

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

ALBERTO M. BINDER

Advogado e Professor na Argentina

SUMÁRIO: 1. Introducción — 2. Las distintas etapas del proceso de cambio — 3. Que significa implementar un sistema de juicio oral y base acusatoria? — 4. Cambio cultural y recomposición del sistema inquisitivo — 5. Las tareas pendientes.

1. Introducción

1. He titulado esta ponencia “reflexiones” con una intención bien definida, que no busca la vaguedad o la falta de compromiso sino, muy por el contrario, expresar desde el inicio una idea central: nos hallamos aún inmersos en un proceso no sólo inacabado sino, en muchos casos, todavía en sus inicios. Además el título elegido creo que nos ubica mejor en el tono emocional necesario para analizar lo que sucede — y lo que nos sucede cuando intentamos reformar la administración de justicia penal. Esta aclaración inicial es necesaria porque el objeto de las jornadas que nos reúnen podría dar la impresión de que se está evaluando un proceso ya terminado o que ya estamos en condiciones de afirmar lo que ha sucedido con los últimos intentos de establecer la oralidad en América Latina. Quiero así, salir al cruce, ya desde el comienzo de mi exposición, a un tipo de pensamiento conservador, que no se ha perturbado por convivir con las más arcaicas estructuras durante siglos, pero ahora adquiere una sospechosa premura por “evaluar” los resultados de los procesos de transformación.

2. No quiero avanzar sin antes dejar claramente expresadas ciertas proposiciones que no desarrollaré aquí — porque ya son conocidas o han sido desarrolladas en otros lugares —, pero forman parte del sustrato de estas “reflexiones”:

a) la reforma de la justicia penal es un proceso social complejo en el que se entremezclan — en proporciones cambiantes según los países y los momentos — distintas tendencias. Por un lado, una preocupación por los derechos humanos fundamentales, en una doble vertiente, ya se trate de la preservación de las garantías ciudadanas, normalmente previstas en las mismas constituciones o, por otro lado, la preocupación por el castigo de

las violaciones aberrantes a los derechos y libertades más elementales. Por otra parte, la necesidad de estabilizar cierto sector de las relaciones jurídicas, sacudidas por cambios estructurales, en el campo social y económico. En tercer lugar, la aparición, en el campo de la cooperación internacional, de una preocupación creciente por el desarrollo institucional y dentro de él, por las instituciones dedicadas a la solución o prevención de los conflictos sociales. Por último, una clara — pero no por ello precisa — preocupación social por el funcionamiento de la administración de justicia, que en el campo de la justicia penal es, antes que nada, una derivación del sentimiento de inseguridad.

b) el proceso de transformación tiene un punto de referencia directo en el sistema inquisitivo, que no es sólo un modelo procesal sino un modelo completo de política criminal y, más aún, una estructura judicial completa, que hunde sus raíces en el estado colonial y que constituye la tradición jurídica dominante en nuestros países. Así existirán planes de transformación más agresivos con el sistema inquisitivo y otros que simplemente buscan cambios sustanciales pero no radicales. Si bien se puede caracterizar a todo el movimiento de reforma en América Latina como un intento de crítica profunda al sistema inquisitivo, no todos los procesos pueden ser identificados con propuestas radicales de cambio.

c) los procesos de transformación tienen distintas dimensiones y niveles, que hoy ya hemos incorporado al análisis más elemental de los problemas judiciales. Todos estos niveles se funden en un problema cultural, sin confundir por ello un “problema cultural” con un “problema de mentalidad”, que es parte del problema cultural, pero no lo agota.

d) la “estructura del litigio” no es el único problema, pero es donde se encuentra básicamente el patrón genético del sistema inquisitivo. Por ello, si bien un plan de transformación judicial no se debe agotar en el cambio de esa estructura, tampoco puede existir si deja inalterada la estructura del litigio propia del sistema inquisitivo.

3. Considero importante, pues, tomar en cuenta el carácter dinámico de la reforma de la justicia penal, así como su complejidad cultural e histórica. Sólo sobre estas bases, sobre este “horizonte de reflexión” se puede avanzar con provecho en la dilucidación de los graves problemas que trae el cambio, sin caer en la confusión de lo que son problemas, es decir, situaciones críticas evitables, de lo que son simplemente consecuencias inevitables de un cambio estructural, que por definición debe ser traumático. Esta distinción entre problemas y dificultades es básica para la toma de decisiones y para la evaluación de la situación. Es imprudente no afrontar los problemas; sin embargo puede ser ridículo querer solucionar una dificultad que es inherente el proceso de cambio que se pretende llevar adelante. En cierto modo, la profundidad de un proceso de transformación, o mejor dicho, su vocación transformadora, puede ser analizada tanto sobre la base de su capacidad para absorber las dificultades como de resolver los problemas.

