

Sistemas Judiciales

Directores

Juan Enrique Vargas

Alberto Martín Binder

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Bielsa

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Florence Ellie

Alfredo Fuentes

María González de Asís

Linn Hammergren

Luis Paulino Mora Mora

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Cristián Riego

© 2005 - 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

© 2005 - 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 Enero de 2005

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"

❖ EDITORIAL	3
Por Jaime Arellano Quintana	
❖ TEMA CENTRAL	
<i>Posibilidades y límites de la comparación en los sistemas judiciales de las Américas</i>	
▶ Cristián Riego Ramírez: Informe comparativo. Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina.	4
▶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH: El acceso a la información judicial en Perú, Chile y Argentina.	23
▶ Felipe González y Jorge Contesse: Sistemas judiciales y racismo contra afrodescendientes.	39
▶ Biblioteca personal, por Edmundo Hendler: Sistemas penales comparados.	60
▶ Entrevista a Rachel Sieder: "La tendencia hacia más estudios comparados es lógica si pensamos en el momento global y político en el que estamos".	61
❖ NOTAS GENERALES	
▶ Mauricio Duce: El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios.	65
▶ Julio Espinoza Goyena: El nuevo Código Procesal Penal peruano. Apuntes preliminares respecto a su implementación.	83
▶ Alan Angell y Julio Faundez: Reforma judicial en América Latina. El rol del Banco Interamericano de Desarrollo.	90
❖ Reseñas bibliográficas	114
❖ Noticias	116
❖ Agenda	121
❖ Política Editorial	122

[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

Coordinadoras de Edición:

Ximena Catalán, Paula Mallimaci Barral

Equipo Editorial:

Francisco Godínez Galay, Pilar Ávila,
Andrea Cabezón, Bárbara Mastronardi

Diseño 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

El presente número de *Sistemas Judiciales* desarrolla los resultados de diversos estudios que el Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha emprendido en el último tiempo. Se trata de los informes comparativos con los que finalizan y se reúnen las principales conclusiones de investigaciones sobre las reformas procesales penales realizadas en los últimos años en América Latina, sobre el acceso a la información judicial en nuestros países y, finalmente, sobre sistemas judiciales y racismo contra afrodescendientes.

El primero de los estudios, relativo a las reformas a la justicia penal, se llevó a cabo en Argentina (provincias de Buenos Aires y Córdoba), Bolivia, Chile (dos estudios en años distintos), Costa Rica, Ecuador, Honduras, Guatemala, El Salvador, Paraguay y Venezuela. El estudio relativo al acceso a la información judicial, cubrió Argentina, Chile y Perú. Finalmente, aquél sobre sistemas judiciales y racismo, recogió información en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana.

Debe destacarse que, sin perjuicio de la amplitud de países y realidades cubiertas por las investigaciones y las luces que se entregan sobre las particularidades de cada una de ellas, queda demostrada la similitud de los problemas como de las posibles soluciones que permitirían superarlos. Así, por ejemplo, muchos de los problemas de productividad que presentan los sistemas penales reformados se deben a pequeñas y, en algunos casos bastantes obvias, deficiencias de gestión, las mismas que en aquellos países que han decidido encararlas han sido superadas sin necesidad de complejas ni costosas iniciativas legislativas.

También es digno de resaltarse lo que tienen en común estas tres investigaciones, más allá de las temáticas particulares que cada una de ellas aborda. Nos referimos tanto a la perspectiva con que han sido asumidas, como al objetivo perseguido con ellas.

En cuanto a lo primero, llama la atención el énfasis puesto en la generación de información, de datos sobre la realidad, superando la mera disquisición teórica que inunda los trabajos en el ámbito del derecho y la justicia. Los estudios persiguen desentrañar problemas concretos en el funcionamiento de sistemas e instituciones, a partir de un acercamiento a las cifras existentes (lamentablemente, muchas veces escasas y generalmente poco comparables) y a la experiencia directa de los operadores claves, expertos y usuarios del sector. Los estudios se muestran así como una aproximación valiosa a un ejercicio que debiera seguirse y mejorarse y en el que debiera intervenir no sólo una organización como CEJA, sino todas aquellas interesadas por la temática judicial, partiendo por las propias instituciones de justicia de los países de la región.

Respecto al objetivo perseguido, éste es muy claro: mejorar el nivel de justicia que reciben nuestros ciudadanos, particularmente en cuanto a calidad y oportunidad. La mira en los estudios siempre está puesta en el destinatario final de los servicios de justicia y, en tal sentido, analiza la medida en que las promesas que les han sido hechas, ya sea en las constituciones o en los procesos de reforma, son efectivamente cumplidas. Ciertamente este objetivo pasa por sensibilizar con los resultados obtenidos a los responsables del diseño y ejecución de las políticas públicas judiciales, lo que involucra tanto a Gobiernos y Parlamentos, como fundamentalmente a jueces, fiscales, defensores y demás operadores de los sistemas de justicia. Por ello, la difusión que estas ideas tengan y el grado de debate que se genere en torno a ellas, resulta fundamental para el cumplimiento del objetivo propuesto. Siendo así, es una excelente oportunidad que la Revista *Sistemas Judiciales* acoja y ayude a difundir estos trabajos. Quedamos a la espera de las reacciones de nuestros lectores. ■

Jaime Arellano Quintana
Subsecretario de Justicia de Chile
Vicepresidente del Consejo Directivo de CEJA

Cristián Riego Ramírez

Director Académico de CEJA,
cristian.riego@cejamericas.org

Asistente: **Fernando Santelices Ariztía**
Asistente de Proyectos de CEJA,
fernando.santelices@cejamericas.org

Informe **Comparativo**

PROYECTO DE SEGUIMIENTO DE LOS PROCESOS DE REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

Centro de Estudios de Justicia de las Américas
Versión Revisada: octubre de 2004



The third stage of the follow-up study on the criminal procedure reforms that have taken place in Latin America came to an end in 2003. The first two stages led to the production of reports for seven countries and one Argentine province. Reports for Chile, Costa Rica, Paraguay, and the province of Córdoba were completed in 2001 and the results of the study for Ecuador, El Salvador, Guatemala, and Venezuela were documented in 2002. The reports for Bolivia, Honduras, and the Argentine province of were carried out in 2003, thus completing the information gathering stage for practically all of the jurisdictions in which procedural reforms have been carried out in the Latin American region. The purpose of this project is to generate empirical information on the functioning of reformed systems in order to revitalize and improve the discussion of the implementation of criminal justice reforms in each country and the region.

