué audiencia se solicita con mayor fre-

¹⁵ El fiscal informará a la LSA su intención de solicitar la SCP. De ésta forma, la Línea se comunicará con aquellas instituciones que requieren de evaluación, fijando día, hora y lugar en que se llevará a cabo. La Línea llamará al imputado para que vaya a hacerse esa evaluación. Una vez comunicado el resultado de esa evaluación, la Línea se la informa al fiscal. Si la evaluación fue positiva, se llega a la SCP. Si la evaluación fue negativa, queda a decisión del fiscal.

cuencia la SCP, no es menos cierto que este comportamiento es consistente con otras investigaciones¹⁶.

En conclusión, se prefiere adoptar una SCP en momentos muy tempranos de la investigación, sea para racionalizar los recursos, sea para no exponer al imputado a mayores perjuicios, sea para que el proceso no se eternice innecesariamente.

Sin embargo, existen dos problemas. Primero, si la SCP es solicitada en la audiencia de formalización de la investigación, y teniendo presente que –en ocasiones– las negociaciones se hacen con anterioridad a la audiencia, la duda es cómo en ese escaso tiempo se pretende que el imputado entienda lo que se le propone. Un fiscal dijo:

“Estas negociaciones se producen antes de empezar la audiencia. Lo que yo hago es conversarlo con el defensor; si el defensor está de acuerdo pactamos las condiciones que le vamos a pedir al juez; después, el defensor lo conversa con el imputado, después lo converso yo nuevamente con el imputado para ver si entiende específicamente cuáles son las condiciones, en qué consisten (...). Más que nada por la reiteración trato de que lo vayan asumiendo y decantando”.

Es decir, si las negociaciones se producen con anterioridad a la audiencia, hay que explicarle al imputado en qué consiste la SCP, qué tipo de condiciones va a tener que cumplir, etcétera. Si esa explicación la efectúa el defensor, después el fiscal y eventualmente el juez de garantía, se estaría salvando el posible argumento frente a un incumplimiento de que el imputado no entendió en qué consistía éste acuerdo.

Un segundo problema es que si es la audiencia de formalización en donde se efectúa la mayor solicitud de SCP, surge la inquietud de cómo en este breve período se puede encontrar una solución sustantiva al caso concreto, que denote la solicitud de condiciones de calidad. Pareciera la lógica indicar que ello es complejo frente a la carga de trabajo de los fiscales. Un fiscal expresó:

...
es necesario relacionarse tanto con organismos de la sociedad civil como gubernamental, procurando que dichas instituciones otorguen condiciones sustantivas en el ámbito de la capacitación y reinserción laboral, educación, drogas y alcohol...

“Llevamos meses trabajando catastrando la red social. Tenemos gente especialmente dedicada a eso. Tenemos un catastro que incluye decenas de instituciones, fundamentalmente agrupadas en (...) diversas formas terapéuticas, tratamientos de rehabilitación en drogas y alcohol, reinserción laboral, capacitación laboral”.

Las opiniones anteriores reflejan la buena práctica llevada a cabo por parte de la Fiscalía. Si en verdad se quiere tomar la SCP en serio, entonces, se requiere realizar un análisis muy acabado de la situación particular del imputado entrevistándose con él, ya sea por parte del fiscal para tener alguna idea de por qué esa persona está delinquiriendo y cuál condición puede ser aplicable a él, ya sea por parte del personal administrativo de la LSA que implementa la forma de cumplir esas condiciones. Asimismo, es necesario relacionarse tanto con organismos de la sociedad civil como gubernamental, procurando que dichas instituciones otorguen condiciones sustantivas en el ámbito de la capacitación y reinserción laboral, educación, drogas y alcohol, etcétera. Es por esta razón que esta Fiscalía ha celebrado acuerdos de manera previa y bilateralmente con ciertas instituciones, procurando que estos protocolos de trabajo posibiliten una ejecución y control de condiciones de calidad. Volveré sobre ello más adelante. Ahora el análisis debe derivar a qué condiciones ha solicitado la Fiscalía en estudio.

C) Condiciones que se han decretado

La SCP supone que el fiscal solicita una o más condiciones al juez de garantía, argumentando su sentido y el objetivo de ellas frente al caso particular, teniendo en consideración las posibilidades reales del imputado de cumplir efectivamente con aquéllas para que este mecanismo no sea infructífero. Es decir, debe existir un proceso anterior de trabajo que implique una entrevista socioeducativa al imputado en orden a determinar qué, dónde, cuándo y cómo implementar lo que esa persona puede hacer, entendiendo que estas condiciones también debieran adaptarse a las necesidades de las personas, ya que si estas trabajan de lunes a viernes, no sería lógico imponerles que cumplan condiciones en esos horarios. Entonces, en lo que sigue trataré de otorgar la forma en que operan estas condiciones en la Fiscalía y qué ha hecho ella para lograrlo a través de la LSA. Así, examinaré las condiciones que se han decretado teniendo en cuenta que hasta el 31 de diciembre de 2005 se habían dictado 1.980 SCP:

¹⁶ Véase Negrón Uribe, Claudia, *Estudio Empírico sobre las Salidas Alternativas al Procedimiento en la Ciudad de Antofagasta*, Seminario II presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2002, Pág. 49. Aquí se detectó que de las 372 causas suspendidas condicionalmente, 282 lo fueron en la audiencia de formalización de la investigación, representado el 75,8% del total de causas, mientras que 82 causas lo fueron en audiencia especial fijada para el efecto, representado el 22,04%.

CUADRO N° 4 ¹⁷ Individualización de las Condiciones que se Decretan en la SCP				
Condición Decretada Art. 238 CPP	N° de Veces	% de veces	% de casos ¹⁸	% de casos Antofagasta
A) Residir o No Residir en un Lugar Determinado.	26	0,59 %	1,31 %	4,56 %
B) Abstenerse de Frecuentar Determinados Lugares o Personas.	642	14,62 %	32,42 %	21,77 %
C) Someterse a un Tratamiento Médico, Psicológico o de Otra Naturaleza.	111	2,53 %	5,61 %	4,83 %
D) Tener o Ejercer un Trabajo, Oficio, Profesión o Empleo, o Asistir a Algún Programa Educacional o de Capacitación.	374	8,52 %	18,89 %	8,6 %
E) Pagar una Determinada Suma a Título de Indemnización de Perjuicios o Garantizar Debidamente Su Pago.	286	6,51 %	14,44 %	22,31 %
F) Acudir Periódicamente Ante el Ministerio Público y, en su caso, Acreditar el Cumplimiento de las Condiciones Impuestas.	1.513	34,45 %	76,41 %	76,55 %
G) Fijar Domicilio e Informar al Ministerio Público Cualquier Cambio del Mismo.	1.440	32,79 %	72,73 %	75 %
Total	4.392	100 %	-	-

La información contenida en el cuadro da cuenta del número de veces en que las distintas condiciones han sido decretadas. El análisis que efectuaré a partir de este cuadro se divide en condiciones formales y condiciones sustantivas.

1) Condiciones formales

La de mayor solicitud y aprobación es la de acudir al Ministerio Público, lo que es significativo tomando en cuenta que se han decretado 1.980 SCP, siendo utilizada en un 76,41% del total de suspensiones condicionales otorgadas, asimilándose a lo acontecido en Antofagasta. El alto porcentaje se explica por la sencillez en el cumplimiento, ya que en la práctica se traduce en la concurrencia del individuo al Ministerio Público para que firme periódicamente. Además, se trata de una condición formal que no implica una situación gravosa para el imputado; sólo se obliga a la persona a que demuestre que ha estado cumpliendo con todas las condiciones que se le impusieron, es decir, se quiere que el imputado adopte una actitud comprometida con la SCP.

El alto porcentaje se explica por la sencillez en el cumplimiento, ya que en la práctica se traduce en la concurrencia del individuo al Ministerio Público para que firme periódicamente.

El problema radicaría en que la SCP sólo tenga como condición el firmar, ya que la impunidad que significa esto influye en la percepción que tenga la opinión pública respecto de esta institución procesal. Si bien hay que estar al caso concreto y las características del sujeto, la sola firma no debiera ser la única condición que dé curso a la SCP, porque no genera una respuesta sustantiva al conflicto penal de fondo.

En segundo lugar, dentro de las condiciones más solicitadas, está la de fijar domicilio, representando un 72,73% del total de suspensiones condicionales otorgadas. Un fiscal indicó al respecto:

“La que nunca falta, te diría yo, es la de fijar un domicilio e informar de cualquier cambio al Ministerio Público durante el periodo de suspensión. Esa es la básica”.

La opinión del fiscal refleja una tendencia a automatizar la utilización de esta condición en particular. Podría considerarse que se trata de una condición adherida a la SCP, ya que no requiere de otras actividades que la mera presentación de un domicilio, informando si es que hay cambio del mismo. Me parece que la preferencia por solicitar esta condición se ha transformado en el estándar de esta institución procesal penal, ya que su cumplimiento radica en la simplicidad, por lo que claramente ésta es una condición que debiese

¹⁷ Elaboración propia a partir de los datos facilitados por la Fiscalía.

¹⁸ La Fiscalía no refrendó este dato.

ir acompañada de otra; de otra manera, se caería en cierta impunidad respecto a los delitos menores.

Ahora bien, las condiciones antes mencionadas suman en total 2.953 condiciones, que representan el 67,24% del universo de condiciones solicitadas. Como se aprecia, la utilización de condiciones que no generan respuestas sustantivas al conflicto penal son decretadas mayoritariamente. Esto no obsta a que esas condiciones puedan haber sido decretadas junto con otras, ya que la idea subyacente de la SCP es dar una respuesta más selectiva y concreta que el solo ahorro de recursos. Un fiscal expresó:

“La peor versión de la SCP (...) es que se asuma como una herramienta de racionalización de recursos, como una herramienta de desestimación de casos. Tengo muchos casos y quiero o necesito sacarme de encima casos tempranamente, entonces, uso la SCP de esa manera. Esto se materializa en concreto con condiciones que son perfectos equivalentes funcionales de pura impunidad, como cuando, por ejemplo, la condición consiste en que venga a firmar una vez al mes”.

La SCP debe tender a otorgar soluciones diversas y sustantivas a casos diversos. Si lo que se pretende es lograr que el sujeto no vuelva a delinquir, hay que trabajar en buscar una pluralidad o heterogeneidad de condiciones particulares, entendiendo que se está frente a una institución que no es semejante a los mecanismos de selección de casos (como son el archivo provisional, el principio de oportunidad y la facultad de no iniciar investigación), sino que es deseable llegar a ofrecer SCP de calidad.

En general, estas condiciones formales efectivamente están siendo solicitadas en conjunto con otras. Esta situación es ejemplificada por la asistente social de la LSA:

“Le hemos solicitado a los fiscales que cuando hayan condiciones de la letra c) o d) también fijen firma, porque eso permite acreditar algún tipo de incumplimiento, porque si sólo está la letra d) y no fue a capacitación, defensor va alegar que tuvo la intención, etc. Y lo único que da carácter fehaciente de que no vino es la firma”.

Considero que esta aseveración explica los altos porcentajes de condiciones formales. La utilización

de fijar domicilio y firmar periódicamente están siendo consideradas como la manera de acreditar un incumplimiento. Si el imputado no fue a realizar los trabajos comunitarios, no fue a firmar tampoco, hay un incumplimiento grave y se podrá solicitar la revocación de la SCP. Por otro lado, si el imputado no fue a realizar los trabajos comunitarios, pero después se presentó a firmar, esa es una oportunidad para que explique el motivo de su incumplimiento con la condición sustantiva.

En torno a la condición de abstención de frecuentar lugares o personas, se observa que es la tercera de mayor utilización, representando el 32,42% del total de suspensiones condicionales, cifra muy superior a lo detectado en Antofagasta. Esta diferencia radica en que a la Fiscalía le corresponde la cobertura territorial del centro de Santiago, lugar en que se concentra diariamente alrededor de 1.500.000 millones de personas, y donde los delitos más recurrentes son los hurtos y delitos contra la ley de propiedad intelectual. Un fiscal ejemplificó:

“(...) en todo lo que es propiedad intelectual (piratería de compact, películas) lo que hacemos es prohibirle ingresar al centro histórico de Santiago. Tenemos un mapa, se lo entregamos y le decimos (que) no puede entrar acá por un año”.