2. Las distintas etapas del proceso de cambio

4. Sin pretender realizar una clasificación de base científica, sino como un modo de ordenar la reflexión, creo que podemos distinguir dentro del proceso de cambio de la justicia penal distintas etapas. Existe una primera

etapa de sensibilización (a), una segunda etapa de toma de conciencia y diseño (b), una tercera etapa de "lucha parlamentaria" (c), una cuarta de planificación para la puesta en marcha del nuevo sistema (d), una quinta etapa de entrada en vigencia del nuevo sistema (e) y una sexta de "ajuste" del sistema reformado. Esto es dentro de lo que llamaría "política judicial de emergencia". A partir de la sexta etapa comenzaría la política judicial propiamente dicha, entendida como una preocupación constante por la eficiencia del sistema de administración de justicia. Por supuesto todas estas etapas forman parte de un mismo proceso que es esencialmente político, aunque las particularidades del tema o de la época, hagan que este proceso tenga una porción elevada de contenidos puramente técnicos. No obstante tratarse de un proceso político unitario, cada una de estas etapas tiene sus propias particularidades, sus propias reglas y, lo que me parece fundamental, requiere su propia estrategia.

5. Creo que todavía esta pendiente en América Latina un estudio exhaustivo que analice en profundidad las causas de la mayor sensibilidad social hacia los temas judiciales observada en los últimos años. Creo que ello es el producto de un entrecruzamiento de tendencias, entre las que se encuentran las siguientes: (a) la insatisfacción por el actuar del poder judicial frente a las graves violaciones a la dignidad de la persona, tanto en su faz preventiva durante las épocas de terrorismo de Estado, como en su faz represiva, cuando comenzó el intento de juzgamiento de esos actos; (b) la incertidumbre frente a los cambios estructurales producidos en la última década, que han modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado; (c) los conflictos de poder irresueltos, propios de una democracia endeble y que debe enfrentarse a situaciones críticas y a conflictos sociales muchas veces sin solución; y (d) la creciente ilegalidad del poder. Todos estos elementos son percibidos por el conjunto social de un modo parcial, pero creo que en conjunto conforman un estado emocional de descontento, que no siempre se expresa con claridad.

6. Frente a esta mayor sensibilidad se han producido diversas situaciones. La primera y de mayor importancia es que el tema judicial — y dentro de él el tema de la justicia penal — se ha creado y sostenido como un tema político de gran envergadura. A partir de allí se han generado nuevas realidades, que todavía no sabemos manejar, pero que debemos hacerlo, porque son componentes de una política judicial estable. En primer lugar, se genera una corriente de opinión calificada, porque proviene del sector de los políticos profesionales, pero que debería ser considerada "lega" conforme a los patrones clásicos de opinión en estos temas. La aparición de los "políticos" hablando del tema judicial, ha desorientado a los tradicionales formadores de opinión sobre la situación judicial. En segundo lugar, el tema es "tomado" por los medios de comunicación y ello también genera nuevas realidades: masificación de problemas que antes eran conocidos por círculos pequeños, el establecimiento de prioridades distintas, un aceleramiento de la discusión, nuevas formas de "amarillismo", ya no policial sino judicial, la aparición de funcionarios tentados por la fama rápida que otorgan los medios; en fin, un conjunto de realidades nuevas, que posiblemente formen parte de la "cuestión judicial" en el futuro. La tercera es la aparición de organizaciones sociales o sectores de ciudadanos dispuestos a tomar el tema judicial como propio y a influir en la definición de las políticas de cambio.

7. Ahora bien, esta etapa de sensibilización se ha caracterizado, a mi juicio, más por su extensión que por su profundidad. Es la etapa de muchas frases hechas, que no por ello dejan de ser eficaces: “justicia lenta”, “justicia cara”, “colapso judicial”, “justicia corrupta” y otras han sido la expresión de un descontento que se ha generalizado pero que no va más allá en la percepción de las causas y de las posibles soluciones. Esto es importante porque creo que en el futuro será necesario pasar de esta sensibilización espontánea a una sensibilización dirigida, como parte de la educación cívica de la sociedad. Una toma de postura acerca del funcionamiento de la administración de justicia es parte esencial de la conciencia cívica de los ciudadanos y el sostenimiento y profundización de esa conciencia es parte de los esfuerzos por el sostenimiento del sistema democrático en nuestros países.

8. También es de vital importancia tomar conciencia de esta etapa porque no es con ella respecto de la cual se debe evaluar los nuevos sistemas. Toda evaluación requiere una base que sirva de punto de partida, de espejo para saber si los cambios han sido positivos. Cuando esos cambios están sostenidos por programas de cooperación internacional mucho más aún requieren este tipo de punto de referencia para la evaluación. Ahora bien, si se toma este estado de insatisfacción, tan difuso (no por ello menos cierto) como subjetivo, puede generarse la sensación de que ningún cambio positivo se ha producido. Pareciera que tras esto hay una falacia, pero no es así. Lo que existe es, por el contrario, la toma de conciencia de que construir un sistema de justicia satisfactorio es prácticamente imposible y que toda sociedad con conciencia cívica tiene que mantener un grado de insatisfacción con sus sistemas de justicia, en especial con la justicia penal, que aún no puede prescindir de elementos crueles, ligados directamente al uso de la fuerza.