Introducción

Durante el año 2003 se ha concluido la tercera etapa del estudio de seguimiento de las reformas procesales penales que han tenido lugar en América Latina. Durante las dos primeras etapas se realizaron reportes de siete países y una provincia argentina: en la primera etapa, en 2001, Chile, Costa Rica, Paraguay y la provincia de Córdoba, y en la segunda etapa, en 2002, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela. En 2003 se hicieron reportes de Bolivia, Honduras y la provincia argentina de Buenos Aires, con lo que se completó la recolección de información en prácticamente el total de las jurisdicciones que han hecho reformas procesales en la región latinoamericana.

El objetivo de este proyecto ha sido generar información empírica acerca del funcionamiento de los sistemas reformados, con el fin de revitalizar y mejo-

rar la discusión sobre los procesos de implementación de las reformas a la justicia penal tanto a nivel de cada país como regional.

Los reportes nacionales correspondientes al año 2003 se encuentran disponibles en la página web de CEJA (www.cejamericas.org), junto con los informes de los años anteriores. Cada uno de ellos contiene la exposición detallada de la información recopilada y el análisis que los autores hacen de los problemas encontrados en el proceso de implementación de la reforma.

Metodología

La metodología utilizada en este proyecto, en todas sus etapas, se tradujo en una serie de instrumentos de recolección de información que fueron elaborados por la dirección del proyecto, junto con

representantes de los equipos que tomaron parte en su primera versión el año 2001¹. En base a estos, cada equipo local elaboró un informe con la información obtenida. Los principales instrumentos utilizados fueron un cuestionario que da cuenta del contenido de la reforma procesal planteada, el modo en que ésta fue implementada, la forma en que el nuevo sistema funciona en la práctica, y un conjunto de pautas destinadas a mostrar los resultados de la observación de los juicios orales, que tuvieron lugar en los tribunales correspondientes al territorio jurisdiccional estudiado, en un determinado período de tiempo, normalmente un mes. A su vez, la recolección de la información y elaboración de los informes estuvo constantemente supervisada por el equipo coordinador de CEJA. Elaborados los informes nacionales, cada uno de ellos fue sometido a un proceso de validación en su respectivo país, realizado mediante reuniones de discusión en las que participaron diferentes actores del sistema, y cuyas conclusiones fueron recogidas por los respectivos estudios. En base a todo lo recopilado, fueron elaborados los informes comparativos.

Los problemas de los cuales dan cuenta los informes son en general bastante similares y aparecen explicados con cierto detalle en los informes comparativos de los años 2002 y 2003, publicados en los números 3 y 5, respectivamente, de la Revista *Sistemas Judiciales*.²

Consideraciones Iniciales sobre la tercera versión del Informe Comparativo

En este tercer informe, que pretende dar cuenta de las tendencias observadas en el total de las once jurisdicciones analizadas, cambiaremos la modalidad en la cual se presenta la información. En esta ocasión queremos mostrar, a partir de la observación del funcionamiento de los diversos sistemas, cómo el proceso de implementación de los nuevos modelos procesales penales supone una progresión de desafíos, avances y nuevos retos que es posible agrupar en etapas, y de esta manera ordenar una realidad que es muy compleja y que, en una mirada a priori, puede quedar condicionada en exceso por la sensación de lo incompleto del proceso, o

Los procesos de implementación requieren ser sostenidos por largos períodos de tiempo. Tanto en el caso de aquellos con inicios muy deficitarios, como en los que se muestran muy vigorosos en el inicio, el paso del tiempo ofrece oportunidades de mejorar y riesgos de decaer.

la percepción de fallas que por llamativas ocultan los éxitos que muchas veces son también importantes.

Nos parece que esta forma de presentar nuestra visión sobre la implementación de los sistemas de justicia penal que son producto de las reformas, permite resaltar varias cuestiones, las cuales en un informe que sólo da cuenta de su estado actual pueden quedar oscurecidas y que, en nuestra opinión, constituyen algunas de las constataciones más valiosas que hemos podido hacer en el proceso. Éstas constituyen un valioso aprendizaje, el cual es importante, sobre todo para los países que inician o están por iniciar un proceso de reforma. Entre ellas podemos señalar:

1. 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.
2. En general, el gran distanciamiento entre lo conseguido y las expectativas creadas tiene que ver con la incapacidad de los promotores de la reforma o de las instituciones involucradas para identificar los nuevos desafíos a partir de los logros alcanzados, o con la falta de manejo de los instrumentos necesarios para enfrentar esos nuevos desafíos. Existen también situaciones en las que el problema reside en la carencia de respaldo político para el proceso de implementación o en las inconsistencias de ese respaldo, o la incapacidad de las instituciones del sistema para mantener o reconstruir apoyos externos.
3. Los procesos de implementación requieren ser sostenidos por largos períodos de tiempo. Tanto en el caso de aquellos con inicios muy deficitarios, como en los que se muestran muy vigorosos en el inicio, el paso del tiempo ofrece oportunidades de mejorar y riesgos de decaer.
4. El avance de la implementación de las reformas requiere de la utilización de discursos e instrumentos muy diversificados para resolver los distintos desafíos que se plantean a lo largo de su evolución, y es necesario reconocer las necesidades de cada situación para identificar los instrumentos adecuados.

¹ Este cuestionario y todos los instrumentos metodológicos oficiales del proyecto (manual, documento base, instrucciones generales, pautas de observación y otros) están disponibles para su consulta en la sección de estudios de nuestro sitio web www.cejamericas.org/estudios

² Disponibles en www.sistemasjudiciales.org

La categorización que utilizaremos tiene un objetivo puramente analítico, que esperamos sea útil a los lectores para tener una visión dinámica del problema. En ningún caso pretende situar a cada uno de los países en los diversos niveles de evolución, ya que estas son simplificaciones que no se pueden aplicar mecánicamente a realidades mucho más complejas. Por otra parte, varias de las instituciones y sistemas que hemos analizado muestran avances y enfrentan desafíos que los ubican al mismo tiempo en más de uno de los niveles que a continuación describiremos.