Lo que plantea el fiscal es una materialización de esta condición. Si los delitos de propiedad intelectual tienen gran ocurrencia en el centro de Santiago –específicamente por ser el lugar donde concurre la mayor cantidad de personas y por ser lucrativamente atractiva para este tipo de delitos–, la idea de sacarlos del centro representa el mensaje de que no se quiere que dicho ilícito se siga cometiendo ahí, lo cual de por sí ya es una rémora para que la persona vuelva al centro, sin perjuicio de que si vuelve a entrar se le revoca la SCP. Respecto de los hurtos, el fiscal señaló que una modalidad es prohibirle ingresar a las tiendas X de la Región Metropolitana. Así, si la persona entra a la tienda, se le revoca la SCP. Entonces, esta condición opera más que por un control efectivo, por lo que podría pasar si es que lo encuentran incumpliendo.

En conclusión, la condición comentada ha alcanzado una gran utilización para delitos de mediana gravedad. Si bien velar por su cumplimiento es sumamente complejo, su uso radica en que la

“La peor versión de la SCP (...) es que se asuma como una herramienta de racionalización de recursos, como una herramienta de desestimación de casos. Tengo muchos casos y quiero o necesito sacarme de encima casos tempranamente, entonces, uso la SCP de esa manera. Esto se materializa en concreto con condiciones que son perfectos equivalentes funcionales de pura impunidad, como cuando, por ejemplo, la condición consiste en que venga a firmar una vez al mes”.

persona comprenda que el incumplimiento es un riesgo tremendo, cual es que le revocuen la SCP y se le comience a perseguir penalmente por los dos delitos. No obstante, el otro problema es que si se prohíbe ingresar a determinados lugares los delitos se cometerán en otra parte, ya que el hábito está constituido. Por tanto, aquí se estará frente a una complejidad mayor que está fuera de los alcances de este artículo, cual es la movilidad de los delitos. En efecto, si se quiere que se dejen de cometer esos delitos en el centro, se provocará una migración hacia otros sectores.

Una última condición formal es la de residir o no residir en un lugar determinado, que ocupa el último lugar de las solicitadas alcanzado al 0,59% del total de suspensiones condicionales. Un juez de garantía expresó:

“Muchas veces ocurre que las condiciones no son susceptibles de ser cumplidas atendidas a las normales condiciones en que se desarrolla la vida tanto de la víctima como del imputado. En consecuencia, aquí se debe ser muy cuidadoso en formular la condición en términos tales que se pueda cumplir, y no es plausible pensar en que el imputado no se va a acercar si ambos viven en la misma casa, o si quieren seguir viviendo juntos, o viven al lado del otro porque son vecinos”.

Me parece que la opinión anterior expresa con nitidez lo complejo que resulta la imposición de esta condición. Si se otorga una SCP con la condición de residir en cierto lugar, se le está exigiendo al imputado una serie de hechos. Primero, tendría que estar a lo que determine el juez de garantía –fundándose o no en las consideraciones de las partes–. Segundo, habría que comenzar a buscar vivienda, sea arrendando o comprando, o alojarse en la casa de algún familiar y compartir gastos. Tercero, abandonar la comunidad o espacio social en que se desenvuelve el imputado. Con lo anterior, quiero llamar la atención de que con estos pequeños detalles –pueden existir muchos más–, la imposición de residir en cierto lugar es gravosa para el imputado, sobre todo si mantiene relaciones sociales con las personas de ese lugar. Si la condición es no residir en cierto lugar, los problemas los refleja la opinión del juez de garantía. ¿Qué pasa si son vecinos? ¿Qué pasa si

viven juntos? Considero que estos problemas han hecho que la condición en comento sea tan baja en su utilización.

Hasta ahora he expuesto las condiciones más formales. A continuación, examinaré las condiciones que implican una mayor elaboración, llegando a derivaciones a instituciones para un control y seguimiento más específico.

2) Condiciones sustantivas

Entiendo por condiciones sustantivas aquellas que representan una mayor logística de trabajo, que permiten diversificar la respuesta penal con soluciones de calidad.

La condición de someterse a un tratamiento médico sólo se ha aplicado en un 5,61% respecto del total de relaciones suspendidas condicionalmente, mientras que en Antofagasta alcanzaba a un 4,83%. Es decir, esta condición se aplica de manera superior en la Fiscalía en relación con lo acontecido en Antofagasta. Sin embargo, el número de veces en que ha sido decretada –esto es, 111– indica que esta condición no ha sido ocupada de manera relevante como las anteriores revisadas por lo difícil de su aplicación. Primero, porque se requiere de una voluntad más estricta que la sola aceptación de la SCP, ya que los tratamientos médicos o psicológicos no pueden ser en contra de una persona, por el hecho de que se inmiscuye en su privacidad. Segundo, hay que estar a la razón de la comisión del delito, es decir, si el ilícito se cometió bajo los efectos de la droga o se cometió para obtener financiamiento y comprar drogas¹⁹. Lo mismo con la adicción al alcohol. Si no existen estos dos elementos, la condición no es viable. Ese fue un problema inicial como expresa una asistente social de la LSA:

“En un principio se dieron bastantes tratamientos para consumo de drogas. El cumplimiento ha sido complejo. Primero, porque se envió a terapia a personas que no eran adictos, por lo tanto, no tenían la voluntad o interés de someterse a un tratamiento terapéutico de uno, dos o tres veces por semana. Segundo, porque la mayoría de

“En un principio se dieron bastantes tratamientos para consumo de drogas. El cumplimiento ha sido complejo. Primero, porque se envió a terapia a personas que no eran adictos, por lo tanto, no tenían la voluntad o interés de someterse a un tratamiento terapéutico de uno, dos o tres veces por semana. Segundo, porque la mayoría de los casos son adultos que trabajan y los horarios de atención –en los centros de salud mental gratuitos de los municipios– son hábiles, de oficina”.

¹⁹ Véase Hurtado E., Paula, *Consumo de Drogas en Detenidos: Aplicación de la Metodología I-ADAM en Chile*, disponible en World Wide Web: <http://www.pazciudadana.cl/drogas.php>, formato PDF (Enero 26, 2006), especialmente Pág. 46.

los casos son adultos que trabajan y los horarios de atención – en los centros de salud mental gratuitos de los municipios– son hábiles, de oficina”.

Esta opinión es significativa. Indica, en primer término, que en los primeros meses de aplicación del nuevo proceso penal las personas estaban siendo derivadas a cumplir con tratamientos de drogas o alcohol, no siendo esa la condición adecuada para el imputado debido a las razones que podía tener para cometer el delito. En segundo término, da cuenta de los horarios de atención de las instituciones que ofrecen tratamientos, lo que deviene en otro problema por la incompatibilidad que pueda tener el imputado.

Las condiciones referentes al ámbito laboral y educacional son el desafío de la SCP. En este estudio se detectó que la Fiscalía otorgó esta condición en el 18,89% del total de relaciones suspendidas condicionalmente, cifra muy superior al 8,6% de Antofagasta. Es decir, hay un aumento considerable en el uso de esta condición sustantiva.

Se desprende que en un primer momento esta condición era de difícil aplicación producto de un sinnúmero de dificultades. En palabras de un fiscal:

“Lo que faltaría sería invertir más recursos en lo que es SCP (...) nunca se pensó que había que tener un paquete estructurado, sólido de condiciones que realmente sirvan porque aquí está el ámbito disuasivo que puede tener el sistema de justicia criminal. En el tipo de condiciones, de cómo se trabajan y supervisan”.

El anterior comentario refleja dos puntos. Primero, donde está la mayor potencialidad del sistema para ofrecer respuestas diversas, existe una falta de recursos para lograrlo y llevarlo a la práctica. Si realmente se quiere otorgar condiciones que revelen una elaboración y programación sustentable en el tiempo, lo que se requiere es invertir precisamente más recursos para generar y lograr que la SCP sea vista como una elección que otorgue auténticas soluciones. Segundo, esos recursos deben ser eficientemente gastados. Ergo, es necesario consolidar una red social en miras a obtener múltiples variables de condiciones, que sean manejados por expertos en el tema y que supervisen el cumplimiento de ellas. Se requiere catastrar la red social para encontrar organismos tanto gubernamentales como civiles que impliquen un apoyo para la solución de los conflictos penales menos graves y que posibiliten la diversificación de respuestas. Sin embargo, un fiscal expuso:

Si realmente se quiere otorgar condiciones que revelen una elaboración y programación sustentable en el tiempo, lo que se requiere es invertir precisamente más recursos para generar y lograr que la SCP sea vista como una elección que otorgue auténticas soluciones.

“(...) hoy en día sólo tenemos el sistema público, básicamente constituido por las oficinas de colocación laboral de las municipalidades; debiéramos movernos a poder tener empresas que estén dispuestas a recibir personas que se quieren rehabilitar, y debiéramos, además, tener incentivos para esas empresas. Subsidios estatales para poder, por ejemplo, compartir el sueldo que se les paga a esas personas (...). Esto incentivaría a las empresas a poder contratar a estas personas a cambio, desde luego, que estén dispuestas a someterse a una serie de controles y de procesos de trabajos”.

De estas palabras es posible detectar dos problemas. Primero, el funcionamiento de la SCP está dependiendo significativamente del apoyo que las instituciones públicas puedan ofrecer, tales como los trabajos comunitarios que ofrecen las municipalidades. Sin embargo, falta una mayor intervención de la sociedad civil privada en orden a incorporarse a esta red social en el área de capacitación y trabajo, se requiere de la participación de la ciudadanía en orden a inmiscuirse en esta institución procesal que permita generar alternativas originales como respuesta al conflicto penal. Segundo, la necesidad de generar procesos y contar con protocolos de trabajo demandan un enorme esfuerzo, ya que suponen reuniones en donde se discutan distintos aspectos, tales como quién se hace responsable de que el imputado esté cumpliendo, a quiénes se pueden derivar, qué actividades pueden desarrollar en la institución. En palabras de un fiscal:

“(...) por cada institución que nos dice “Yo estoy interesado” hay miles de preguntas que responder todavía. ¿Cuántos cupos pueden recibir? ¿Cómo se determinan esos cupos? ¿Cómo se priorizan? ¿Cuál es el perfil de personas que reciben? ¿Cómo nos comunicamos? ¿Cómo nos informan ellos de si están cumpliendo o si han incumplido?”.

Como se aprecia, pueden generarse este tipo de inconvenientes cuando una institución quiere ser parte de este proceso. Por último, creo que el entorno que rodea a una persona que está bajo SCP puede ser decisivo a la hora de cumplir o no cumplir. La manera en que miran o tratan a ese individuo es muy relevante si se toma en cuenta que esas instituciones no fueron concebidas para satisfacer las necesidades del proceso penal, sino que buscan sus propios fines.

Con todo lo anterior, me parece que hay que estar a una visión moderna y amplia de la SCP, que

no sean equivalentes funcionales a impunidad, idea que refleja un fiscal:

“En la mejor versión de la SCP debiéramos avanzar hacia un abanico amplio, heterogéneo, flexible y muy rigurosamente controlado en términos de su cumplimiento; un abanico de respuestas diversas. Este abanico tiene que provenir de una manera muy importante del Estado, sea directamente a través del sistema público, sea indirectamente a través de incentivos o a través de convenios”.

Esta impresión refleja el concepto correcto que debe dársele a esta institución procesal penal. En ese sentido, la Fiscalía, a través de la LSA, ha generado una interesante labor entendiendo a la SCP como la forma de generar respuestas que no signifiquen impunidad de delitos de escasa o mediana gravedad. El trabajo realizado tiende a obtener una gama de opciones que ofrecen una variedad de soluciones al conflicto penal en concreto, buscar la diversificación de respuestas que representen soluciones útiles y de calidad, que se vean reflejadas en las áreas de drogas y alcohol, educación, capacitación y trabajo²⁰. Por lo tanto, la Fiscalía ha incorporado una buena práctica para otorgar condiciones que tengan sentido útil y sean una opción política criminal eficaz frente a imputados de bajo compromiso criminógeno y con alta probabilidad de rehabilitación, incidiendo en los índices de criminalidad a pesar de que su función no es la prevención propiamente tal.

Con lo anterior, el tema del cumplimiento se torna importante. Si se están ideando maneras para otorgar condiciones de calidad, si se está catastrando la red social, si se coloca profesionales ex-

pertos encargados de asesorar al fiscal en las decisiones, si se llevan a cabo protocolos de trabajo con instituciones con el objetivo de derivar, la exigencia en cuanto al cumplimiento debe ser elevado. En este sentido, la LSA realiza un control y seguimiento de las condiciones decretadas para el imputado. De esta manera, en lo que concierne a las condiciones referidas a trabajos comunitarios, capacitación o tratamientos médicos o de otra naturaleza que se llevan a cabo en alguna institución externa, la labor de la LSA es contactarse periódicamente con la institución respectiva, con el fin de recabar información sobre el cumplimiento de las condiciones.