9. Pero, en realidad, el verdadero punto de inflexión es cuando esa sensibilización difusa se transforma en un modelo alternativo. La elaboración de ese modelo (que muchas veces se expresa en Proyectos de Códigos, por ejemplo) es el momento de paso de la sensibilización difusa a la toma de conciencia (por ciertos sectores, por lo menos) de los problemas concretos que se deben resolver. Aquí comienza el verdadero proceso de cambio. Es la etapa en que las frases hechas son sustituidas por estructuras concretas. Por ejemplo, “justicia lenta” pasa a ser un diagnóstico certero acerca de la duración del proceso, pero más aún pasa a ser un modelo alternativo de control de la duración del proceso. La vaga idea de la sobrecarga pasa a convertirse en los mecanismos concretos de selección, salidas alternativas, etc. En general puede decirse que el grado de concreción está íntimamente ligado a una toma de conciencia sectorial que, ahora sí, constituye el punto de referencia para toda evaluación futura. Por supuesto no se podría esperar que todos los sectores participen en el diseño de un nuevo modelo procesal-organizacional, pero lo cierto es que cuando más amplia es la participación, más rica y profunda será la toma de conciencia, aunque el proceso de elaboración de modelos alternativos se complique muchas veces por la pluralidad de enfoques.

10. Ello es un elemento que debe ser destacado con mayor claridad. Tradicionalmente se entendía que la elaboración de las grandes leyes y, en especial, los Códigos, debía ser un trabajo de gabinete, confiado con exclusividad a un grupo de técnicos. Nadie desconoce que el proceso de

diseño de sistemas procesales tiene un alto contenido técnico, pero uno de los mayores avances en esta etapa de la transformación judicial ha sido la apertura que se ha generado hacia mayores sectores sociales, de temas que antes se consideraban reservados a los círculos de abogados. Esta discusión ha sido altamente positiva y no debe ser evaluada en tanto aporte soluciones técnicas, lo que sería un obvio contrasentido, sino en tanto ha contribuido a una toma de conciencia que permite avanzar, a sectores sociales más amplias, un poco más allá de este primer estadio de sensibilización difusa.

11. La elaboración de un modelo de alternativa obliga a una crítica al sistema anterior. En nuestro caso ha significado una mayor toma de conciencia de las características del sistema inquisitivo y de sus falencias principales. El mayor problema de esta etapa ha sido, a mi juicio, el de neutralizar la tendencia e la comunidad de abogados a diseñar los sistemas procesales en base a sus necesidades corporativas y no en base a las necesidades sociales. Es sorprendente ver como al gremio de abogados le cuesta diferenciar algo tan simple como esto. En ellos está arraigado al máximo el principio de que, en lo que a sistemas judiciales se refiere, lo que es bueno para los abogados es bueno para toda la sociedad. Este es un peligro tan grave como real. La participación en el diseño mismo del nuevo sistema de organizaciones no formadas por juristas ha ayudado — en aquéllos países donde se ha producido — a evitar o minimizar este grave peligro. De todos modos la comunidad jurídica presiona enormemente para diseñar un modelo procesal “a su medida” y esta es una tendencia también permanente, con la que debe lidiar toda política judicial. En las etapas sucesivas irá apareciendo esta tendencia de diversas formas.

12. No se puede generalizar acerca de los agentes sociales del cambio. En algunos países ha sido un sector del poder judicial; en otros, un sector de la dirigencia política; en otros la presión de la comunidad internacional y en algunos un pequeño sector de la comunidad académica. De cualquier forma creo que se puede decir que se logra superar esta etapa cuando se produce un acuerdo básico entre sectores políticos más conservadores, pero convencidos de la necesidad de reformar el Estado y dar respuesta a las exigencias de seguridad jurídica de la comunidad internacional, y otros sectores más progresistas, con mayor sensibilidad respecto del sistema de garantías, pero con el suficiente pragmatismo como para gestionar un consenso político, incluso con sectores respecto de los que mantiene disensos en otros sectores. Este acuerdo, realizado sobre la base de modelos concretos, ha sido el que ha permitido superar esta etapa y llegar a la tercera, que podríamos llamar de “lucha parlamentaria”.

13. A cualquier persona que sea interrogada acerca de sus deseos respecto del trámite parlamentario dirá que, sin duda, leyes de la complejidad y extensión de los Códigos y leyes orgánicas necesarias para transformar la justicia penal, deben tener un trámite parlamentario “limpio”, es decir, tratamiento en comisiones técnicas y luego aprobaciones a libro cerrado o sobre tablas. Sin embargo, en mi experiencia no he visto que esto haya ocurrido así. En gran medida porque las leyes procesales tienen una incidencia directa en asuntos tales como los rutinas de trabajo, los modos de ganarse la vida,

el prestigio profesional, la cantidad de trabajo, los modos de delegación de funciones, incluso en la actividad privada, y por ello todos consideran que tienen algo que decir acerca de la bondad de esas leyes. Esto se ve acrecentado porque la comunidad de abogados tiene un gran poder de “lobby”, que se manifiesta en mil formas de asesoramiento a los parlamentarios. Lo cierto es que el trámite parlamentario suele ser tortuoso y complejo. Es de fundamental importancia mantener cierto control sobre los cambios que se van proponiendo porque los errores que se producen por incomprensión del sistema. Establecer un adecuado sistema de colaboración entre los equipos de diseño y los legisladores se ha demostrado como una herramienta esencial para minimizar los riesgos de distorsiones no pensadas, productos de las opiniones que van proponiendo “pequeños” cambios en cada artículo.