Confiamos en que esta perspectiva de análisis pueda servir para enfatizar la necesidad de un proceso de seguimiento de la implementación de los procesos de reforma en cada país. Es indispensable que durante mucho tiempo y de manera sistemática se desarrollen estudios empíricos y debates encaminados a identificar con precisión los desafíos que los procesos de reforma enfrentan en su etapa de implementación, y que a partir de ahí se adopten las medidas necesarias para ir superando los problemas que se enfrenten en cada paso, en un proceso necesariamente evolutivo de aprendizaje institucional.

ÁREAS DE ANÁLISIS

A. Problemas de diseño legal

El propósito del estudio de seguimiento es producir información acerca de los procesos de implementación de un modelo procesal, cuyo diseño en general ha sido bastante homogéneo en sus contenidos. No obstante, al observar éstos hemos constatado que en muchos casos ellos presentan problemas importantes que no pueden ser resueltos a partir de los puros instrumentos característicos de la implementación como son la capacitación, gestión, ampliación de dotaciones u otros, ya que se trata de dificultades centrales del diseño del propio modelo, expresados en la ley o aún en la constitución del país en cuestión, y que impiden del todo el funcionamiento de las instituciones que fueron planteadas en el programa de la reforma o que distorsionan algunos de sus elementos constitutivos más importantes.

Lo regular es que estas distorsiones en el diseño se vinculen a una cierta distancia que se produce

entre los discursos político y legal. Es decir, aquellas propuestas que han sido acordadas por las autoridades del Estado entre sí y frente a la ciudadanía, y que constituyen lo que podríamos llamar la "oferta" política del programa de reformas, en algunos casos, no se expresa con consistencia en los textos legales que han sido aprobados, principalmente porque estos últimos son producto de una cierta transacción entre esa voluntad política de cambio y la cultura legal tradicional, la cual suele tener bastante más influencia en la producción de los textos legales de la que tiene el discurso público.

Es común entonces que en diversos países la voluntad política de cambio, expresada por ejemplo en los mensajes de los nuevos Códigos, en textos constitucionales o diversos discursos de las autoridades, aparezca contradicha o al menos relativizada por textos legales que, a lo menos en parte, reproducen reglas del viejo sistema, inconsistentes con las del nuevo y que se constituyen en obstáculos muy importantes al momento de la implementación. Estos pueden no ser insalvables, pero a veces constituyen un obstáculo serio por la cultura excesivamente formal en lo legal o bien una disculpa política para no hacerlo.

Entre los problemas de diseño legal que han resultado más críticos para efectos de la implementación nos parece que los característicos han sido los siguientes:

A.1. Defectuosa regulación de la oralidad

El establecimiento de la oralidad y superación del procedimiento escrito ha sido uno de los temas centrales de la reforma y en especial de los debates que han tenido lugar antes o durante la discusión de los textos legales. En general podemos decir que en la mayor parte de los países analizados los textos legales aprobados han sido bastante claros en la proclamación de la oralidad, como método de transmisión de información y producción de la prueba en la etapa del juicio.³

Como veremos más adelante, las dificultades del funcionamiento concreto de la oralidad han tenido que ver sobre todo con temas de capacitación de los actores. No obstante, también ha sido problemático, en varios casos, el hecho de que más allá de las reglas que regulan el juicio oral mismo, en muchos de los Códigos se han reproducido algunas

El propósito del estudio de seguimiento es producir información acerca de los procesos de implementación de un modelo procesal, cuyo diseño en general ha sido bastante homogéneo en sus contenidos.

³ Véase por ejemplo los artículos 326 y 333 del CPP de Costa Rica, el artículo 362 del CPP de Guatemala y el artículo 291 del CPP de Chile.

reglas, especialmente en materia de pruebas, que son inconsistentes con el método oral. Sumados estos problemas de diseño a los déficits de capacitación, contribuyen a la regeneración de la lógica del expediente y a su uso como elemento central de transmisión de información. Entre las normas probatorias que suelen quedar atadas al método escrito se encuentran algunas que tienen relación con actividades de investigación reguladas muy formalmente, dado su supuesto carácter irreproducible y que en el fondo consisten en la producción de actas que han de ser leídas en el juicio. También es común que la regulación de los peritajes se mantenga atada a la noción de peritos neutrales, designados por el tribunal, y cuyo informe consiste en un documento que no se sujeta a las reglas del debate oral⁴. Por otra parte, suelen existir reglas del propio juicio oral o de valoración de la prueba que reproducen la lógica de la prueba tasada. Por ejemplo, muchas regulaciones de la declaración del imputado se mantienen apegadas al esquema de la declaración indagatoria⁵, propia de los sistemas inquisitivos. Asimismo, existen diversas reglas sobre las declaraciones de testigos que dificultan el ejercicio de la contradicción⁶ o hacen rígida la valoración de su credibilidad por parte del tribunal.⁷

No podemos entrar aquí a un análisis pormenorizado de cada uno de estos problemas, pero, en síntesis, podemos decir que cuando durante la implementación existen esfuerzos destinados a hacer funcionar la oralidad, normalmente será necesario volver a las reglas con el fin de corregir problemas pendientes desde la etapa de diseño. Por su puesto que esto se puede prevenir si desde el primer momento se regula un juicio oral que efectivamente funcione como tal, para lo cual es necesario testear el conjunto de reglas que lo regulan, por ejemplo, a través de la simulación de casos.

A. 2. Falta de regulación de la función de garantía

Como veremos más adelante, uno de los principales problemas de la implementación en muchos países ha sido el funcionamiento de los tribunales de

garantía o control, esto es, los que intervienen en las etapas previas al juicio. En general, esta actividad ha tendido a reproducir los problemas del antiguo sistema: falta de transparencia, lentitud, delegación de funciones, entre otros.

Una parte de esos problemas se vinculan a un diseño muy precario o inexistente de esta parte de la actividad procesal. Otra, tiene que ver con problemas de implementación.

...es común que en diversos países la mantención de regulaciones propias del sistema inquisitivo tradicional de acuerdo con las cuales las medidas cautelares responden en su aplicación a parámetros rígidos y abstractos que, de manera general, podemos caracterizar como sistemas de delitos inexcusables.