D) Plazo

La SCP tiene una duración mínima de un año y máxima de tres. Los datos otorgados por la Fiscalía indican que hubo un total de 1.741 frecuencias, de las cuales 1.670 tuvieron como plazo un año; en cambio, plazos de 2 y 3 años son escasos, alcanzando a 21 y 4 frecuencias, respectivamente.

...
la Fiscalía ha incorporado una buena práctica para otorgar condiciones que tengan sentido útil y sean una opción política criminal eficaz frente a imputados de bajo compromiso criminógeno y con alta probabilidad de rehabilitación, incidiendo en los índices de criminalidad a pesar de que su función no es la prevención propiamente tal.

Ahora, se comprobó la existencia de plazos menores a un año, por lo cual se estaría fuera del marco legal. Sin embargo, la explicación radica en que en una relación pueden existir X cantidad de condiciones. Por ejemplo, puede que una condición sea capacitación que dura 6 meses y que otra condición sea firmar por un año. De esta manera, se logra que la relación de la SCP cumpla con el plazo mínimo que exige la legislación procesal penal, esto es, un año. He aquí otra razón de porqué las condiciones formales son mayormente solicitadas que condiciones sustantivas, ya que si una capacitación dura 6 meses, no tendría sentido que la persona siguiera firmando hasta tres años, por ejemplo.

Por otro lado, se aprecia que el total es de 1.741 frecuencias y no de relaciones, ya que si así fuera esto último, el total que ser de 1.980. La explicación que se otorgó fue que lo que se mide son las frecuencias de plazo. Por ejemplo, imagine una relación en que se decretan dos condiciones, ambas de un año. El dato final indicaría que la secuencia en que se ha dictado condiciones de un año es uno, y no dos.

E) Revocaciones

Si el imputado es formalizado nuevamente por hechos distintos o incumple sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones, se revoca la SCP. De las 1.980 relaciones suspendidas condicional-

²⁰ En un principio, los trabajos comunitarios fueron de escasa aplicación por la falta de coordinación entre las instituciones y la Fiscalía. Sin embargo, este problema se ha ido superando. La asistente social de la Línea señaló: “Se fue generando toda una red de derivaciones para los temas de trabajos comunitarios. Se solicitó a todos los municipios de la jurisdicción de la Centro Norte que nombraran un encargado al cual se pudiera derivar los casos. (...) Ahora, cuando llega una persona por trabajo comunitario se habla con la persona, se ve el perfil, y se deriva a la comuna que corresponda, ya sea por domicilio de la persona o por donde cometió el delito”. Así, se efectuaron acuerdos con las municipalidades que son parte de la cobertura territorial de la Fiscalía. Sin embargo, y en palabras de la asistente social: “Con el tiempo se comenzó a descubrir que con los municipios (con los cuales había) convenios no era suficiente (...) se empezaron a hacer convenios operativos con las otras comunas”. De esta manera, se comenzó a trabajar con aquellas comunas que no forman parte del territorio de la Fiscalía.

mente, sólo en 26 ha procedido la revocación²¹, correspondiente al 1,31%. Es el hurto simple y los delitos contra la ley de propiedad intelectual los que tienen mayores revocaciones, llegando a ocho cada uno. Con todo, los datos entregados no indican la causal por la cual se revocaron estas SCP, ya que no hubo acceso a dicha información. Por último, llama la atención de que se haya revocado pocas relaciones suspendidas condicionalmente. Me parece que ello se debe a la experiencia de la asistente social de la LSA:

“Al principio, estábamos informado incumplimiento de firma a los dos meses –dos incumplimientos si era mensual–, pero pasó que algunos fiscales fueron a audiencia a solicitar revocación y no se las dio el juez de garantía. Por lo tanto, estamos informando al tercer mes, a menos que haya formalización nueva del imputado”.

Por otra parte, el trabajo administrativo llevado a cabo por la Fiscalía da a conocer distintas formas para abordar el tema de los incumplimientos. En efecto, si se está frente a incumplimientos específicos, la labor es llamar al imputado, contactar al defensor, averiguar qué es lo que está pasando que el imputado no está cumpliendo. Con ello, se genera una carta que firma el fiscal, se despacha a través de la oficina de partes y se guarda una copia en la carpeta. Ahora, si se está frente a incumplimientos reiterados, se genera un reporte que se envía al fiscal, y éste decide si se sigue con la SCP o se solicita la revocación.

En conclusión, la poca cantidad de SCP revocadas indican que la buena práctica instaurada por la Fiscalía otorga excelentes resultados.

IV. Conclusión

El funcionamiento de la SCP ha ido evolucionando. En un primer momento –y eso lo demuestra las cifras de Antofagasta– no existía información organizada que denotara un conocimiento acabado de la utilización de esta herramienta jurídica en regiones. No existía personal experto que entrevistara al imputado y asesorara al fiscal, no había una red social constituida que pudiese otorgar diversificación de respuestas frente al conflicto penal, no se podía

.....
²¹ El total se desglosa de la siguiente manera: Hurto simple (8), delitos contra ley de propiedad intelectual (8), robo por sorpresa (4), porte de arma cortante o punzante (2), robo en bienes nacionales de uso público (2), robo con intimidación (1), tenencia ilegal de arma de fuego, municiones y otros (1).

aplicar procesos de trabajo de regiones en Santiago porque no se habían desarrollado, no había control organizado.

Ante esto, la Fiscalía creó la LSA como un apoyo administrativo fundamental para instaurar la SCP como una herramienta eficiente de política criminal, apoyando la gestión de los fiscales en la materialización, registro y control de la SCP, tanto a nivel de condiciones impuestas como de plazo.

Es esta política y organización administrativa lo que considero una buena práctica, que se deduce de un proceso profesional de trabajo definido y coordinado con redes sociales con el fin de derivar al imputado a instituciones y controlar el cumplimiento, pretendiendo involucrar a la sociedad civil como una herramienta más con miras a obtener condiciones de calidad frente a una gama de delitos.

Esta buena práctica sin duda es aplicable en otros países de la región, y para implementar esta práctica es necesario:

- 1) Considerar en el ordenamiento jurídico interno la SCP como una herramienta que otorga diversificación en la respuesta penal, regulando los requisitos de procedencia, oportunidad para solicitarla, plazo de duración, catálogo de condiciones no taxativo, control de cumplimiento y revocación en caso de incumplimiento.
- 2) Poseer al interior de la Fiscalía un proceso de trabajo definido que contemple los siguientes puntos:
 - Personal experto y administrativo dedicado a entrevistar al imputado para analizar su situación particular y otorgarle una SCP adecuada, teniendo en especial consideración las razones por las cuales cometió el delito. Para el fiscal esto significa un apoyo significativo del punto de vista administrativo, ya que por su carga de trabajo no siempre podría estar velando por encontrar condiciones sustantivas o controlar el cumplimiento.
 - Este mismo equipo debe especialmente catastrar la red social en busca de instituciones públicas y privadas interesadas en montar condiciones sustantivas, sea en el ámbito de capacitación y reinserción laboral, salud mental, re-escolarización, tratamientos de rehabilitación en drogas y alcohol, trabajos comunitarios.
 - Establecer protocolos de trabajo con dichas instituciones de manera previa y bilateralmente con miras a crear un sistema de derivaciones. Estos protocolos suponen reuniones tanto con orga-

nismos de la sociedad civil como gubernamental. Se sugieren las siguientes preguntas: ¿Es una institución que requiere evaluación o no? ¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad? ¿Quién realiza la evaluación? ¿Qué tipo de imputados se pueden derivar? ¿Cuál es el perfil de imputados que reciben? ¿Requieren tiempo completo o no? ¿Cuántos cupos poseen? ¿Cómo se determinan y priorizan? ¿Quién y cómo va a controlar el cumplimiento de las condiciones? ¿Cómo nos informa el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones?

- Hay que informar periódicamente a los fiscales el estado de cumplimiento de la SCP. Si se genera un incumplimiento específico de condiciones, hay contactar al imputado o defensor y averiguar porqué el imputado no está cumpliendo. El trabajo administrativo debe generar una carta que firme el fiscal a cargo, despachando a oficina de partes y guardando una copia en la carpeta. Si hay incumplimientos reiterados, hay que generar un reporte para que el fiscal evalúe si la SCP continúa o se solicita su revocación.
- Hay que hacer un seguimiento y control en la ejecución de las condiciones, por lo cual se debe estar en contacto periódico con la institución respectiva, solicitando información sobre el cumplimiento de las condiciones.
- En caso de cumplimiento efectivo de las condiciones, se debe dictar el sobreseimiento definitivo de la causa. Así, el imputado no quedará con antecedentes penales.

Con estos elementos, la buena práctica deriva en que el personal especializado realiza procesos de trabajos administrativos con miras a otorgar un SCP heterogénea, flexible y de calidad, ya sea por organizar y coordinar a organismos gubernamentales y civiles que se interesen en ofrecer respuestas al conflicto penal como por resocializar al imputado. Así, la SCP no será considerada sólo como una herramienta de ahorro de recursos o de desestimación de casos, sino que será una institución procesal penal que permita otorgar soluciones políticamente deseable, en orden a considerarla como una forma de rehabilitar al sujeto a través de capacitación, trabajos comunitarios, etcétera, que podría afectar en los índices de criminalidad.

Reflexiones sobre la justicia

Luis Bates Hidalgo

Abogado, Ex Ministro de Justicia de Chile
batesluis@gmail.com



In this article, the author considers the object of judicial work, the singularity of the cases that judges hear and the variables that influence the quality of the service that the community expects to receive. He emphasizes problems related to the lengthiness of processes and proposes solutions that go beyond the vision of litigation as the main form of conflict resolution.

I. INTRODUCCIÓN NECESIDAD DE UNA VISIÓN GLOBAL

Las reflexiones que siguen sobre la justicia con las limitaciones propias de un artículo de esta naturaleza, son el resultado de actividades públicas y privadas realizadas en los ámbitos académicos, del ejercicio privado de la profesión, en el servicio público, de la judicatura y en el ámbito internacional¹. El desempeño del cargo de ministro de Justicia, permite además conocer en profundidad el proceso legislativo y, finalmente, el privilegio de adquirir una visión global, teórica y práctica, de todos los componentes o variables que integran el sistema de justicia del país y sus relaciones. Destaco lo anterior porque una primera condición para trabajar por la justicia es haber sido testigo de sus problemas.

En las reflexiones que siguen nos referimos al estado actual de la justicia que administran los jueces, es decir, la justicia estatal, porque la expresión justicia tiene entre otras acepciones una dimensión valórica –valor supremo según algunos–, comprensiva de todos los actos de la vida cotidiana de las personas. Por ejemplo, en las relaciones de familia, en el trabajo, en la educación y en general en las vinculaciones del individuo con otros seres humanos y con la comunidad. La definición justiniana “voluntad constante y perpetua de brindarle a cada individuo lo que merece”, parece cubrir los diversos aspectos de la expresión justicia. Las reflexiones que

siguen se focalizan en tres temas que nos parecen importantes: el objeto o la materia del trabajo judicial; la singularidad de los casos que conocen los jueces y las variables que influyen la calidad del servicio que la ciudadanía espera de ellos.

II. EL OBJETO O LA MATERIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

La misión que se asigna al Poder Judicial es la de administrar justicia, o como expresa la Constitución Política del Estado, “conocer de las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado”. Esta función se cumple mediante la búsqueda de la verdad judicial y la declaración del derecho, en el contexto de un debido proceso.

Se trata entonces de resolver conflictos de relevancia legal mediante la declaración de los derechos que le asisten a las partes en decisiones jurisdiccionales definitivas. Es precisamente este carácter de “cosa juzgada” de aquellas decisiones lo que diferencia el quehacer judicial del proceso legislativo porque las leyes pueden modificarse y de hecho suelen modificarse más de lo conveniente. Sin embargo, al ponerse el acento en la resolución de conflictos vía jurisdiccional, suele olvidarse que lo que interesa realmente a las personas no son solamente decisiones jurisdiccionales basadas en la verdad judicial, el derecho y la justicia, sino que les resuelvan efectivamente sus problemas en lapsos razonables.

En el análisis del funcionamiento de la justicia nos parece útil recordar que la materia con la

¹ Ver curriculum última página.

que trabajan los jueces es precisamente el **conflicto humano**, individual o colectivo, con intereses contrapuestos de variada naturaleza, —económicos, políticos, sociales, incluso espirituales— y sus ingredientes pasionales, de engaños, odios, violencia, miedos y otros².