14. Otro elemento importante de esta etapa ha sido la modificación de las estrategias e, incluso, los sistemas de alianzas. Los parlamentos de todo el mundo tienen su propia dinámica política, difícil de estandarizar. Conocer y diagramar una nueva estrategia, propiamente parlamentaria, para esta etapa, ha sido condición de éxito en diversos lugares. Para ello es necesario un adecuado conocimiento de la agenda parlamentaria y de la agenda del Poder Ejecutivo, ya que en nuestro países él es el impulsor principal de la agenda del Parlamento. Muchas veces se ha producido — y creo que con un efecto contraproducente — que cuando el Proyecto de reforma ingresa al Parlamento, entra en un cono de sombra y queda oculto nuevamente para la sociedad. Es importante en esta etapa diseñar una nueva forma de relacionar al Parlamento con el conjunto de opiniones sociales. No porque ellas puedan influir en temas concretos, pero sí lo hacen — y enormemente — a la hora de fijar las prioridades en la agenda. Además, si bien no lo hace totalmente, ayuda a neutralizar las influencias “de pasillo”, que a veces trasladan con una fuerza enorme opiniones de sectores muy minoritarios de la sociedad e, incluso, de la comunidad jurídica.

15. Normalmente se suele pensar que esta etapa debería ser breve, ya que ha estado precedida de un trabajo técnico, muchas veces acompañado de mucha discusión. Sin embargo, pareciera que la tendencia es a períodos más menos largos de permanencia de los proyectos de ley en el Parlamento. Sostener el tema dentro y fuera del Parlamento durante esta etapa es una de las tareas más desgastantes. Muchas veces, incluso, el Poder Ejecutivo cree que ha cumplido con presentar los proyectos de leyes. Otras veces los equipos gestores en las etapas anteriores ya llegan desgastados a esta etapa y no se produce un recambio. Otras tantas la agenda parlamentaria impone otras urgencias o, como también ha ocurrido, el Parlamento comienza una interminable ronda de consultas sin tener un mecanismo claro de composición de las diferentes opiniones. Es raro, pues, que un proyecto de ley procesal y orgánico salga del Parlamento sin cambios, a veces sustanciales. Ello puede ser grave cuando el Parlamento hace cambios sin tener en cuenta los impactos sobre la implementación. Un equipo de asesores, atentos a las implicancias prácticas de las discusiones parlamentarias y con capacidad de presentar a los legisladores informes concretos sobre esos impactos, es una herramienta útil para minimizar estos riesgos.

16. De todos modos, es preferible un nuevo Código imperfecto, pero que produce cambios estructurales, a uno técnicamente superior pero que sólo queda como proyecto. Aquí es muy importante tener claras las diferencias entre una visión académica del proceso de reforma y una visión política de ese proceso. A mi juicio debe primar una visión política, lo que no significa descuidar el aspecto técnico de los sistemas propuestos. Significa, tan sólo, saber negociar, generar consensos y lograr las mejores soluciones posibles sin frenar todo el proceso por discusiones parciales, más o menos insustanciales o remediabiles en el futuro. Debemos tomar conciencia que salir del sistema inquisitivo es algo tan extremadamente difícil que lograrlo bien vale dejar algún concepto en el camino, siempre que no se trate de aquéllos que justifican el cambio. Se debe imponer, pues, una visión política en esta etapa: luego cuando se deba recomponer el sistema, mediante una interpretación integradora, la visión académica podrá recuperar terreno. Así, un día se llega a la aprobación del Proyecto y aunque parezca mentira, ha sido siempre un problema contar con una buena publicación del nuevo texto, que seguramente entrará en vigencia dentro de uno o dos años.

17. Mención especial merece el problema de los mecanismos para la entrada en vigencia: aquéllo que podemos denominar la ley de transición de un sistema a otro. Una parte importante de la discusión parlamentaria suele girar en torno a este problema y las soluciones son muy variadas. Lo que la experiencia ha señalado hasta ahora es que los instrumentos con lo que pretendíamos regular la transición son muy pobres y el tema debe ser estudiado con mayor profundidad.