Los tribunales de garantía son completamente nuevos en los sistemas procesales latinoamericanos, y a su respecto existe muy poca elaboración teórica y doctrinaria, lo que se ha reflejado en regulaciones muy escuetas y, en ciertos casos, confusas. En algunas versiones, estos tribunales han sido creados con muy pocas facultades, al traspasarse el conjunto de las facultades del juez de instrucción a los fiscales, incluyendo aquellas que afectan las garantías individuales⁸. En situaciones más favorables, la ley se ha limitado a establecer con claridad la función de estos jueces en términos de resolver imparcialmente los conflictos que se presenten entre fiscales e imputados, pero sin establecer con claridad los parámetros de su actuación en cuestiones tan importantes como el tipo de procedimiento a aplicar, oral o escrito, público o secreto,⁹ o en cuanto a si su función debe ser pasiva e imparcial o si deben seguir cumpliendo las funciones de oficio que tenían en el antiguo sistema, en temas tales como la aplicación de medidas cautelares. Respecto de estas últimas es común que en diversos países la mantención de regulaciones propias del sistema inquisitivo tradicional de acuerdo con las cuales las medidas cautelares responden en su aplicación a parámetros rígidos y abstractos que, de manera general, podemos caracterizar como sistemas de delitos inexcusables¹⁰.

Estas regulaciones derivan en una limitación muy severa de la función judicial de garantía, puesto que el principal conflicto que estos jueces debieran resolver es sustraído de su competencia. En la práctica esto genera la supresión de las garantías procesales

⁴ Véanse por ejemplo los artículos 225 y siguientes en relación con el artículo 364 del CPP de Guatemala, los artículos 213 a 224 en relación al artículo 350 del CPP de Costa Rica, y los artículos 231 a 246, en relación al 392 del CPP Córdoba.

⁵ Véanse por ejemplo los artículos 308 y siguientes del CPP de la Provincia de Buenos Aires.

⁶ Véase por ejemplo el artículo 378 del CPP de Guatemala.

⁷ Véase por ejemplo el artículo 144 del CPP de Ecuador relativo a la indivisibilidad del testimonio del acusado, o el artículo 301 del mismo texto en cuanto a permitir al juez a solicitar otras pruebas.

⁸ Véanse por ejemplo los artículos 281 y siguientes del CPP de Córdoba.

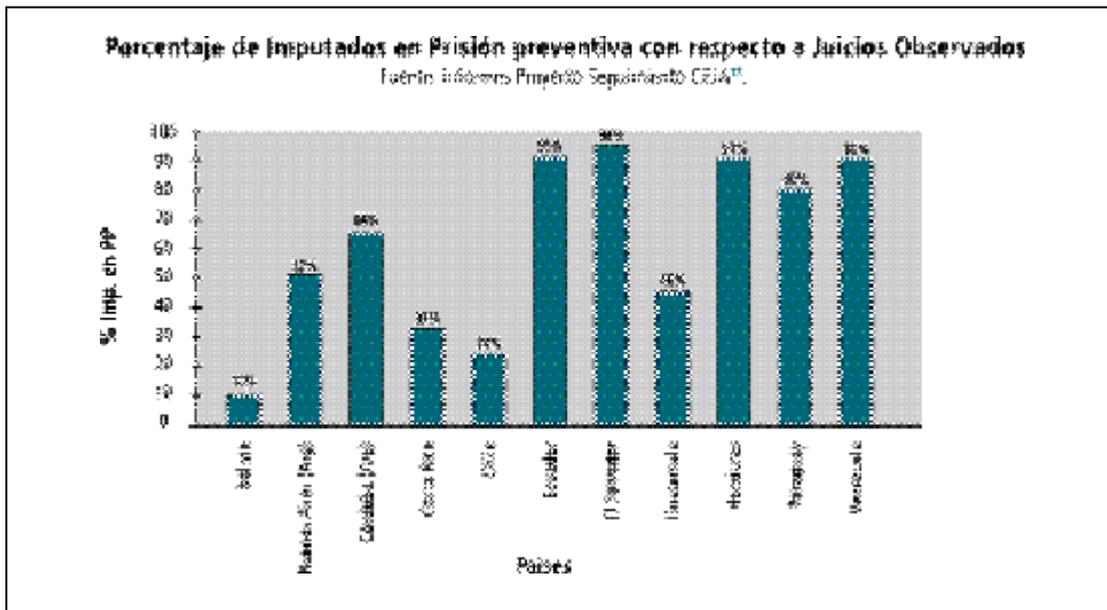
⁹ Véase por ejemplo el artículo 70 del CPP de Chile.

¹⁰ Véase por ejemplo el artículo 281 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, los artículos 157 y siguientes del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en relación al artículo 171 del mismo Código, y los artículos 259 y siguientes en relación al artículo 264 del CPP de Guatemala.

respecto de aquel segmento que queda sujeto al régimen de inexcusabilidad y, en consecuencia, la función de estos jueces se reduce a una mínima expresión. Aparentemente, todas estas regulaciones

han hecho que los juzgados de garantía hayan tenido un impacto muy limitado sobre la prisión preventiva, la que aparentemente se continúa usando masivamente.

Gráfico N° 1



Veremos más adelante cómo estos problemas de la legislación sumados a los de implementación han sido las causas de que esta actividad procesal constituya en general uno de los aspectos más problemáticos y deficitarios de los nuevos sistemas.

A. 3. Facultades y organización del Ministerio Público

Otros de los problemas de diseño que suelen afectar severamente la implementación de los sistemas procesales son aquellos que tienen relación con las facultades y la organización del Ministerio Público. En algunas ocasiones el traspaso de facultades de persecución penal desde los jueces de instrucción a los fiscales no ha ido acompañado de la entrega de las facultades necesarias para que este órgano pueda efectivamente reorganizar los métodos de trabajo y establecer sistemas nuevos que permitan racionalizar la actividad. En general estas restricciones se vinculan a las reticencias de algunos legisladores para abandonar el tradicional principio de legalidad, de acuerdo con el cual los órganos de persecución no tienen ninguna discrecionalidad para

evitar la persecución penal¹¹. De esta manera, al restringirse en exceso estas facultades a los fiscales, se les obliga a reproducir el sistema de tramitación tradicional de acuerdo con el cual todos los casos deben ser llevados adelante de manera uniforme, lo que a su vez obliga a la reproducción de un método masivo y burocrático de respuesta. Podemos apreciar a continuación cómo diversos códigos de la región contemplan estas facultades y cuál ha sido el uso de éstos por los respectivos Ministerios Públicos.