Por ello, las decisiones judiciales no son siempre bien comprendidas por aquellos a quienes no se les declara el derecho y la justicia que reclaman. “Nada me parece justo en siendo contra mi gusto”, se lee en una de las obras de Calderón de la Barca. En efecto, para las partes, y también para muchos abogados, la justicia sólo existe cuando las resoluciones judiciales les favorecen y, en caso contrario, suelen atribuir sus resultados adversos a factores ajenos al mérito de las causas poniendo en duda la facultad soberana de los jueces de aplicar con independencia el derecho a los casos particulares de que conocen. A diferencia de otras profesiones, los jueces trabajan entonces con un material **particularmente sensible y delicado** —el **conflicto humano y su entorno**— el que se erige en una importante barrera que dificulta la correcta comprensión ciudadana de sus funciones.

III. LA SINGULARIDAD DE LOS CASOS

Los casos de que conocen los tribunales son diferentes unos de otros, empezando por la individualidad de las personas involucradas. No hay dos experiencias iguales, cada una es como una huella dactilar de la vida. A diferencia de la política que trata con temas generales, la justicia trata con casos particulares, las conductas de personas únicas e irrepetibles. La función de los jueces es adaptar las generalizaciones de la ley a la complejidad cambiante de las circunstancias y a la singularidad de las situaciones específicas. Las abstracciones de las leyes las adecúan entonces con la independencia de que están investidos³, a las exigencias diversamente flexibles y complejas de la realidad. **Dentro de este contexto, resulta difícil que la opinión pública se imponga de todos los hechos y alcances legales que integran un caso y debido a sus limitaciones de espacio, los medios de comunicación social forman sólo fracciones de aquel. Es éste un factor**

La función de los jueces es adaptar las generalizaciones de la ley a la complejidad cambiante de las circunstancias y a la singularidad de las situaciones específicas.

adicional que atenta contra la debida comprensión ciudadana del quehacer judicial.

IV. VARIABLES QUE INFLUYEN LA CALIDAD Y LA PERCEPCIÓN PÚBLICA DEL SERVICIO JUDICIAL

Un economista francés —Frederic Bastian—, expresaba que todas las cosas en la vida tienen la forma de un polígono al que generalmente vemos un solo lado, por lo que resulta difícil consensuar opiniones.

Lo importante, decía, es ver el polígono, es decir, desarrollar esa cualidad preciosa que se llama vista de conjunto y que permite apreciar un problema en todos sus diversos aspectos o componentes. Un análisis serio y justo, requiere entonces ser hecho, como se expresa en la introducción de este artículo, con una visión global sobre el estado actual de la justicia en nuestro país e identificar los factores que la condicionan lo que permite, a su vez, una mejor asignación de las responsabilidades. Hoy, éstas últimas se focalizan con fuerza en la cara más visible del sistema de justicia: la de los jueces, en circunstancias que su trabajo depende de una multiplicidad de variables que éstos controlan solo parcialmente. Algunas de esas variables son las **leyes sustantivas** y de procedimiento que elaboran los poderes colegisladores; **los recursos públicos y humanos** que se asignan al sector justicia; el funcionamiento y las subculturas de las **instituciones u órganos** que integran el sistema judicial del país y que no siempre apuntan en una misma dirección⁴ la **profesión legal** y la **cultura cívica y legal de la ciudadanía poco informada o mal informada por un periodismo** que además de sus limitaciones de espacio carece de la suficiente preparación para cumplir su importante función de formar opinión en materias elementales de derecho y de justicia. De modo tal que las noticias del sector, particularmente las de carácter penal, se difunden **sin la necesaria información cívica y legal que facilite una mejor comprensión de las mismas y eleve los niveles cívicos de las personas**⁵. Un subproducto del proceder señalado es la generación de una especie de justicia paralela con sanciones sociales que no siempre coinciden con las decisiones que imparten los jueces. Siendo la justicia de aquellos temas de ex-

² Ver: “Conflictología” del profesor Eduard Vinyamata. Editorial Ariel y “El conflicto” de Krishnamurti.

³ Nos referimos a las cuatro formas de independencia conocidas: externa, es decir, frente a los otros poderes del Estado; la independencia frente a las partes o imparcialidad; independencia interna del juez frente a sus superiores jerárquicos e independencia interior, la de su conciencia o fuero íntimo.

⁴ El sistema de justicia penal, por ejemplo, se integra con el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los jueces y los órganos auxiliares de la Administración de Justicia.

⁵ Sobre la relación justicia y medios de comunicación ver: “Derecho y Periodistas. Como se informa y como se juzga”. Poder Ciudadano, República Argentina.

peritos pero también de opinión y lugares comunes, deseable sería que el legítimo control ciudadano del trabajo judicial, las críticas y comentarios, se ejercieran de la manera más informada posible. La justicia es algo demasiado serio para trivializarla o transformarla en espectáculo o en una forma de entretenimiento. Voltaire afirmaba que las personas desprecian lo que no entienden. El Poder Judicial es en nuestro país el más débil y desconocido de los poderes del Estado y sus integrantes, por razones de tradición, convicción, carencia de destrezas, temor a enfrentar los riesgos propios de la exposición pública o respeto a las jerarquías, no hacen la parte que les corresponde en explicar a la ciudadanía en términos comprensibles la naturaleza de su trabajo, sus logros y dificultades. Es un poder esencialmente reactivo. Esta realidad integra el problema más amplio de la **insuficiente divulgación de los temas de derecho y de justicia en lenguaje comprensible sobre los asuntos que afectan la vida cotidiana de las personas**, sus derechos y particularmente los derechos esenciales de los sectores más vulnerables de la población. Es creciente la distancia que hoy existe entre los actores del sistema legal y judicial y los sectores más débiles de la población y los esfuerzos para disminuirla no son significativos⁶. Ello tiene que ver, finalmente, con la profundización de la democracia y en especial la democracia del “diario vivir”.

De lo dicho, se desprende que parece más justo y preciso, entonces, referirse al “sistema de justicia” del país, con visión integral de todos sus componentes. De este sistema, los jueces y tribunales son sólo una parte muy importante debido al poder cuasi monopolístico de que disponen para resolver conflictos en un estado de derecho democrático; al ejemplo que irradian a la sociedad según como cumplan sus funciones y a lo que pueden hacer “desde dentro” para mejorar y sobre todo humanizar el gobierno y la gestión judicial con más autocritica y transparencia y menos defensas corporativas porque los jueces demasiado asimilados al sistema son relativamente incapaces de enfrentarse a él.

A. LAS LEYES

Existe en nuestro país una clara e histórica tendencia a sobredimensionar la importancia de las

leyes en la solución de los problemas de la más variada índole lo que es coherente con el carácter “legalista” de nuestra sociedad destacado por nuestros historiadores. Es una especie de “huida” de los problemas sociales, políticos o económicos a las leyes, con olvido que éstas son –más allá de su definición legal–, promesas que el cuerpo social se hace a sí mismo, expresadas en palabras no siempre claras para el ciudadano común y que presumen acciones fáciles. Pronunciadas las palabras, es decir, elaboradas las leyes, suele creerse que todo está ya hecho, en circunstancias que con ellas recién se inician los complejos procesos del conocimiento ciudadano, implementación, interpretación, aplicación y seguimiento o evaluación de las mismas⁷ con barreras que inciden en su eficacia y eficiencia: barreras políticas, burocráticas, de información, culturales, etc. En jerga militar, las leyes son como la aviación que observa los acontecimientos desde las alturas y su aplicación como la infantería que recorre las sinuosidades y dificultades del terreno. Porque el derecho es lenguaje pero también vida, situaciones existenciales, historias personales irreductibles, intransmitibles, únicas. La necesidad de personalizar las relaciones humanas en el proceso de aplicación de las leyes tiene un acertado apartado en la obra de Herrendorf⁸. De este y otros trabajos se deduce la necesidad de humanizar la justicia y aceptar las limitaciones de las leyes –de entre las variadas formas de control social– en la solución de los problemas sociales. Dice Herrendorf:

...se deduce la necesidad de humanizar la justicia y aceptar las limitaciones de las leyes –de entre las variadas formas de control social– en la solución de los problemas sociales.

“Mientras la humanidad no prefiera seguir deshumanizándose como lo ha hecho hasta hoy tan eficazmente – con el auxilio, por cierto, del derecho – habrá que aprender a comprender el universo de “cada cual”, pues la justicia no es para todos sino para cada uno. Y en este “cada uno” está contenido todo el humanismo occidental, que es platónico, es judío, es cristiano y es existencialista.

El mundo se deshumaniza; las universidades aborregan alumnos numerados y expiden diplomas; las administraciones maltratan a los ciudadanos en laberintos de hueca quietud, donde cada cual es algo menos que un expediente; los medios de información y distribución de chatarra intelectual emboban la

6 Las universidades, los órganos públicos, los colegios profesionales, los medios de comunicación social, y los parlamentarios deberían desempeñar un papel gravitante en la difusión del derecho y de la justicia en lenguaje corriente.

7 La institución del “Law Commission” de Inglaterra es un órgano de seguimiento y evaluación de las leyes una vez aprobadas por el Parlamento.

8 “El Poder de los jueces. Como piensan los jueces que piensan”, Abeledo Perrot, p. 102.

mente y masifican los espíritus, en un foho destilar de avalanchas de “grandes novedades” inventadas que aturden y enneguecen.

La venta de ilusiones y el alquiler de paraísos es una forma más de la vida en bloque; el mundo masificado y en vías de expansión tiene ejemplos terroríficos, como China y Japón, graneros de gente anónima. Si lo único que puede salvarnos es un nuevo renacimiento, que además nos libere del terrorismo intelectual y la estética de la mugre, tal vez los primeros pasos de esa resurrección esperanzada sea un intento por repersonalizar otra vez las relaciones sociales.

Y la justicia tiene que ser una relación de cada hombre con su destino.”

La insuficiente consideración por la relación que existe entre poder y autoridad de las leyes, es decir, entre los contenidos de éstas y el conocimiento y aceptación ciudadana, las deficiencias manifiestas con que suelen elaborarse algunas leyes y la falta de consideración sistemática por los aspectos que gravitan en la aplicación de las mismas, son factores que terminan deslegitimando el sistema legal y judicial del país y, finalmente, el sistema democrático de gobierno. En el ámbito de la “inflación penal” es decir, de la proliferación de las leyes penales y su relación con el fenómeno de la delincuencia, se advierten, por ejemplo y con claridad, las limitaciones de las leyes y del quehacer judicial para abordar un problema que tiene múltiples componentes: sociales, económicos, políticos, de salud y otros además de la variable jurídica. No es lo mismo aprobar leyes que difundirlas correctamente, **implementarlas, interpretarlas y aplicarlas** a conductas humanas, a hechos que requieren ser probados y evaluados en un proceso legalmente tramitado. Porque no hay que olvidar que los jueces juzgan conductas humanas, deben tratar con ellas y decidir sobre lo valioso o disvalioso de las mismas. Por su parte, los abogados juegan en este aspecto un papel gravitante, a veces negativo, tema insuficientemente analizado en la literatura especializada. El abismo que separa el ámbito del derecho del de la justicia aplicada ha llevado a algunos (Lyon) a distinguir entre la justicia de la ley y la justicia de su aplicación, entre los códigos míticos y los códigos prácticos (Moreno Ocampo) o entre la partitura (las leyes) y la música (aplicación de la partitura). Hombres ilustres de la humanidad como Einstein, Jefferson y otros, han expresado que nada es más destructivo para el respeto de los gobiernos

y del derecho que aprobar leyes que se aplican mal o no se cumplen. Napoleón Bonaparte afirmaba al respecto que “todo está en la ejecución.”