18. Aprobado el proyecto ingresamos a la cuarta etapa, que podríamos llamar de "planificación del cambio". Posiblemente esta haya sido una de las etapas más difíciles, por diversas razones. La primera de ellas es que no contamos con datos suficientes sobre los sistemas que hay que cambiar. No existe en América Latina una base de estudios empíricos suficientes como para dotar a la planificación de pilares más firmes. Uno de los grandes errores de los programas de cooperación internacional ha sido no ayudar de un modo sostenido a construir estos centros de información. La segunda de ellas es que las instituciones judiciales — en sentido lato — no tienen costumbre de planificar. Como siempre las cosas se han hecho del mismo modo, no es necesario planificarlas. Es común observar que en muchos países ni siquiera existen oficinas que, por lo menos formalmente, se ocupen del problema del desarrollo organizacional de las instituciones judiciales. La tercera dificultad resulta de una concepción mágica sobre el funcionamiento de la ley, de modo que no existe una preocupación por desarrollar las medidas necesarias para que la ley entre en vigencia. Por último, conspira también el hecho de que el incumplimiento de la ley — y mucho más aún en aspectos procesales — es aceptado sin gran escándalo. Este conjunto de dificultades ha hecho que la planificación para el cambio sea una etapa compleja, en la que gran parte de la energía se gasta en lograr que el tema no sea olvidado.

19. Por otra parte, en esta etapa también ha continuado la puja política entre los sectores proclives y reacios al cambio. Los sectores conservadores apuestan a la no entrada en vigencia, a que se produzca una "catástrofe"

a que el sistema se “derrumbe” y otras frases similares. Todavía recuerdo como los sectores contrarios a la aplicación de la oralidad en materia civil en Uruguay expresaban, incluso por los medios de comunicación, a, ue se produciría una verdadera hecatombe en el sistema judicial. Hoy cualquiera discutiría sobre los problemas de corrección que necesita la oralidad, pero es evidente que no se producen catástrofes. Pero en todos los procesos de vacancia de la ley se ha generado desconfianza acerca de su entrada en vigencia y ello siempre ha habilitado el proceso de planificación. Mucho más aún en los planes de capacitación, a, ue son un elemento esencial en la preparación para el cambio, ya que a la tradicional despreocupación de los abogados por su formación se le suma el hecho de que la desconfianza en la entrada en vigencia hace que no exista mayor entusiasmo por gastar fuerzas en la preparación.

20. La quinta etapa es la de entrada en vigencia, el momento en el cual todas las instituciones deben comenzar a trabajar conforme lo previsto en las nuevas leyes. Por supuesto que esta es una etapa delicada y difícil: mucho más delicada y difícil cuando el cambio es más profundo. Por ejemplo, no es lo mismo la entrada en vigencia de un sistema que establece la oralidad, para deja intacta la estructura de investigación (como es el caso argentino), de otros donde se ha modificado la investigación (como es el caso de Guatemala) ya que nos es igual la profundidad del cambio. Aquí es necesario tener en cuenta — e insistir mucho en ello — que la reforma no es un hecho sino un proceso, que tiene inicio pero no final. Que parte de la transformación es que ese proceso de cambio no tenga final, que se sostenga en el tiempo como una política de permanente ajuste del sistema judicial a las necesidades sociales.

21. Luego viene un período de ajuste (etapa en la que los países que más avanzaron en América Latina se encuentran ahora) que normalmente debe durar unos años, ya a, ue es imposible tener claridad acerca de los elementos que es necesario modificar hasta que no se manifiesten prácticas más o menos estables que puedan ser evaluadas. Muchas veces es notoria la “impaciencia”, normalmente de los sectores conservadores, por generar modificaciones sin saber verdaderamente que es lo que hay que cambiar. O también es notoria la confusión entre “insatisfacciones” o “molestias” que sienten los operadores jurídicos, obligados a utilizar nuevos instrumentos, con verdaderos problemas del sistema. Nuevamente aquí nos encontramos con el gravísimo problema de la falta de centros de información y de programas de investigación empírica.

22. Como toda clasificación ella es simplemente un instrumento para la reflexión y la acción. Creo que la diferenciación de las etapas del proceso de cambio, nos permite profundizar en el análisis de algo complejo, sobre el cual no existe mucha experiencia acumulada y en contextos sociales en los que no existe tanto margen para el ensayo y el error. Tampoco se debe olvidar que toda clasificación conlleva una cierta simplificación: la vida social es siempre mucho más rica que cualquier esquema explicativo; los procesos políticos son difíciles de reducir a elementos comunes sin perder gran parte de su riqueza. Lo que es importante para una reunión de reflexión como

esta que nos convoca es ajustar las expectativas, ya que ellas son las que guían la evaluación y las que generan la fuerza emocional sin la cual es imposible producir cambios de esta envergadura.

3. Que significa implementar un sistema de juicio oral y base acusatoria?

23. Creo que es valido hacernos la pregunta de este capítulo. Pareciera que la respuesta es sencilla: se trata de poner en marcha una nueva manera de hacer los juicios, una nueva manera de investigar y una nueva manera de defender a los imputados. Ello es lo mismo que no decir nada. En cierto modo, una débil conciencia de la complejidad del cambio ha llevado a muchas imprevisiones y ha generado enormes dificultades posteriores. Implementar el nuevo sistema significa generar cambios importantes en un sistema ya existente, pero que ahora adquirirá una configuración diferente. Esto merece una mayor explicación. El sistema de justicia penal es algo mayor que la forma de los juicios y el modelo de investigación. Como sistema está formado por muchos elementos, algunos de ellos conformando, a su vez, otros subsistemas. Por ejemplo, la policía, los colegios de abogados, los jueces, las costumbres, etc. son elementos del sistema de justicia penal. En términos generales es un sistema cultural, una determinada forma de interacción humana, altamente formalizada y orientada hacia fines no siempre tan claros.