11 En el caso de Bolivia, según el Informe, esta cifra no se reflejaría en la realidad del país en tanto, según datos del Sistema Penitenciario, el 77% de las personas reclusas estaría sin condena. En el caso de Buenos Aires la cifra recoge sólo los Juicios Criminales del Dpto. de San Isidro. Asimismo, según el Informe de Buenos Aires, de acuerdo a cifras del Sistema Penitenciario, sobre el 85% de los reclusos se encuentra sin condena. En Chile, a modo de ejemplo, de acuerdo a la Cuenta Pública 2003 de la Defensoría Penal Pública, del total de imputados atendidos ese año, un 17.7% se encontraba bajo prisión preventiva.

12 Véase por ejemplo el artículo 5 del CPP de la Provincia de Córdoba.

Cuadro N°1

Facultades discrecionales, salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal reguladas en los Códigos Procesales Penales Fuente: CEJA						
Código País	Facultades discrecionales			Salidas alternativas		M. Simp. procesal
	Archivo	Desestimación	Oportunidad	Susp. a prueba	Acuerdo reparatorio	P. Abreviado
Bolivia	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Buenos Aires (Arg)	SI	NO	NO	SI	SI	SI
Córdoba (Arg)	SI	SI	NO	SI	NO	SI
Costa Rica	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Chile	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Ecuador	SI	SI	NO	NO	NO	SI
El Salvador	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Guatemala	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Honduras	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Paraguay	SI	SI	SI	SI	SI	SI
Venezuela	SI	SI	SI	SI	SI	SI

Pero aún en los casos en que se otorgan facultades como las indicadas, lo que se observa en general es que las diversas posibilidades de manejo de los casos que se otorgan a los fiscales se han diseñado sobre la base de ideas muy generales o concepciones muy abstractas acerca de cómo pueden resolverse los asuntos. Sólo en muy pocos casos este diseño se ha hecho sobre la base de un conocimiento más o menos realista de la carga de trabajo esperada, de las respuestas socialmente deseables para ésta y de los recursos disponibles para lograrlas.

Desde el punto de vista del diseño, parece indispensable que la ley que entrega las facultades de persecución al Ministerio Público no sólo le entregue a éste las facultades discrecionales mínimas, para poder controlar su carga de trabajo y otorgar respuestas diferenciadas, sino que ese diseño corresponda a una estimación concreta de resultados posibles. Por una parte, la carencia de este tipo de estimación hace muy difícil la posibilidad de exigir resultados y, por otra, corre el riesgo de inducir a fuertes equivocaciones en la relación entre el trabajo que se encarga al Ministerio Público y los recursos que se le otorgan.

B. Problemas en la implementación

Pero además de los problemas de diseño, o aún en ausencia de éstos, los procesos de implementación tienen sus propios desafíos y dificultades, los que requieren a su vez de una diversidad de instrumentos para su superación. Para efectos de analizar esta parte plantearemos tres niveles de desarrollo del proceso de implementación, cada cual con sus principales tareas y desafíos. Como ya hemos explicado,

estos niveles pueden coincidir o no con etapas temporalmente definidas y se trata sólo de categorías analíticas destinadas a distinguir niveles diversos de problemas.

Nivel 1:

Capacidad del sistema para asumir el cambio

Los procesos de implementación de las reformas procesales penales ocurridos en las décadas recientes en América Latina han sido muy vigorosos en general. Esto ha significado que a diferencia de otras importantes reformas legales sucedidas en la región en otros periodos históricos, las que nos ocupan han ido acompañadas de importantes procesos de inversión en personal, edificios y programas de capacitación.

La fortaleza y consistencia de estos programas de implementación ha variado en cada país, pero prácticamente en ninguno de ellos sería posible afirmar que se trató de reformas legales sin expresión en la realidad. En algunos casos ha sido el Estado y en otros la cooperación internacional, o ambos, quienes han realizado importantes esfuerzos destinados a traducir los cambios legales en cambios reales de las prácticas de los sistemas de justicia penal.

Esta situación, que hasta cierto punto es novedosa en la región, hace que en nuestro análisis excluyamos de este primer nivel del proceso de implementación la cuestión de la existencia misma de este proceso como primer desafío fundamental. Esto constituye un progreso muy claro respecto de otras iniciativas de innovación, algunas en la propia área de justicia, que han fracasado muy notoria-

mente debido a la carencia de todo esfuerzo por poner a funcionar aquello que se ha plasmado en nuevas leyes.

En general, los desafíos de este primer nivel tienen una vinculación importante con la disponibilidad de los recursos necesarios para llevar adelante las nuevas tareas que supone el proceso acusatorio, lo que incluye muchas veces refuerzos en las dotaciones de personal, cambios en la infraestructura y fondos para capacitación así como para coordinación entre las instituciones. En prácticamente todas las reformas que hemos examinado han existido esfuerzos presupuestarios relevantes para financiar la instalación del nuevo sistema. Eso no quiere decir que la falta de recursos no haya sido relevante en algunos casos como obstáculo para resolver algunos de los desafíos que analizaremos. No obstante, esa falta de recursos recae sobre aspectos o partes del sistema, frente a otros en los que sí han existido incrementos presupuestarios importantes, todo en el contexto de enormes diferencias entre los diversos países, los que van desde los que han multiplicado varias veces el gasto en el sector hasta otros que sólo han proveído lo mínimo para el nuevo sistema procesal.

Los desafíos de este nivel primario e inicial tienen también una expresión política muy fuerte. Este componente político del desafío inicial se vincula por una parte a las resistencias al cambio al interior de los propios órganos del sistema. Estas resistencias han sido muy relevantes en varios casos y algunos de ellos han sido bastante frontales como expresión de una oposición ideológica o corporativa al nuevo sistema. No obstante, las más importantes han sido solapadas y tenido que ver con una aceptación discursiva de los nuevos métodos de procesamiento, pero una resistencia muy fuerte a los cambios operativos concretos necesarios para poner en funcionamiento los nuevos mecanismos procesales, ya sea por dificultades en su comprensión, la protección de privilegios profesionales o de espacios de poder, o debido a la natural tendencia de las personas a mantener el statu quo. Sin embargo, estas resistencias no han sido normalmente generalizadas ni abarcan a todos los órganos involucrados. Ha sido usual por ejemplo que los jueces demuestren una gran voluntad de innovación mientras el Ministerio Público se haya restado a lo menos parcialmente. También ha ocurrido que los jueces de la base del sistema se

hayan comprometido fuertemente en el cambio, mientras que las cortes superiores conservan mucho de los viejos esquemas.