B. LOS PROCEDIMIENTOS

Las causas civiles y criminales las conocen y resuelven los jueces en el marco de los procedimientos diseñados por los legisladores. Suelen calificarse de oscuros y engorrosos; “tumbas del derecho de fondo”; ininteligibles para el hombre común; vehículos que facilitan la “justicia del trámite” en desmedro de la sustancia o de los resultados; “dulce” de procesalistas y de abogados expertos en atajos para dilatar los casos. Lo cierto es que la crónica lentitud de la justicia y por lo tanto su denegación, depende en medida importante de los procedimientos vigentes, concebidos para épocas sustancialmente diferentes de la actual. A su turno, los procedimientos han condicionado en el pasado la parsimonia generalizada con que se han desempeñado y aun se desempeñan algunos jueces, abogados y funcionarios judiciales, causa mediata de las corruptelas judiciales⁹. La irracionalidad de la lentitud judicial oprime a los usuarios de la justicia, violenta derechos humanos,

La irracionalidad de la lentitud judicial oprime a los usuarios de la justicia, violenta derechos humanos, por un lado, y la justicia se niega a sí misma, declarando su ineficiencia, su inutilidad sustancial, por otro.

por un lado, y la justicia se niega a sí misma, declarando su ineficiencia, su inutilidad sustancial, por otro. En nuestra opinión, en materias de procedimientos se necesitan más cambios sustanciales, flexibles y creativos, que sean capaces de equilibrar las exigencias de realización de la justicia en el contexto del debido proceso con los ritmos de los tiempos modernos. Se necesita aproximarnos en este sentido a la experiencia de la Corte Europea de Derechos del Humanos que ha condenado a varios países y ha construido una valiosa jurisprudencia internacional, por incumplimiento de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales sobre “**juzgamiento en plazo razonable**” individualizando en sus fallos las causas que generan las tardanzas y las respectivas responsabilidades. Es patente y dañino al país, por ejemplo, el divorcio hoy existente entre la necesidad de solucionar los conflictos económicos con rapidez y los procedimientos legales existentes para resolverlos. Lo anterior, se ha traducido en el creciente desarrollo y fomento del arbitraje en general –nacional internacional–, y del arbitraje comercial, como formas más

tuido una valiosa jurisprudencia internacional, por incumplimiento de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales sobre “**juzgamiento en plazo razonable**” individualizando en sus fallos las causas que generan las tardanzas y las respectivas responsabilidades. Es patente y dañino al país, por ejemplo, el divorcio hoy existente entre la necesidad de solucionar los conflictos económicos con rapidez y los procedimientos legales existentes para resolverlos. Lo anterior, se ha traducido en el creciente desarrollo y fomento del arbitraje en general –nacional internacional–, y del arbitraje comercial, como formas más

⁹ La oralidad y la publicidad de la reforma procesal penal hecha en Chile ha humanizado el proceso y ha hecho desaparecer o ha disminuido sustancialmente las corruptelas judiciales del sistema antiguo.

pragmáticas de resolver los conflictos de esa índole. La reforma procesal penal realizada en Chile y sus réplicas en otros ámbitos del derecho y de la justicia, tiene en el cambio del procedimiento una importante razón de sus satisfactorios resultados entre los que destaca de modo incontrovertido la mayor celeridad en que hoy se resuelven los conflictos penales.

C. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS

En la asignación de recursos, la sociedad chilena ha sido históricamente poco generosa con el Poder Judicial en contraste con la importancia, naturaleza y cantidad de los conflictos que la sociedad traslada hoy a sus decisiones generando un verdadero shock demográfico ante los tribunales. De aquí la importancia de las decisiones políticas de los últimos gobiernos que se han traducido en recursos inéditos en la historia de Chile para el sector justicia, alcanzando una cifra superior al 2% del presupuesto de la Nación. A simple vista puede apreciarse por ejemplo, como ha cambiado en la última década la infraestructura de la justicia en todo el país.

La creación de la Academia Judicial para la capacitación y captación de los mejores jueces y funcionarios¹⁰; el desarrollo que ha experimentado últimamente la Corporación Administrativa del Poder Judicial; la incorporación de instituciones nuevas al sistema de justicia penal; el reforzamiento de las existentes y los cambios de procedimientos, han creado las condiciones necesarias que de continuarse con perseverancia permiten avizorar con optimismo la justicia del presente milenio.

D. LA CULTURA LEGAL DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA: EL COMPONENTE DE LA PROFESIÓN LEGAL

El derecho y la justicia “es lo que los abogados hacen”, expresa un autor¹¹. Las deficiencias o insuficiencias profesionales y éticas de los abogados y de los demás operadores del sistema impactan negativamente el trabajo judicial y viceversa, pues las falencias y debilidades de los jueces afectan de igual modo el trabajo de aquellos a modo de vasos

comunicantes. Lo que los abogados hacen depende en gran medida de hábitos fuertemente arraigados y de las características de la educación legal particularmente sus metodologías. Estas últimas continúan priorizando el manejo abstracto de doctrinas y de códigos en clases conferencias que colonizan la gimnasia mental del estudiante por sobre métodos más atractivos y motivadores. Un acento en las personas y sus conductas en la enseñanza del derecho humanizaría el proceso de aplicación de las leyes¹². Por otra parte, una definición clara y temprana del tipo de clientes y causas que el abogado desea representar en la vida profesional puede contribuir a mejores servicios profesionales y mayores satisfacciones personales. Los operadores del derecho, particularmente el abogado litigante y su disposición a la “guerra” en que se han transformado los litigios, se han movido históricamente dentro de hábitos profesionales y debilidades de un sistema judicial que en muchos aspectos los beneficia y, por lo tanto, conciente o inconcientemente lo sostienen.

La cantidad de asuntos que el creciente número de nuevos abogados (...) conduce a los tribunales, contribuye a la asfixia del sistema e influye la calidad y oportunidad de las respuestas jurisdiccionales.

E. EL LITIGIO COMO FORMA PREPONDERANTE DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Abogados y jueces provienen de un tronco común que después se diversifica entre las variadas opciones profesionales que ofrece la abogacía: una de ellas, la de mayor conocimiento público¹³ es el litigio ante los tribunales.

La cantidad de asuntos que el creciente número de nuevos abogados (hoy alrededor de 1.700 al año) conduce a los tribunales, contribuye a la asfixia del sistema e influye la calidad y oportunidad de las respuestas jurisdiccionales. El litigio, con su sistema adversarial de ganadores y perdedores, —en el que el abogado es el principal protagonista—, predomina de modo incontrastable como método de solución de los más variados conflictos. Suele advertirse la promoción de malos litigios, frívolos y hasta fraudulentos. Un antiguo refrán expresa que los litigios son árboles frutales plantados en el jardín de la casa

10 Las mejores intenciones legislativas y esfuerzos reformadores se estrellan contra los hábitos y costumbres de los jueces y funcionarios que si no cambian terminan acomodando las nuevas leyes a sus exigencias psicológicas. Los problemas de la justicia son siempre problemas de hombres más que de leyes (Vanderbilt).

11 Jacobo Feldman, “Del hacer al ser del abogado”. Ediciones Delpalma, Buenos Aires, 1972.

12 La educación legal clínica es la mejor metodología de enseñanza del derecho en la dirección de poner a las personas en el centro de la misma. Ver: Luis Bates, “La enseñanza de la práctica profesional en ambiente académico”, Revista Chilena de Derecho U.C., Marzo-Agosto 1982.

13 Ver “La abogacía y sus opciones profesionales”, Colección Manuales Jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

de un abogado... Los abogados son un pilar del funcionamiento del sistema de justicia. Son los primeros jueces que conocen de los conflictos, sin embargo no desincentivan el litigio como forma de solución de los mismos a pesar de ser reconocidamente costoso, penoso, destructivo e ineficiente y a pesar que las decisiones judiciales no alteran las causas de los mismos. Algunos autores afirman que ¡hay que despertar a la justicia existente! pues hemos llegado a ser ciegos de cómo se perjudica la calidad de vida de las personas cuando se llevan los conflictos humanos a los tribunales. Uno de los grandes desafíos para el presente milenio es, entonces, trabajar en opciones para hacer una sociedad menos litigiosa; en que se resuelvan las controversias, en la medida de lo posible y según su naturaleza sin necesidad de ir a los tribunales; retornar a éstos al equilibrio de lo absolutamente necesario atendida su importancia y legitimidad social como forma de solución de controversias; aproximarnos a un sistema en el que la función del profesional del derecho sea, como sugería el abogado Gandhi¹⁴, unir a las partes más que imponer mediante la fuerza del derecho decisiones judiciales con “vencedores” y “perdedores”. Krishnamurti, afirmaba, por su parte, que “cualquier profesión que contribuya a generar o mantener divisiones y conflictos entre los seres humanos es, evidentemente, un medio de vida incorrecto.”¹⁵

Promisorios métodos alternativos y menos tradicionales que el automático recurso al litigio como forma de solución de cierta tipología de conflictos, son la **negociación**, la **conciliación**, la **mediación** y el **arbitraje** o una combinación de los mismos. Ellos exigen, sin embargo, preparación del profesional del derecho diferente de la actual y cambios culturales que son siempre de lento desarrollo. Es decir, no solo cambios en la orientación de las instituciones que forman abogados y en las personas que operan más directamente el sistema legal y judicial sino, además, cambios en la percepción ciudadana sobre el rol de los abogados en la sociedad.

En la medida que se perpetúe la percepción de la abogacía como instrumento de litigio en el que “yo gano y tu pierdes” en vez de soluciones pacíficas en las que “yo gano y tu ganas”, seguirán la educación y la profesión legal contribuyendo al desarrollo de los conocimientos y las destrezas propias del litigio y

seguirán los abogados sobrecargando el ya asfixiado sistema judicial y con ello obstaculizando la actuación de los jueces.

La
irracionalidad de la lentitud judicial oprime a los usuarios de la justicia, violenta derechos humanos, por un lado, y la justicia se niega a sí misma, declarando su ineficiencia, su inutilidad sustancial, por otro.

“Es de sabios dirigir las inquietudes a problemas y no personas, a soluciones y no excusas”, expresa un antiguo refrán. ¿Cómo pueden hoy los abogados colaborar con los problemas de la justicia en su función legal de defender ante los tribunales los derechos de las partes litigantes? En nuestra opinión, **primero**, incorporando a su quehacer un sentido de totalidad, una conciencia más clara de lo que hacen y de la estructura en que se mueven. Con mayor sensibilización al bien común o impac-

to social y económico del litigio, a los beneficios y ventajas de las soluciones alternativas y amistosas de conflictos y al negativo impacto que la incompetencia profesional y las infracciones éticas tienen en la calidad del servicio judicial y finalmente en la sociedad. En este sentido, los abogados y sus gremios tienen escasa autocrítica. **Segundo**, con distancia de los componentes emocionales del conflicto humano y más consideración por la verdad total o parcial de la contraparte. Es complejo para el abogado compatibilizar los intereses de su cliente con la verdad y la justicia. Porque como su “representante”, el abogado es el técnico profesional que suele identificarse con los valores e intereses de su cliente, poniendo su “mercadería” —el derecho—, a su servicio, desdoblándose con frecuencia como ser humano. Su acción combatiente se despliega a través de los verbos que usa habitualmente: demandar, probar, alegar, contestar, ejecutar, recusar, querellar, transar, embargar etc. en el contexto de una sociedad de agudas desigualdades sociales y un mundo de negocios y multiplicidad de lazos patrimoniales en el que la moral convencional carece de peso propio. Utilizada esta última —la moral—, en otras esferas de su vida, el abogado justifica por sí misma su actuación profesional. Gabriela Mistral: “El abogado defensor de pleitos turbios suele pensar que su honorabilidad personal sufre poco o nada de sus defensas deshonestas”¹⁶. La moral del triunfo y del éxito profesional, compuesto por el halago, el dinero y el poder, conducen a una ética endeble que justifica como herramientas válidas claras infracciones a la misma¹⁷. En las circunstancias del mundo actual de competencia despiadada por el dinero, el poder y la ventaja, es difícil adecuar los comportamientos pro-

¹⁴ Guy de Mallaç, Gandhi's Seven Steps to Global Change.

¹⁵ Krishnamurti, “Sobre la ética y los Medios de Vida”, 1995.

¹⁶ Gabriela Mistral, “Pasiones del Vivir”, p. 83.

¹⁷ Sobre consejos éticos a sus estudiantes ver: “Letters to a young lawyer”, del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Alan Dershowitz, 2001.

fesionales a la ética, concepto que entendemos así: “cerco que uno se autoimpone voluntariamente para ayudar y no dañar a los demás”. Hoy se carece del tiempo espiritual para formular una toma de conciencia de sí mismo que el Quijote recomendara a Sancho con estas palabras: “Haz de poner los ojos en quien eres procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que pueda imaginarse. Del conocerte saldrá el no hincharte como la rana que quiso igualarse con el buey...” Tercero, promoviendo relaciones más fluidas y de confianza con los jueces, talvez al estilo inglés.