24. Dentro de ese sistema cultural que es la justicia penal, algunos elementos quedarán inalterados — gran parte del componente humano, muchas expectativas sociales, instituciones que no son modificadas, etc., — y otros, de gran importancia, serán modificados. El nuevo sistema será, entonces, una nueva combinación de elementos viejos y nuevos. Lo radicalmente nuevo es que la interacción de esos elementos (y ello es, en definitiva, lo que define al sistema) será modificada, pero ese cambio es tanto una influencia de los elementos nuevos sobre los viejos, como una presión de los viejos sobre los nuevos. Ello no quiere decir que no exista una ruptura. Al contrario, lo que define a un verdadero proceso de transformación es que produce un salto cualitativo de ese sistema, colocándolo ahora en posibilidad evolutiva. Pero que exista un salto cualitativo no significa — y la poca percepción de esto también ha contribuido a generar errores — que no exista una enorme influencia de la tradición en el nuevo sistema.

25. El núcleo central del cambio reside en la "estructura del litigio". Ella es el elemento central en la configuración del sistema de justicia penal. El modelo inquisitivo tiene una estructura del litigio (en realidad aquí la palabra litigio no se debería aplicar en rigor) consistente en la actividad unilateral del juez y las acciones subsidiarias y de "colaboración" de los demás sujetos procesales. Por ello en el sistema inquisitivo los sujetos procesales tienden a ser vistos — y de hecho se ha teorizado en este sentido — como "auxiliares de la justicia". Esto es un modelo completo de interacción, que influye en todos los demás elementos del sistema y por ello adquiere una centralidad en la configuración de la justicia penal. Como modelo de interacción es un modelo comunicativo, basado en un modelo de expectativas y valores, básicamente la confianza en que la capacidad interior del juez, su sapiencia e integridad, es suficiente para garantizar la

correcta aplicación de las leyes. Este modelo es muy fuerte, tiene connotaciones morales muy arraigadas y entronca con tradiciones del derecho canónico que ya tienen varios siglos.

26. En la base de los sistemas de juicio oral y acusatorios existe una estructura del litigio totalmente diferente. Ya no es un modelo unilateral sino “dialógico”, la confianza no se deposita únicamente en la acción reflexiva del juez, en su *sínderesis*, sino en la controversia, en la discusión entro de un marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio. Los sujetos procesales ya no pueden ser considerados auxiliares de la justicia sino protagonistas esenciales del proceso y el eje se traslada del interior del juez a la discusión pública, propia del juicio oral. Como podemos ver, existe un gran cambio en esto aue algunos, como han llamado “epistemología del proceso”. En realidad, este cambio en la estructura del litigio influye en las tres “búsquedas” básicas del proceso: la adquisición de los hechos, del derecho y de los valores.

27. Implementar un nuevo sistema es, ensayando una definición, realizar un conjunto de tareas, ubicadas en distintos niveles, pero todas ellas orientadas a *sostener el cambio en la estructura del litigio*. Por supuesto que al cambiar de un sistema a otro existen otras muchas tareas aue hay aue realizar, pero el núcleo central de la implementación reside en todas aquellas medidas que aseguran que se produzca verdaderamente el cambio en la estructura del litigio. La comprensión de esto es esencial a la hora de detectar los puntos críticos y de seleccionar los esfuerzos. También es esencial porque si no se produce, o se produce de un modo imperfecto el cambio en la estructura del litigio, la capacidad evolutiva del sistema se verá afectada. Esa capacidad evolutiva es esencial, ya que sobre ella se asienta la política judicial futura.

28. Esto que he dicho no es una simple teorización. Por ejemplo, en aquéllos sistemas en los que se establece el juicio oral pero no se modifica el sistema de instrucción, la probabilidad de que se produzca un cambio en la estructura del litigio es baja y una mala implementación puede disminuirla aún más. Del mismo modo cuando se malinterpreta el sistema acusatorio y se cree que es dejar el mismo sistema de instrucción, nada más que ahora a cargo de los fiscales, se puede producir el mismo efecto. En ambos os casos se podrá generar un efecto superficial de cambio, pero probablemente el sistema inquisitivo — con su propia estructura del litigio — haya quedado intacta y ello condicionará enormemente la política judicial o facilitará la involución del sistema.

29. Ahora, decir que implementar significa “sostener la nueva estructura del litigio” no significa descartar ninguna de las actividades que normalmente se realizan en esta etapa sino darles una orientación precisa. Por ejemplo, todos sabemos que el componente de capacitación es esencial en la implementación, pero muchas veces no se ha comprendido el nuevo papel de los sujetos y la nueva interacción entre ellos y se pretende seguir capacitando a los jueces como si de ellos dependiera todo el proceso, tal como ocurre en el sistema inquisitivo. No se ha comprendido, entonces, la nueva estructura del litigio. Otras veces, ni siquiera se ha trasmitido

correctamente lo que significa "litigar" ya que, como dije anteriormente, en el sistema inquisitivo no existe litigio en sentido propio. De tal modo que no se les enseña a los abogados a litigar. Por ejemplo, todavía la Universidad no enseña a litigar, por más que realiza innumerables cursos de "practica procesal". Esto influye en las medidas administrativas, en el diseño de los nuevos espacios, en las formas organizativas, etc. En definitiva, la estructura del litigio es el principio rector de la implementación del nuevo sistema.