Una segunda dimensión política del cambio se vincula a la relación entre el sistema de justicia penal y el resto del sistema institucional. Aquí los desafíos tienen que ver a veces con un bajo apoyo político al proceso de reforma, el que se agota en la tramitación

legislativa y que durante el proceso de implementación se diluye e incluso se vuelve en contra, frente a problemas o errores de alta visibilidad pública que transforman al nuevo sistema en un blanco predilecto de la crítica, lo que a su vez contribuye a deteriorar aún más el proceso de implementación. Pero también se plantea en ocasiones la ocurrencia de crisis políticas y/o institucionales que no están vinculadas en principio a la justicia penal, pero que afectan muy severamente el proceso de implementación de las reformas, sea porque surgen intentos de manipulación

se plantea en ocasiones la ocurrencia de crisis políticas y/o institucionales que no están vinculadas en principio a la justicia penal, pero que afectan muy severamente el proceso de implementación de las reformas, sea porque surgen intentos de manipulación de algunos de sus componentes, la desarticulación de los grupos de apoyo del proceso de reforma o restricciones presupuestarias generales vinculadas a la crisis

de algunos de sus componentes, la desarticulación de los grupos de apoyo del proceso de reforma o restricciones presupuestarias generales vinculadas a la crisis, entre otras posibilidades. Este último tipo de situaciones han sido muy comunes en varios de los países, dado que el período de implementación de las reformas ha coincidido con años de gran convulsión política en la región.

Nos parece que en este primer nivel de implementación los desafíos más característicos que se han planteado en los diversos países son los siguientes:

a. El Ministerio Público asume la facultad de preparar la acción penal

Normalmente el cambio más problemático de la etapa de implementación del nuevo sistema procesal tiene relación con el comienzo de la tarea de persecución penal por parte de los fiscales. En la mayoría de los casos los Ministerios Públicos latinoamericanos son organismos que tienen su origen en el siglo XIX, a partir de la influencia del Código Napoleónico, y que han desempeñado históricamente funciones más bien formales vinculadas a la formulación de la acusación y control de la legalidad de las resoluciones judiciales. Al mismo tiempo, se trataba en general de organizaciones débiles, con poco personal y baja visibilidad en el conjunto del sistema judicial.

En consecuencia, la recepción de la facultad de perseguir criminalmente los delitos, dirigir la investigación de los mismos y sustentar las acusaciones frente a los tribunales, ha constituido un enorme cambio para los Ministerios Públicos, y representado un desafío muy importante, probablemente el más grande de su historia en cada caso.

Las dificultades más importantes en este proceso de traspaso de facultades, han estado vinculadas a la recepción de causas antiguas de los juzgados de instrucción, por una parte, y a la tendencia de reproducir los métodos de trabajo de los juzgados, por la otra.

En cuanto al problema de las causas antiguas, en varios países la transición de un sistema al otro se ha hecho sobre la base del sometimiento de toda la carga de trabajo pendiente al nuevo sistema y su traspaso al Ministerio Público¹³. Esto ha generado una grave crisis inicial que ha obligado al Ministerio Público a destinar mucho tiempo y recursos sólo a ordenar y procesar los casos antiguos, generándose enormes retrasos y una muy mala percepción del nuevo sistema por parte del público.

En otros países se ha utilizado una modalidad diferente que ha consistido en el traspaso de facultades restringido a las causas nuevas a partir de una cierta fecha, en tanto que las causas ya radicadas en los juzgados de instrucción se han mantenido en ellos hasta su término, usándose a veces formas especiales destinadas a su pronta liquidación.

El segundo problema, esta vez bastante generalizado, ha sido la tendencia del Ministerio Público a reproducir los métodos de trabajo de los antiguos juzgados de instrucción.

Como ya se ha dicho, estos Ministerios Públicos tenían una larga práctica vinculada al viejo sistema en el que cumplían una función bastante pasiva. Por otra parte, los programas de traspaso no han contemplado en general un diseño concreto de mecanismos destinados a dar operatividad a las nuevas facultades otorgadas a los fiscales en relación con los jueces de instrucción.

No obstante todos los problemas indicados, los Ministerios Públicos de todos los países han asumido concretamente las nuevas funciones. En la mayor parte de los casos este proceso ha estado acompañado de importantes aumentos en los presupuestos y las dotaciones de personal. En este último caso incluso bordeando cifras similares a las de países más desarrollados. A modo de ejemplo, es posible señalar las siguientes cifras aproximadas que reflejan el incremento presupuestal en los Ministerios Públicos y la ratio de fiscales por habitantes:

Las dificultades más importantes en este proceso de traspaso de facultades, han estado vinculadas a la recepción de causas antiguas de los juzgados de instrucción, por una parte, y a la tendencia de reproducir los métodos de trabajo de los juzgados, por la otra.

Cuadro N°2

Ministerios Públicos con carga del sistema antiguo Fuente: CEJA	
País	
Bolivia	Sí
Buenos Aires (Arg.)	No
Córdoba (Arg.)	No
Costa Rica	Sí
Chile	No
Ecuador	Sí
El Salvador	No
Guatemala	Sí
Honduras	No
Paraguay	Sí
Venezuela	Sí

13 Véase como ejemplo la situación de Costa Rica en el respectivo informe del Proyecto de Seguimiento.

Cuadro N° 3

Incremento Presupuestal en US\$ de los Ministerios Públicos				
Fuente: Informes Proyecto Seguimiento, CEJA ¹⁴				
País	Año	Presupuesto	Año	Presupuesto
Bolivia	1999	US\$ 6,98 millones	2003	US\$ 10,64 millones
Chile	2001	US\$ 18 millones	2003	US\$ 64 millones
Ecuador	2001	US\$ 7,65 millones	2002	US\$ 12,14 millones
El Salvador	1997	US\$ 8 millones	2000	US\$ 19 millones
Guatemala	1995	US\$ 11 millones	2001	US\$ 45 millones
Paraguay	1998	US\$ 7,71 millones	2002	US\$ 20,28 millones