V. LAS REFORMAS

Las reformas al sistema de justicia constituyen un tópico recurrente en todos los países. Pensamos que son históricos los importantes esfuerzos de los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia en recursos e iniciativas orientadas a realizar cambios profundos en el ámbito penal, familiar, laboral, penal juvenil, económico y otras áreas del derecho y de la justicia. Estas reformas han ido más allá de los tradicionales cambios legales y de gestión. Han creado una nueva institucionalidad y condiciones para cambios culturales de los agentes del sistema y de la ciudadanía. Ellas se nutren de principios y marcos valóricos orientados a liderar una

Las reformas reales crean hábitos, despiertan lealtades, concitan apoyos, se hacen propias. Lo son, cuando empiezan en las personas y éstas son capaces de romper con sus propios hábitos de pensamiento y patrones de acción...

mística de algo nuevo que ha logrado entusiasmar. Gabriela Mistral: “Cada día creo más en que las reformas o salen del tuétano del alma y asoman hacia fuera firme como el cuerno del testuz del toro, o bien se hacen en el exterior como cuernillos falsos pegados con almidón.” Las reformas no pueden basarse sólo en un ideal o un sistema. Las reformas reales crean hábitos, despiertan lealtades, concitan apoyos, se hacen propias. Lo son, cuando empiezan en las personas y éstas son capaces de romper con sus propios hábitos de pensamiento y patrones de acción y de romper con las reticencias derivadas de la inseguridad de lo desconocido y de la pérdida de poder que para muchos significa un cambio de sistema. Urge, por lo tanto, seguir apoyando decididamente y con perseverancia los esfuerzos de los gobiernos, de la sociedad civil y los de los órganos más directamente encargados de la elaboración y aplicación de las reformas. Es necesario continuar divulgando sus valores y contenidos, en el contexto de un generoso esfuerzo mancomunado por crear la nueva justicia del presente siglo porque una gran justicia debe ser progresiva o pronto dejará de ser una gran justicia. Por otra parte, la inspiración y colaboración foránea a las reformas debe asumirse acorde con los ambientes sociales, económicos, políticos y culturales en que se aplican.

RESOLUCIONES DE LAS REUNIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS

XVI Reunión del Consejo Directivo (Buenos Aires 9 de abril 2007)

En Buenos Aires se realizó con fecha lunes 9 de abril, la XVI Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con la participación de los Consejeros Jaime Arellano, Germán Garavano, Hebe Martínez y Russell Wheeler.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de su Estatuto y 18 y 19 de su Reglamento se acordaron las siguientes resoluciones:

1. Agradecer a la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM) y la Federación Argentina de Magistrados (FAM), por la invitación transmitida para adherir a las actividades organizadas con ocasión de una nueva convocatoria de sus organizaciones. Asimismo el Consejo manifiesta de forma expresa su gratitud por la coordinación y arreglos logísticos hechos por la FAM para albergar esta reunión del Consejo Directivo en dependencias de su sede.
2. Felicitar al Vicepresidente del Consejo Directivo, Germán Garavano, por su reciente designación como Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
3. Expresar su satisfacción con la realización del Taller: "El estado y futuro de la Reforma Judicial en Argentina y rol de CEJA en ella", agradeciendo la plena y entusiasta concurrencia de representantes de INECIP, UNIDOS POR LA JUSTICIA y ARGENJUS, quien concurrió acompañada por sus miembros representantes de la Junta Federal de Cortes y Fores.
4. Aprobar, con unanimidad, la cuenta del Director Ejecutivo. A su turno, a propósito de Informe Trimestral entregado, el Consejero Wheeler solicita se complemente, estimativamente, la información relativa a la generación y difusión de instrumentos de información, con cifras que den cuenta del acceso directo e indirecto (vía links) a bases de datos y otras fuentes de información general, que en materia de Justicia, divulga CEJA.
5. Tomar nota de las acciones emprendidas por la Dirección Ejecutiva, con miras a la sustentabilidad institucional de CEJA. En este sentido el Consejo da su conformidad con la propuesta de resolución que se someterá a la próxima Asamblea General de la OEA y alienta al Director para la definición de un diseño que permita fortalecer este trabajo con los principales socios estratégicos del organismo en la región, solicitando la presentación formal de una propuesta durante la reunión del próximo Consejo. Se reitera el compromiso de todos los Miembros, por desplegar especiales esfuerzos en las consultas que para este propósito se sostengan en sus países.
6. Agradecer, y tomar conocimiento, de los informes entregados por el Director Ejecutivo y el Presidente del Consejo, referentes a la exposición del primero en el Consejo Permanente de la OEA y acciones realizadas en aras de la sustentabilidad; y visita del Consejero Arellano, en el contexto del Misión Técnica de Haití que preside el Secretario General Adjunto de la OEA, a Puerto Príncipe.
5. Sancionar el informe presentado por la Secretaría Ejecutiva respecto a la situación comparada, en similares entidades del sistema interamericano, en materia de remuneraciones de cuerpos directivos. La Presidencia solicita convertir dicho reporte en una propuesta específica que se ajuste a las posibilidades y limitaciones que existirían para el Consejo Directivo de CEJA, lo que deberá ser presentado en la próxima sesión de Consejo.
8. Tomar nota de la exposición hecha por la Secretaría Ejecutiva sobre el funcionamiento de nuevas herramientas de trabajo, para facilitar las comunicaciones entre la Dirección Ejecutiva y el Consejo de CEJA.
9. Aprobar el informe presentado por la Secretaría Ejecutiva, relativo a los lineamientos generales para la designación del próximo Director Ejecutivo de CEJA. Se acuerda enriquecer, en detalles, esta propuesta para la siguiente reunión de Consejo, oportunidad en la cual podrá designarse una subcomisión ad-hoc que establezca las bases y tiempos requeridos para la postulación.
10. Ratificar los convenios suscritos con la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, así como aquellos instrumentos adoptados, en el marco del presente periodo de sesiones del Consejo, con la Federación Latinoamericana de Magistrados y el Colegio de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
11. Convocar a próxima reunión del Consejo Directivo para la segunda quincena del mes de agosto, para lo cual el Secretario Ejecutivo se encargará de la debida coordinación de fechas y posibilidades con los miembros del Consejo, así como del contenido de la agenda del referido encuentro.

XV Reunión del Consejo Directivo (Santiago, Chile, a 3 de noviembre del 2006)

En Santiago de Chile se realizó con fecha viernes 3 de noviembre de 2006, la XV Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con la participación de los Consejeros George M. Thomson, Jaime Arellano, Justice Lloyd Ellis, Germán Garavano, Carlos Caputo, Hebe Martínez y el Consejero electo Russell Wheeler.

La reunión se inició con una discusión sustancial respecto a rol del Consejo Directivo, particularmente en aspectos de su política interna de CEJA y su vinculación con la Dirección Ejecutiva. Uno de los resultados importantes de este diálogo fue el acuerdo para que el Consejo agende un encuentro adicional cada año, dedicado exclusivamente a la discusión de estrategias de política institucional.

El Consejo Directivo acordó las siguientes resoluciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de su Estatuto y 18 y 19 de su Reglamento:

1. Sancionar las Resoluciones del XIV Consejo Directivo celebrado en Santo Domingo, República Dominicana.
2. Saludar la integración de Russell Wheeler y despedir y agradecer a Douglass Cassel por su significativo aporte al Consejo y a la institución, durante los seis años de desempeño como consejero directivo. Se acordó que el Consejo le transmita por escrito la expresión de su gratitud.
3. Aprobar la presentación del Director Ejecutivo sobre Informe de Actividades, Informe Financiero 2006 y Presupuesto 2007 de la institución.
4. Solicitar al Director Ejecutivo un nuevo estudio de los resultados de la propuesta para la designación de la empresa auditora de CEJA, transmitiendo al Consejo su recomendación final en este sentido. El Consejo será consultado de su aprobación en este asunto por correo electrónico.
5. Intensificar esfuerzos para continuar apoyando las políticas de sustentabilidad financiera de CEJA, en el contexto lo acordado en la VI REMJA, la XXXVI Asamblea General de la OEA y lo establecido en el recién aprobado proyecto de USAID. En este contexto el Consejo alienta a perseverar con el trabajo iniciado por la secretaría ejecutiva en torno a un seguimiento permanente, preciso e integral de este proceso, informando periódicamente de sus avances al Director Ejecutivo y Consejeros Directivos.
6. Ratificar la totalidad de los convenios de cooperación suscritos por el Director Ejecutivo.
7. Realizar una segunda reunión anual extraordinaria del Consejo Directivo destinada exclusivamente al análisis de las políticas y estrategias institucionales de CEJA.
8. Implementar el sistema de información propuesto por la Dirección Ejecutiva con el fin de mantener un contacto permanente entre los Consejeros y la administración de la institución, así como facilitar el seguimiento de las gestiones destinadas a comprometer a los Estados Miembros con el desarrollo de la institución.
9. Encargar al Secretario Ejecutivo un informe que, de acuerdo al Estatuto, Reglamento y precedente, defina las líneas generales sobre las cuales deberá desarrollarse el proceso de convocatoria para nuevo Director de CEJA. En este mismo sentido se solicita al Director Ejecutivo la presentación de un documento que exhiba los requerimientos orgánicos y funcionales que permitan una transición exitosa en la dirección del organismo.
10. Encargar al Secretario Ejecutivo un estudio, acerca del procedimiento empleado por otros organismos internacionales, asimilables a CEJA, para la compensación o remuneración de sus cuerpos directivos, informando de esto en la próxima sesión de este Consejo.
11. Aprobar la moción propuesta por el Consejero Lloyd Ellis de designar a partir del día 1 de enero de 2007 como Presidente y Vice-Presidente del Consejo Directivo a los Consejeros Jaime Arellano y Germán Garavano, respectivamente, agradeciendo la dedicada y eficiente presidencia de George Thomson.
12. Convocar a reuniones del Consejo Directivo para los meses de marzo, agosto y noviembre de 2007, solicitando al Secretario Ejecutivo la debida coordinación de fechas, posibilidades y agendas con los miembros del Consejo.

reseñas bibliográficas

reseñas bibliográficas

Revista Conexión Internacional
“Ministerios Públicos y Policías: una Alianza al Servicio de la Justicia”

Publicación de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, Año 2, Santiago, Chile, N° 3, 20 págs.

La relación de los Ministerios Públicos y las Policías, destacada como una “alianza al servicio de la Justicia” y definida como un pilar fundamental para la eficacia de la justicia penal en el editorial de la publicación, es el tema de esta tercera entrega de la Revista Conexión Internacional, creada en noviembre de 2005 por iniciativa de la Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, con el objetivo de dar a conocer las actividades y el trabajo desarrollado por la mencionada unidad.

En este contexto, el reportaje central de la revista, escrito por Marko Magdic, abogado de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, desarrolla los objetivos, contenidos y principales conclusiones del Primer Encuentro Iberoamericano de Ministerios Públicos y Policías, que reunió a más de 180 policías y fiscales de la región, actividad que tuvo su génesis un año antes con la realización del Primer Encuentro Regional de Policías y Ministerios Públicos de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Perú, efectuado en Arica, Chile.

Enlaza con el documento anterior, el artículo de Alberto Binder, invitado y expositor del Encuentro Iberoamericano, quien expone acerca de los 10 principales obstáculos para una cooperación internacional en materia penal más eficaz, entre las que destaca la falta de una visión político criminal en el Ministerio Público. Como consecuencia de lo anterior, menciona la debilidad de los sistemas de información, lo que a su vez hace que los Ministerios Públicos de la región tengan dificultades en asumir una persecución penal estratégica; y la ausencia e inestabilidad, en términos generales, de las relaciones entre fiscales y policías.

En otro ámbito, se encuentra el artículo de Juan Pablo Glasinovic, director de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del MP de Chile, quien comenta la buena convocatoria que tuvo la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), que en los últimos tiempos había observado una “concur-

deciente”, planteando un proceso actual de reen-cantamiento con la Asociación y la confianza de sus miembros en que esta “organización puede generar resultados concretos que beneficien a la investigación y a la persecución penal en la región”. En este sentido, la reunión sirvió para tratar temas relativos a la consolidación institucional de la misma, tales como la reforma de los estatutos, financiamiento y estructura de apoyo.

La revista incluye además, los artículos de Mauricio Fernández Montalbán, director de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, ULDECCO, del MP de Chile, quien escribe acerca de la criminalidad organizada y los desafíos en Chile post ratificación de Palermo; y de Mirtha Ulloa, directora de la Unidad de Capacitación del MP de Chile, quien menciona los desafíos de la capacitación a fiscales y policías.

Por Ximena Catalán Ancic
Coordinadora de Comunicaciones
y RRPP de CEJA

La Guerra Silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas

Autora: Silvina Ramírez

Editorial: Capital intelectual, Colección Claves para todos, 2006, 118 páginas.

El presente libro consta de seis capítulos: En el primero la autora hace una descripción de las tribus indígenas que viven en nuestro territorio y su situación actual. Además señala su lucha por el reconocimiento de su identidad y la desidia del Estado de tomar cartas en el asunto. En el segundo destaca la inclusión de los derechos indígenas en las reformas a las cartas constitucionales de los países latinoamericanos; sin embargo no deja de mostrarse preocupada ante la falta de una actividad estatal encaminada a cumplir dichas premisas.

En el tercer capítulo nos habla de la constante lucha de estos pueblos por lograr un Estado multicultural y las dificultades que conlleva poner en práctica su deseo por la gran cantidad de intereses políticos y económicos que lo obstaculizan.