30. Es importante, pues, profundizar en los modelos de jueces, fiscales y defensores que el nuevo sistema requiere. Pasar del juez inquisitivo al juez que decide una controversia o vigila que ella no sobrepase los límites constitucionales o el juego limpio es más traumático de lo que podemos imaginar. Sobretudo porque allí se afecta al meollo de la anterior estructura. Esto no significa una novedad, sino recuperar otro de los modelos de juez que hemos elaborado en nuestra civilización. Una de las dificultades más grandes no reside en la comprensión intelectual de este cambio sino en la aceptación emocional. Y la mayor dificultad en la aceptación emocional es que se produce un cambio importante en el ejercicio práctico del poder por parte del juez. En el esquema inquisitivo el juez asume mucho poder "administrativo" y delega poder "judicial"; en la nueva estructura debe ocurrir lo contrario, pero, paradójicamente, porque el poder judicial es un poder de mayor fuerza y entidad que el administrativo, esto es percibido por los jueces como una pérdida de poder. Personalmente creo que gran parte de la debilidad del Poder Judicial como institución proviene de esta inversión en el ejercicio del poder. Preparar emocionalmente a los jueces para este cambio en el ejercicio del poder es una tarea importante dentro de los procesos de implementación.

31. Algo parecido sucede con los fiscales. El perfil común del fiscal en la mayoría de nuestro países es el de un funcionario que produce dictámenes, que lee los expedientes, solicita medidas y todo ello sin una gran transcendencia. El paso a un fiscal que ahora tiene la iniciativa, que debe organizar la investigación, que no puede recostarse en el juez, ya que inclusive ahora el juez lo controla, que debe enfrentarse al defensor es la parte más conflictiva del cambio. Ese fiscal nunca existió en América Latina. Es esencial generar un modelo de organización adecuado para este tipo de fiscal. Muchas de las leyes del Ministerio Público han sido diseñadas sobre la base del perfil del fiscal anterior y por ello no contribuyen eficazmente al cambio, por más que incluyan cláusulas por las cuales se le asigna el ejercicio de la acción pública o la dirección de la investigación. Dentro de este cambio, la "dirección funcional" sobre la policía sigue siendo un gran interrogante. Incluso todavía la Policía no ha sentido fuertemente esta dirección funcional, así que ni siquiera hemos comenzado a enfrentarnos a los problemas que surgirán de esta nueva e imprescindible relación.

32. El tercer elemento esencial en un concepto adecuado de implementación reside en la defensa. Y aquí ocurre algo sorpresivo, ya que no se le ha asignado una mayor transcendencia a la capacitación y al cambio de actitudes por parte de los abogados defensores particulares, asumiendo quizás que eso es algo que les corresponde realizar a ellos por sí mismos. Aquí subyace

una mala comprensión de lo que significa “implementar el nuevo sistema” ya que sin el aporte del abogado defensor la nueva estructura del litigio se resiente en sus bases mismas, además del debilitamiento del sistema de garantías. Es imposible sostener un verdadero cambio del sistema sobre la base de la actuación de jueces y fiscales. Mucho más grave aún es esto cuando se carece de verdaderas organizaciones de defensa pública. La defensa pública está pendiente de una reflexión más profunda y de un verdadero cambio de paradigma. Ha sido considerada como un elemento subsidiario y auxiliar de la defensa privada cuando en nuestras sociedades en ella descansa el mayor porcentaje de defensas. Los sistemas de base contradictoria no generan mayor problema con la defensa sino que ponen en evidencia la debilidad de su organización. El juicio oral mismo hace que la presencia del defensor no pueda ser omitida. Pero no debemos confundir la manifestación de un problema con su creación.

4. Cambio cultural y recomposición del sistema inquisitivo

33. Quisiera aprovechar este capítulo para hacer algunas precisiones. Dijimos que implementar era, básicamente, “sostener la nueva estructura del litigio”. Ahora agregaría lo siguiente: implementar es dotar al sistema de capacidad evolutiva. Ambas proposiciones están indisolublemente unidas, pero no significan lo mismo. Sólo con la nueva estructura del litigio podrá tener capacidad evolutiva. Y por capacidad evolutiva entendemos la aptitud del sistema para incorporar progresivamente — y cada vez con mayor intensidad nuevos valores, nuevas actitudes, nuevas relaciones. Por eso es importante generar una permanente visión crítica. Existe aquí un nuevo problema que simplemente puedo enunciar: normalmente los sectores más críticos al sistema judicial son los que luego llevan adelante los cambios. Si este esfuerzo tiene éxito puede ocurrir que esos sectores pierdan su capacidad crítica y lleve bastante tiempo la aparición de un nuevo sector crítico, en el sentido de buscar el perfeccionamiento del sistema — y no de volver atrás se entiende.