Cuadro N° 4

N° Fiscales por cada 100.000 habitantes	
Fuente: Segundo Informe Comparativo, con la excepción de Chile cuya fuente es Boletín Estadístico Ministerio Público, primer semestre 2004.	
País	N° fiscales/ 100.000 habs.
Bolivia	3,7
Buenos Aires (Arg.)	2,7
Córdoba (Arg.)	8,5
Costa Rica	6,5
Chile	3,8
Ecuador	2,7
El Salvador	9,9
Guatemala	4,5
Honduras	6
Paraguay	3,2

Cuadro N° 5

N° Fiscales por cada 100.000 habitantes en países desarrollados		
Fuente: Duce, Mauricio. "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios" ¹⁵ .		
País	Año	N° fisc./100.000 habs.
Alemania	2002	6
Canadá	2000-2001	6,2
Estados Unidos ¹⁶	2001	10,5
Italia	1997	3,7

Al mismo tiempo, las nuevas responsabilidades han significado que los fiscales en general han aumentado mucho su visibilidad como actores del sistema, especialmente debido a su manejo de las causas de mayor connotación pública.

b. Los tribunales comienzan a desarrollar juicios orales

En la mayoría de los países que han encarado las reformas, la oralidad ha constituido una completa novedad. En tal sentido, la realización de audiencias públicas para la resolución de algunos casos de importancia ha constituido un cambio que ha marcado un hito importante en la cultura legal. Regularmente esta parte del nuevo sistema ha producido un impacto favorable en la comunidad y atraído alguno de los apoyos más importantes para la mantención de los cambios.

Durante los períodos de inicio del nuevo sistema, la oralidad suele funcionar sobre la base de unos pocos casos que llegan a la etapa de juicio oral y que son manejados sobre la base de altas dosis de entusiasmo y capacidad de improvisación, dado que en general no ha existido un trabajo sistemático destinado a hacerse cargo de la implementación de la oralidad. Como veremos, después del desafío de la organización de los primeros juicios orales surge muy pronto el problema de la capacidad del sistema de hacerse cargo de flujos crecientes de casos que llegan al sistema.

c. La defensa se hace presente en todas las actuaciones

En la mayoría de los casos la implementación de la reforma ha coincidido con el nacimiento de la defensa pública como un actor importante en el sistema de justicia criminal, sea porque ha supues-

¹⁴ En el caso de Chile incluye costos de operación e inversión inicial. Asimismo, para 2003 parte del presupuesto considera la implementación en la Región Metropolitana. Se toma en comparación con 2003 el año 2001 por encontrarse la reforma en vigencia (desde diciembre de 2000) en 2 regiones del país.

¹⁵ Publicado en este mismo número de Sistemas Judiciales, p. 65.

¹⁶ La cifra corresponde a ciudades de entre 500 mil y 1 millón de habitantes. Ciudades sobre el millón, registran una ratio de 12,3.

to la creación de un sistema institucional completamente nuevo para proveerla o porque se han producido aumentos muy sustanciales de las dotaciones de los antiguos sistemas de defensa gratuita. Como es obvio, a diferencia del sistema escrito, el nuevo exige la presencia de defensores al menos

en cada una de las audiencias orales que tienen lugar y, en consecuencia, el primer desafío consiste en lograr este objetivo. Por otra parte, la mayoría de los imputados no cuenta con recursos para proveerse un defensor y requiere por tanto del apoyo estatal para lograrlo.

Cuadro N° 6

Estructuras institucionales para la provisión de defensa Fuente: CEJA				
País	Nombre	Tipo de estructura	Tipo de profesional	Dependencia
Bolivia ¹⁷	Defensa Pública	Jerarquizada	Funcionario Público	Poder Ejecutivo
Buenos Aires (Arg.)	Ministerio Público de Defensa	Jerarquizada	Funcionario Público	Ministerio Público (Poder Judicial)
Córdoba (Arg.)	Asesores Letrados	Sin Institución	Funcionario Público	Poder Judicial
Costa Rica	Defensa Pública	Jerarquizada	Funcionario Público	Poder Judicial
Chile	Defensoría Penal Pública	Jerarquizada	Sistema mixto ¹⁸	Poder Ejecutivo
Ecuador	Defensores públicos	Sin Institución	Funcionario público	Poder Judicial
El Salvador	Procuraduría General de la República	Jerarquizada	Funcionario público	Ministerio Público
Guatemala	Instituto de la Defensa Pública Penal	Jerarquizada	Sistema mixto ¹⁹	Autónomo
Honduras	Defensa Pública	Sin Institución	Funcionario público	Poder Judicial
Paraguay	Ministerio de la Defensa Pública	Jerarquizada	Funcionario público	Poder Judicial
Venezuela	Sistema Autónomo de la Defensa Pública	Jerarquizada	Funcionario público	Poder Judicial

Como se señaló, la mayoría de los países ha encarado esta tarea por medio de la creación o el reforzamiento de los sistemas de defensa pública. En general, esto se ha traducido en la contratación de importantes números de defensores públicos que de hecho han logrado cumplir al menos con las exigencias mínimas, en términos de garantizar apoyo a los imputados en los actos más relevantes del proceso. Sólo en unos pocos países se encuentra todavía pendiente esta adecuación mínima a las necesidades del sistema. En esos casos, la nueva legislación procesal ha funcionado con enormes carencias de defensores por la falta de recursos²⁰, generando graves problemas de coordinación de las audiencias, demoras y una muy baja calidad del servicio en general.

Cuadro N° 7

Número de Defensores por cada 100.000 habitantes Fuente: Informes Proyecto de Seguimiento CEJA.		
País	Defensores	N° de defens. por / 100 mil hab.
Bolivia	68	0,8
Buenos Aires (Arg.)	132	0,9
Córdoba	17	1,4
Costa Rica	223	5,73
Chile ²¹	192	2,1
Ecuador	32	0,26
El Salvador	278	4,26
Guatemala	471	3,92
Honduras	233	3,3
Paraguay	96	1,7

¹⁷ Actualmente se encuentra en proceso de implementación la Ley No. 2496 "De Creación del Servicio Nacional de la Defensa Pública" desde el 4 de agosto de 2003.