En el cuarto nos habla de los derechos que tienen los indígenas como comunidad y que deben ser garantizados y no solo reconocidos por los Estados. Entre ellos se encuentra el que mayor importancia reviste hoy día para los indígenas: el derecho a la tierra. Este es el punto de partida que permite a los primigenios habitantes de nuestro territorio vivir dignamente y poder tener una autonomía que les permita auto organizarse.

En el quinto capítulo Silvina Ramírez comenta las transformaciones que en el plano internacional ha tomado la cuestión indígena, plasmándose no solo en constituciones nacionales y provinciales sino en convenios internacionales. También señala algunos avances (como la organización de los indígenas) y los límites y retrocesos que conlleva la falta de un modelo que sea útil para superar el plano teórico.

El último capítulo nos anima a luchar por un cambio de modelo, que éste puede concretarse, que en definitiva redundará en beneficio de toda la sociedad.

En "La Guerra Silenciosa", Silvina Ramírez nos plantea un desafío: enmendar quinientos años de aniquilamiento, destrucción y discriminación de los pueblos indígenas. Para ello recomienda que los gobiernos latinoamericanos, en su afán de fortalecer sus regímenes democráticos, pongan en marcha políticas en las cuales los indígenas tengan una participación activa en la toma de decisiones que los puedan afectar, entre las que se incluyan los derechos a una educación bilingüe, a la

propiedad comunitaria de sus tierras, al desarrollo de un Estado en el cual se contemple la multiculturalidad y a la potestad de tener su propio sistema de justicia para solucionar los conflictos entre los miembros de su comunidad. Desde ya se vislumbra que es un proyecto ambicioso (pero no de imposible realización) no sólo por la dificultad de aplicar tales proyectos en el corto plazo y por la falta de unión y organización de estos pueblos marginados, sino también por el desinterés de los gobiernos en aplicar las pautas mínimas que establece el Convenio 169 sobre asuntos indígenas. Dicho convenio, firmado y ratificado por trece países establece que "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".

Además de este Convenio, la Constitución Argentina (país en el que este texto se ha editado) establece, luego de la reforma de 1994, en el Art. 75, Inc. 17, que le corresponde al Congreso "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos".

Sin embargo, de poco ha servido este reconocimiento ya que se ha convertido en una cláusula programática; tanto es así que para el régimen de la propiedad inmobiliaria continúa rigiendo el Código Civil, para el cual el condominio es una situación excepcional y puede dar lugar a que uno de los condóminos plantee la unificación de la propiedad, lo que conllevaría a que si uno de los aquellos fuere un indígena, se podría encontrar en desigualdad de condiciones para comprarle la parte restante al o los condóminos, situación que contraría cabalmente lo establecido en el artículo referido con respecto a la posesión de las tierras en forma comunitarias y al Convenio más arriba mencionado.

Esta es una tarea que nos corresponde a todos, ya que en el seno de las familias indígenas está el espíritu de ser latinoamericanos y mientras no colaboremos entre todos para aplicar estas medidas, los más pobres e indefensos continuarán sumidos en la marginación y en la falta de un derecho primordial: su propia identidad.

Por Indalecio Pérez Galimberti

Desafíos del Ministerio Público en América Latina

Editado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas
Santiago de Chile, 2005, 134 páginas (*El texto corresponde a la Presentación del libro referenciado*).

El proceso de reformar los sistemas de justicia criminal para adecuarlos a las exigencias propias del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, mejorar su capacidad de respuesta ante las demandas por seguridad por parte de la ciudadanía, es una tarea compleja, que debe revertir fuertes y arraigadas culturas y bregar con un conjunto de instituciones no acostumbradas al cambio ni tampoco a dar cuenta ante la ciudadanía de su trabajo. Por ello, la única forma de emprender un proceso de transformación en ese entorno es a través de estrategias de largo plazo capaces de combinar diferentes instrumentos a lo largo del tiempo, con grados crecientes de sofisticación y de ir incorporando a su vez nuevos actores a la tarea. No es otra cosa lo que ha sucedido con la reforma penal en Latinoamérica. Si en un comienzo los instrumentos que permitieron desatar el proceso fueron fundamentalmente los normativos, hoy nos damos cuenta de que para avanzar los énfasis deben estar puestos en los temas más operativos, directamente asociados a la gestión y la capacitación. Si en un inicio los principales destinatarios del discurso reformador fueron los jueces, hoy tenemos claro que no basta contar con ellos, sino que necesitamos de fiscales activos con capacidad de asumir plenamente su rol. Si en una primera etapa tuvimos en la mayoría de los países que dejar a un lado de la reforma a la policía, hoy estamos ciertos de que sin adaptarla a los nuevos estándares que exigen los sistemas adversariales jamás logremos los objetivos que nos propusimos.

CEJA está consciente en la necesidad de ir profundizando el trabajo reformador en esas líneas. Desde un comienzo nos propusimos ir avanzando en forma sucesivas hacia nuevos niveles de complejidad. En un principio hicimos ejercicios muy generales de diagnóstico para ver qué estaba pasando con las reformas, qué se había logrado y qué no, con el fin de levantar problemas a partir de la información y así poder generar un debate específico sobre la situación y sus posibles soluciones. Más adelante esos estudios han ido siendo complementados en áreas determinadas, como ser los de reformas y temas de género; reformas y pueblos indígenas, y defensa penal pública. De todo ese conocimiento han emanado una serie de actividades de capacitación que persiguen precisamente entregarles herramientas a los actores de las instituciones de justicia y de la sociedad civil para hacerse cargo y resolver los problemas relevados. La consecuencia natural de

ello ha sido involucrarnos institucionalmente en varios proyectos que hemos denominado de "re-reforma", hoy en marcha en países como Argentina, Costa Rica, Ecuador y Guatemala.

Siguiendo esa misma línea, nos hemos propuesto a partir del año 2005 profundizar los temas relativos a la persecución penal, particularmente sobre el rol del Ministerio Público y su relacionamiento con las demás instituciones del sistema penal, particularmente la policía. El éxito de la reforma procesal penal depende de su capacidad de desmontar la muy extendida idea de que existe un juego de suma cero entre garantías y eficiencia. Es decir, que todo lo que se gana en términos de garantías, de respeto de los derechos, debe hacerse a costa de sacrificar eficiencia. Los antiguos sistemas inquisitivos ya demostraron que era falsa esta afirmación, pues como se sabe sus resultados eran tan magros en el respeto a los derechos como en términos de eficiencia en la persecución y sanción del delito. Ahora la exigencia es para los nuevos sistemas reformados demostrar que son capaces, respetando la presunción de inocencia, el derecho a defensa y todos los otros derechos básicos involucrados, de responder frente al crecientemente importante fenómeno de la delincuencia.

Lo anterior sólo podrá hacerse en la medida en que los Ministerios Públicos reestudien la forma como desempeñan su rol, potencien sus herramientas estratégicas y, sobre todo, se inserten activamente como un actor con liderazgo en el aparato de persecución penal con un adecuado entendimiento y coordinación con las policías. El presente texto explora todas estas cuestiones, abriendo una línea de trabajo para CEJA que deberá producir para cada uno de los temas tratados conocimientos y experiencias aún más específicos. Para que ello sea posible es vital que la comunidad latinoamericana interesada en estos temas participe y aporte activamente en este proceso.

Por **Juan Enrique Vargas Viancos**
Director Ejecutivo del CEJA
y Codirector de Sistemas Judiciales

| Cooperación para el desarrollo

Consejo General del Poder Judicial de España firmó Convenio de Cooperación con CEJA

Además se suscribió un acuerdo de cooperación con la Cumbre Judicial Iberoamericana, lo que permitirá a CEJA ampliar su proyecto de Indicadores y Estadísticas Judiciales a todos los Poderes Judiciales que componen dicho foro. El CGPJ es el órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, con competencia en todo el territorio nacional. Es, por tanto, el órgano de gobierno de todos los Juzgados y Tribunales que integran el Poder Judicial de España.

El jueves 1 de febrero, el Consejo General del Poder Judicial de España firmó un Convenio de Cooperación con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, acuerdo suscrito con las firmas del vocal del CGPJ y presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales, Excmo. Juan Pablo González González, y del director ejecutivo de CEJA, Juan Enrique Vargas.

Con la firma de este compromiso, CEJA cumple con uno de sus principales objetivos, que es facilitar el intercambio de la información y otras formas de cooperación técnica, y contribuir así a elevar la calidad de las políticas públicas en el área de la justicia en los países del hemisferio en una perspectiva regional.

El texto del convenio establece un marco general de cooperación para el desarrollo y cumplimiento de actividades conjuntas entre dicho organismo y CEJA. Las entidades firmantes se comprometen a patrocinar conjuntamente conferencias, seminarios, talleres y otros encuentros académicos o eventos sobre justicia; coordinar tareas de interés mutuo; mantener un intercambio regular de la información que expresamente acuerden y ejecutar proyectos conjuntos, entre otros puntos.

Mayor información sobre la organización y funciones del Poder Judicial de España, visite la página www.poderjudicial.es

| Indicadores y estadísticas Judiciales

CEJA y la Cumbre Judicial Iberoamericana

CEJA participa como invitado especial desde el año 2002 en las Cumbres Judiciales Iberoamericanas. En dicha reunión celebrada en Cancún, CEJA presentó el borrador del documento, *Cifrar y Descifrar Vol 1: Manual para generar, recopilar, difundir y homologar estadísticas judiciales*. En la oportunidad, las máximas autoridades de las Cortes Supremas de Iberoamérica acordaron “formular para los Poderes Judiciales de la región un programa de información de estadísticas que tengan por objeto evaluar el desempeño de los Tribunales y crear observatorios judiciales”; petición que ha sido reiterada en las posteriores reuniones a las que ha asistido CEJA.

En este contexto, la firma de este convenio de cooperación con la Cumbre Judicial Iberoamericana, dará la posibilidad a CEJA de extender su proyecto de Indicadores y Estadísticas Judiciales para Centroamérica y el Caribe -y que cuenta con el apoyo del BID-, a todos los Poderes Judiciales que componen dicho foro.

La firma de este convenio es posible ya que el CGPJ de España ostenta la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, siendo por cierto Juan Pablo González González el representante de esa organización.

Para acceder a la información de la Cumbre Judicial Iberoamericana, visite www.cumbrejudicial.org Para conocer el Proyecto de Indicadores y Estadísticas Judiciales de CEJA y acceder a los Manuales de Estadísticas, entre en la página de estudios de www.cejamericas.org

| Organizado por el Proyecto Eurosocial

Buenas Prácticas en los Nuevos Sistemas Procesales Penales

El seminario es organizado por el Proyecto EUROsociAL Sector Justicia, coorganizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, la Corte Suprema de Justicia de Chile y la Fundación Internacional para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, FIIAPP. La actividad cuenta con el auspicio de la Agencia de Cooperación Internacional Canadiense, ACIDI.

La metodología propuesta para el seminario consiste en visitas de observación a terreno, foros de discusión, y por cierto la presentación de experiencias concretas de los países de América Latina.

Analizar los procesos de implementación de las Reformas Procesales Penales en la región, particularmente las ideas innovadoras en la gestión interna y extrainstitucional de las principales instituciones involucradas, es el principal objetivo que se propone el *Seminario Interamericano Buenas Prácticas en los Nuevos Sistemas Procesales Penales Latinoamericanos* que se llevó a cabo en Santiago, Chile, entre los días 22 al 25 de mayo.

La justificación que tiene la realización de este Seminario Interamericano, radica en el importante número de países de América Latina que han emprendido reformas a la justicia criminal, observándose cambios que han implicado una nueva organización institucional, normativa, infraestructura, recursos humanos y materiales, aparejado a un alto costo económico. Los métodos y sistemas empleados en cada país han sido distintos, como también los resultados obtenidos, entre los que se observan experiencias, soluciones y prácticas exitosas, y en otros casos, iniciativas menos afortunadas.

En este ámbito, EUROsociAL, -junto a los coorganizadores- ha pretendido abrir un espacio de diálogo, en el que pueda realizarse una puesta en común e intercambio de los logros alcanzados, retos pendientes y lecciones aprendidas por los sistemas procesales penales latinoamericanos.

La metodología propuesta para el seminario consistió en visitas de observación a terreno, foros de discusión y, por cierto, la presentación de experiencias concretas de los países de América Latina. Los trabajos debieron referirse a experiencias concretas y exitosas relacionadas con la implementación de sistemas procesales penales adversariales.

| Desarrollado por CEJA y el BID

Programa Regional favorecerá la evaluación del desempeño judicial en la Región

Existen divergencias sustantivas en los criterios de información y la forma de recoger los datos estadísticos judiciales en los países de la Región, métodos que van desde sistemas automatizados hasta modos de recolección manual. Esta realidad hace difícil una adecuada medición del desempeño o una discusión acerca del posible establecimiento de estándares judiciales.