34. Es importante, pues, detectar cuales son los elementos más dinámicos del nuevo sistema con mayor capacidad evolutiva. Aquí la realidad puede dar sorpresas y por eso vuelvo a insistir en la debilidad que significa no tener adecuados centros de información. Puede ocurrir, por ejemplo, que un sector de jueces asuma una posición de liderazgo en el perfeccionamiento del sistema, a través de una jurisprudencia progresista — y se debe poder colaborar en el sostenimiento de ese liderazgo — o que ocurra algo parecido con los fiscales. Ciertas instituciones son rápidamente asimiladas y otras increíblemente resistentes; en fin, no creo que se pueda anticipar demasiado. Un adecuado sistema de simulaciones — sistemas que existen y están en desarrollo — puede ayudar, pero no reemplazar la observación directa del sistema en funcionamiento.

35. Del mismo modo, es importante detectar, desde el inicio, los puntos a través de los cuales el sistema puede involucionar. Aquí existe una mayor experiencia ya que en los casi doscientos años de desarrollo del sistema mixto se ha podido observar como se produce la recomposición del sistema

inquisitivo a través de la desnaturalización del juicio oral, las mil formas de afectar la intermediación, la delegación de funciones, la distorsiones de la prisión preventiva. En este sentido observar lo que ha sucedido en otros sistemas — y en especial la evolución de los sistemas procesales europeos puede ser de gran utilidad para realizar políticas preventivas. Esto también es difícil, ya que no existe experiencia y vocación para realizar políticas preventivas. La gran estabilidad del sistema inquisitivo siempre ocultó el hecho de que en realidad el sistema judicial estaba “a la deriva”, que nadie estaba al timón. Por supuesto que esto no significa confiar en que la Corte Suprema debe asumir esta función ya que ello fortalecería esa estructura verticalizada que estamos tratando de modificar. La Corte Suprema es el máximo tribunal y su jurisprudencia tiene un valor ejemplar — u obligatorio según los casos —, pero esto no debe ser confundido con la “conducción” o el gobierno del sistema judicial.

36. Todo lleva a considerar que la justicia penal, así como todo el sistema judicial, es un sistema cultural. En realidad esto se puede decir de cualquier organización, incluso de una empresa. Lo esencial es el cambio cultural y ese cambio cultural es algo más — y de índole objetiva — que un cambio de mentalidades. Un cambio de mentalidad (que siempre está en el plano individual), un conjunto de nuevos valores y nuevas formas de interacción, conforman esa unidad cultural que son los sistemas judiciales. Es claro que la nueva estructura del litigio no es condición suficiente para este cambio, pero es seguro que sí es una condición necesaria. No se debe subestimar en este campo la presión de la cultura inquisitiva, que es la más fuerte tradición jurídica que tenemos, ya que ha sido la cultura judicial oficial desde la época colonial. Las posibilidades de recomposición de esa cultura son tan grandes, que sólo un esfuerzo sostenido y de la misma intensidad que el utilizado para forzar los cambios está en condiciones de limitarla adecuadamente.

5. Las tareas pendientes

37. Como había advertido al inicio, esta ponencia sólo tiene el carácter de reflexiones que puedan nutrir un debate. A la hora de señalar los temas pendientes diré algo que puede parecer extraño: lo que está pendiente es la reforma misma. El proceso político de transformación está en su inicio y no debemos desaprovechar esta oportunidad histórica que permite que el tema judicial siga pendiente. Aquí — y permítaseme usar una frase infeliz — la impaciencia es sospechosa. Nadie en su sano juicio puede pretender que la transformación de un sistema judicial de raíces coloniales se puede realizar en unos pocos años. También debemos estar claros en algo: no debemos confundir los tiempos de la cooperación internacional con los tiempos políticos de cada uno de nuestros países. Esto no en el sentido de que las cosas se puedan realizar más lentamente — porque ese ha sido el tradicional argumento conservador — sino en el sentido de que este es un proceso que debemos sostener en el tiempo. Insisto: la reforma de la justicia puede comenzar pero no debe terminar.

38. Quedan pendientes muchos problemas muy concretos. El diseño de nuevas formas organizativas para el Ministerio Público, la creación de un

servicio público de defensa eficaz, la reforma de los planes de estudio universitarios, la creación de modelos de capacitación más imaginativos, las famosas reformas “administrativas” cuya realidad todavía no se observa, la creación de “observatorios judiciales”, nuevas formas de cumplir con el principio de publicidad, el uso de nuevas tecnologías, en fin, puede parecer desalentador realizar una lista, que genera la sensación de que todo está pendiente. Pero en realidad todo está pendiente, porque no hemos tenido políticas judiciales sostenidas. Sin embargo, todavía no estamos en condiciones de salir de las “políticas de emergencia” y, precisamente por ello, sostener el esfuerzo en este sentido, no perder la paciencia, ni confundir los tiempos, renovar el entusiasmo que cíclicamente decae son algunos de los desafíos concretos que la implementación de la reforma nos trae en lo inmediato.