Con el objetivo de homologar estas estadísticas, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, desarrollará a partir del 2007 el Programa "Definición y Medición de Indicadores y Estadísticas Judiciales Homologables", a través de una Cooperación Técnica Regional con fondos no reembolsables que será financiada por el Banco Interamericano del Desarrollo, BID.

El programa busca establecer variables y estándares fundamentales de la administración de la justicia a través del cálculo de indicadores medibles y comparables que den cuenta del desempeño de los Poderes Judiciales de los países participantes en los cinco ámbitos definidos: capacidad de resolución de casos, tiempo de procesamiento, gasto en justicia, confianza pública en la justicia y satisfacción de usuarios.

Con el fin de calcular y discutir los estándares por cada indicador homologable en la Región, el programa se enfocará primeramente en analizar las brechas existentes entre los datos básicos y definir los datos factibles de obtener en la actualidad; elaborar recomendaciones, informes y análisis comparativos por país; y calcular los indicadores relevantes con los adecuados rangos de variación de estos.

La iniciativa, que tiene por plazo 18 meses, permitirá capacitar a través de talleres a miembros de los Poderes Judiciales en el uso y análisis de información para la toma de decisiones. En esta primera etapa el programa se ejecutará en Costa Rica, Honduras, Guatemala, República Dominicana, El Salvador, Panamá, Nicaragua y Puerto Rico.

| Desarrollado por CEJA y el BID

Capacitación para fiscales de América Latina

Se iniciará en mayo la primera versión del Programa de Capacitación Virtual para Fiscales: **“Desafíos para el Ministerio Público Fiscal y la Persecución Penal en América Latina”**, desarrollado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el patrocinio de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y del Instituto Iberoamericano de Ministerios Públicos.

El primer ciclo del Programa, a efectuarse entre el 21 de mayo y 29 de julio, tiene como objetivo entregar a los fiscales de los Ministerios Públicos conocimientos y herramientas necesarias para desarrollar nuevos métodos de trabajo, enfoques y dinámicas para afrontar los problemas prácticos en la implementación y funcionamiento del sistema procesal penal en virtud de las diversas reformas a la justicia ocurridas en la últimas dos décadas en la región y las complejidades que hoy revisten las labores de persecución penal.

Los contenidos del Programa abarcarán de manera introductoria un diagnóstico acerca del estado actual de los Ministerios Públicos Fiscales y los principales desafíos que debe enfrentar. Con ese fin, el curso tratará con mayor detalle: la seguridad ciudadana, persecución penal, cuestiones de género, y tratamiento y protección de víctimas, sugiriendo en todos ellos caminos de acción.

El curso se compone de 4 módulos, con una duración total de 10 semanas, incluyendo la revisión de los materiales en el campus virtual, realización de actividades, interacción con docentes, y el desarrollo de evaluaciones de cada módulo.

En tanto, un segundo ciclo se impartirá entre el 13 de agosto y el 19 de octubre, y las inscripciones para esta versión estarán abiertas desde el 21 de mayo al 10 de agosto.

Información sobre el Programa, contenidos, metodología, costos y modalidades de inscripción, en el sitio web www.cejamericas.org

Política Editorial

Sistemas Judiciales es una publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, editada en conjunto con el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP.

Su propósito es fomentar la discusión y el intercambio de información y experiencias sobre el funcionamiento de la justicia en los países de las Américas. Es también un canal de difusión para los productos y actividades de CEJA y de las redes con las que trabaja.

La revista se identifica con el ideario democrático y se siente comprometida en la tarea de aportar a la construcción de sistemas judiciales eficaces, oportunos, transparentes y respetuosos de los derechos de las personas.

La revista considera los temas del sector justicia en un sentido amplio, desde una perspectiva regional, multidisciplinaria, con fuerte vocación por la información empírica. Su enfoque es preferentemente el de las políticas públicas.

La revista se dirige a un público también amplio. Incluye entre sus lectores a expertos en la temática judicial pero también a las personas informadas, no especializadas, con interés en áreas afines (políticas públicas, derechos humanos, otros).

Por tanto, **Sistemas Judiciales**

- No es una publicación académica, pero se propone servir como puente entre la Academia y los expertos que trabajan en terreno en las reformas judiciales.
- No es una publicación masiva, pero aspira a ser leída por un amplio público.

Son temas de la revista:

- Todos aquellos asuntos de actualidad o debate que presenten información relevante sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia en el continente o fuera de él (toda vez que sean un aporte a los temas que se discuten en la región).
- La revista privilegia preferentemente aquellos trabajos que muestran cercanía empírica con los tópicos que describen y muy especialmente los que abordan esos tópicos desde una perspectiva regional.
- La revista tiene especial interés en los resultados de investigaciones sobre el estado de la administración de justicia en los países de las Américas, lo mismo los trabajos que documenten experiencias de reformas en marcha, o presenten diagnósticos sobre cambios necesarios.

- La revista tiene una fuerte vocación instrumental. Son de interés para la revista aquellos temas que refieran lecciones novedosas de cambios realizados en el sector justicia o refieran a instrumentos o experiencias de utilidad para los países que están implementando cambios en sus sistemas judiciales.
- La revista quiere servir como medio para el debate sobre esas experiencias y, por lo tanto, acoge en sus páginas los trabajos que planteen ángulos distintos o visiones contrapuestas a artículos ya publicados.

No son temas de la revista:

- Los análisis teóricos, doctrinarios o simplemente conceptuales.
- La exposición o denuncia de casos judiciales concretos.
- La contingencia interna de los países.

Los artículos serán inéditos.

La revista no paga por los artículos.

Los puntos de vista expresados en los artículos son responsabilidad personal de sus autores y no de las instituciones que editan la revista.

Los artículos pueden ser escritos en cualquiera de los cuatro idiomas oficiales de la región (español, inglés, francés, portugués) y se publican en el idioma en que son escritos.

Para todos los casos, los editores de la revista se reservan el derecho de aceptar o rechazar los artículos recibidos, y a solicitar enmiendas a artículos ya aceptados.

La revista autoriza la reproducción o traducción, total o parcial de los artículos publicados en sus páginas, toda vez que se señale claramente el autor y se indique la siguiente atribución:

«Reproducido con autorización © Revista **Sistemas Judiciales**, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA [Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP]»

La revista se edita en forma impresa. Una selección de artículos de los dos últimos números vigentes y la totalidad de los contenidos de los números anteriores, estarán disponibles en el sitio web de CEJA.

Guía para Autores

Sistemas Judiciales es una publicación abierta a la comunidad vinculada al mejoramiento del sector justicia y, por tanto, acoge en sus páginas artículos, en los términos descritos en nuestra Política Editorial.

Los autores pueden enviar artículos para las siguientes secciones de la revista:

- **Tema Central**
- **Dossier**
- **Notas generales**
- **Contrapunto**
- **Biblioteca personal**
- **Reflexiones**

Los artículos tienen una extensión y formato específico, según la sección. Para todos los casos, la extensión se indica en número de páginas, medidas en formato Word, tamaño carta, letra Times New Roman, cuerpo 12, espacio simple.

Tema central

Extensión: 8 a 16 carillas. Estos artículos abordan un tópico específico en profundidad, de preferencia abordados por autores con vasta experiencia o conocimiento en el tópico.

Dossier

Extensión: 1 a 2 páginas. Documentan las iniciativas actuales en desarrollo o discusión en el país, en relación con el tópico central, con un enfoque descriptivo, no evaluativo. Por lo general, se tratará de respuestas acotadas e informativas a un breve cuestionario.

Notas generales

Extensión: 4 a 8 páginas. Mismo formato que las notas del tema central, aunque en un estilo más sintético. Esta sección está abierta a toda la diversidad de temas posibles, en línea con lo descrito en la Política Editorial.

Contrapunto

Extensión: 4 a 16 páginas. Estos artículos son réplicas a trabajos previos publicados en la revista. Deben identificar con claridad los puntos de vista específicos rebatidos y documentar las razones del contra-argumento o visión alternativa.

Biblioteca personal

Extensión: 3 a 5 páginas. Se trata de un artículo, tipo columna, que presenta recomendaciones de lectura y novedades bibliográficas relativas, de preferencia pero no exclusivamente, al tema central del número.

Reflexiones

Extensión: 1 a 4 páginas. Se trata de un espacio que escapa a la lógica del resto de las secciones, donde el abordaje empírico sede un lugar a la opinión personal, manteniendo como eje temático el funcionamiento de los sistemas judiciales de las Américas.

- Los artículos deben incluir un título breve (en ningún caso superior a ocho palabras). Puede usarse un subtítulo para especificar el tema puntual del trabajo.
- Todos los artículos van firmados. El nombre del autor (y coautor, si lo hubiere), van seguidos por la indicación del cargo y la institución en que se desempeña, y su dirección de e-mail.
- Todos los artículos deben incluir un abstract o resumen, en inglés o en español, en no más de diez líneas.

Recomendaciones de estilo

- Use un lenguaje claro, directo y sin tecnicismos. Si se ve obligado a emplear términos especializados, indique una breve explicación entre paréntesis. Un buen ejemplo a menudo es más esclarecedor que una cita al diccionario.
- Evite el lenguaje localista. Considere que el lector puede estar en Jamaica o en Tierra del Fuego.
- La revista tiene especial interés por artículos donde la información contextual y descriptiva es apoyada con información estadística. Si va a incluir tablas o gráficos, escoja un modelo sencillo y datos sintéticos.

Citas

Basta con indicarlas entre comillas, con una nota al pie para identificar su fuente. En lo posible, se sugiere evitar la nomenclatura (Autor: Año) al término de la cita.

Notas al pie

Se recomienda acotar el uso de las notas al pie para indicar las fuentes bibliográficas o para referir aquella información que forzosamente queda fuera de contexto al citarla en el cuerpo del texto.

Referencias bibliográficas

La revista no estila anexar bibliografía al final de los artículos. Las referencias deben ser informadas en notas a pie de página. Se recomienda para ello guiarse por cualquiera de los siguientes dos sistemas, a saber: los que indican el año entre paréntesis después del autor, o los que indican el año al final de la referencia. A continuación se dan detalles de ambos:

a) Publicaciones periódicas

Nombre y apellido del autor principal, «Título del Artículo», Nombre de la publicación, Institución que edita, si la publicación no es muy conocida, Volumen y Número de la Edición, Fecha, Páginas.

Ej.: Patrick Pierre Louis, «Le système juridique haïtien: entre ordre étatique et ordre coutumier», *Sistemas Judiciales, CEJA- INECIP*, Año II, Nro. 4, diciembre de 2002, pp. 103-110

O bien

Apellido del autor principal, Nombre (Año): «Título del Artículo», Nombre de la publicación, Institución que edita, si la publicación no es muy conocida, Volumen y Número de la Edición, Páginas.

Ej.: Louis, Patrick Pierre (2002): «Le système juridique haïtien: entre ordre étatique et ordre coutumier», *Sistemas Judiciales, CEJA- INECIP*, Año II, Nro. 4, pp. 103-110

b) Libros

Nombre y apellido del autor o editor principal de la obra, Título del libro, (datos del traductor, si los hay), Institución, Editorial, Ciudad, Año, páginas.

Ej.: Mary McClymont y Stephen Golub (eds), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del Derecho de los donatarios de la Fundación Ford*, (versión castellana al cuidado del Programa de acciones de interés público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales), Fundación Ford, Santiago, 2001, 401 páginas.

c) Capítulos de libros

Nombre y apellido del autor del capítulo, «Título del capítulo», en Nombre y apellido del autor o editor principal de la obra, Título del libro, [Institución], Editorial, Ciudad, Año, página.

Ej.: Silvina Ramírez, «Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil en Argentina (1983-2002)», en *Justicia y Sociedad Civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2003, pp. 39-147.

Los artículos deben ser enviados, preferentemente vía correo electrónico, a alguna de las siguientes personas y direcciones:

Ximena Catalán

[Coordinadora de Comunicaciones y RRPP de CEJA]

Revista Sistemas Judiciales

Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Holanda 2023, Providencia, Santiago, Chile
Tel.: +(562) 274-2933 / Fax +(562) 341-5769
E-mail: ximena.catalan@cejamericas.org

Luciano Hazan

[Editor]

Ediciones del Instituto

INECIP
Talcahuano 256 1° piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
Tel/Fax: (00-54) 11-4372-0570
e-mail: ediciones@inecip.org

INECIP



CEJA - JSCA