¹⁸ El sistema de defensa en Chile contempla la existencia de defensores públicos de planta y abogados privados contratados bajo sistema de licitación.

¹⁹ En el sistema mixto de defensa en Guatemala actúan los "defensores públicos de planta o permanentes", quienes mantienen con la Institución de Defensa una relación laboral permanente y los "defensores públicos de oficio" quienes son abogados de ejercicio privado a quienes se les contrata para la defensa de personas sindicadas de delitos menores para casos concretos.

²⁰ Una situación particular, comentada en los informes anteriores, corresponde a Ecuador, donde el servicio de defensa es prácticamente inexistente, a pesar de la próxima creación de un servicio de defensa. Véase al respecto el segundo informe comparativo y el informe de Ecuador.

²¹ Datos según Cuenta Pública 2003 Defensoría Penal Pública. No incluye región metropolitana. Incluye 92 defensores institucionales y 100 abogados privados.

En los casos en que han existido incrementos de recursos para la defensa pública y se ha logrado una presencia generalizada de los defensores en los actos procesales, estos actores se han convertido en uno de los pilares más dinámicos del nuevo sistema, al menos en sus etapas iniciales. La sola presencia de abogados defensores ha producido mejoras relevantes en el respeto por las garantías básicas. Pero además, este hecho ha contribuido a favorecer la efectiva vigencia de los nuevos roles en aquellos actores que provenían del sistema tradicional. También ha sido común que institucionalmente la defensa pública se haya transformado en un importante soporte institucional del nuevo sistema, por ejemplo, oponiéndose en el debate público a propuestas regresivas o generando dinámicas innovadoras respecto de temas como la gestión o producción de estadísticas.

Nivel 2: Desafíos técnicos y organizacionales

Si hemos vinculado los desafíos del nivel 1 con la capacidad del sistema para resistir el enorme impacto inicial de abordar diversas tareas completamente novedosas, nos parece que la caracterización del segundo nivel tiene que ver con desafíos que tienen como elemento común la capacidad de los diversos órganos del sistema para introducir cambios sustanciales en sus rutinas y métodos de trabajo. Se trata entonces de un nivel caracterizado por desafíos técnicos y organizacionales, vinculados con la innovación, el aprendizaje de los propios errores y la capacidad de sustentar en el tiempo procesos incrementales de aprendizaje institucional, profesionalización, y complejización de las diversas tareas que el nuevo sistema supone.

Este nivel se vincula también al desafío del manejo de altos volúmenes de casos sin perder la capacidad de aplicar los nuevos procedimientos que normalmente al inicio del proceso se logran aplicar con gran esfuerzo respecto de un conjunto relativamente limitado de casos. Como es obvio, al inicio basta con lograr que algunos casos de cierta visibilidad se procesen de acuerdo con los nuevos parámetros para lograr un impacto importante. Pero a muy poco andar será necesario hacerse cargo de la masificación a riesgo de que el sistema se vea avasallado por los volúmenes de casos que se aglomeran y que vuelven a generar una sensación de ineficacia.

Creemos que los principales desafíos de este segundo nivel vinculado a la capacidad de manejar la masificación son:

a. El Ministerio Público maneja su carga de trabajo

Una vez que el Ministerio Público ha asumido la función de persecución surge un desafío posterior que suele ser bastante complejo y consiste en el control efectivo de su carga de trabajo. Como ya se ha dicho, los Ministerios Públicos en general han tendido a reproducir los métodos tradicionales de los juzgados de instrucción e imitar las fórmulas burocráticas de tramitación de los casos con todas sus consecuencias de tardanza y baja capacidad de respuesta. En consecuencia, el desafío más importante que surge a partir del primer impacto de la asunción de las nuevas facultades es hacer funcionar en la práctica el modelo de gestión de casos que está implícito en las nuevas regulaciones y que debería traducirse en un sistema más sofisticado y diferenciado de respuestas.

En la casi totalidad de los países que han hecho reformas, la ley ha otorgado a los Ministerios Públicos un conjunto muy importante de facultades con el fin de que éstos puedan organizar de mejor manera la persecución penal haciéndola más efectiva. En algunos casos estas regulaciones tienen defectos que se analizaron a propósito del diseño, pero aún en esos casos existen importantes espacios para la innovación. Una parte de esos cambios legales tiene que ver con la organización interna del Ministerio Público. En general, lo que se ha hecho ha sido flexibilizar las estructuras internas, suprimiendo por ejemplo las competencias rígidas o la estructura refleja de los tribunales, que sujeta a uno o más fiscales de modo permanente a un tribunal reproduciéndose además las mismas estructuras jerárquicas. La otra parte de los cambios se vincula con las facultades que se otorgan a los fiscales para dirigir los casos hacia diversas vías de salida del sistema, las que van desde facultades discrecionales de desestimación o archivo, pasando por la posibilidad de promover fórmulas consensuadas de solución del conflicto e incluyendo distintos tipos de procedimientos rápidos o simplificados para solucionar de manera expedita diversos tipos de casos que por sus características ofrezcan esas oportunidades.

...ha sido común que institucionalmente la defensa pública se haya transformado en un importante soporte institucional del nuevo sistema, por ejemplo, oponiéndose en el debate público a propuestas regresivas o generando dinámicas innovadoras respecto de temas como la gestión o producción de estadísticas.

Como ya se indicó respecto del nivel anterior, el problema ha sido que en la práctica ha existido una marcada tendencia a la reproducción de los métodos de trabajo tradicionales de los juzgados de instrucción y por esa razón el impacto que han tenido todos estos cambios legales ha sido muy inferior al esperado.

En concreto, la tendencia general ha sido la de reproducir el carácter altamente burocratizado de la actividad de investigación, sobre la base de otorgar a todos los casos un tratamiento similar, consistente en la tramitación de una averiguación escrita, normalmente lenta, al término de la cual se decide la suerte del caso en cuestión.

Cuadro N° 8

Uso de Salidas Alternativas y Facultades Discrecionales del Ministerio Público	
Fuente: Informes Proyecto de Seguimiento CEJA. ²²	
País	% en que se usan
Bolivia	40%
Córdoba (Argentina)	1 %
Costa Rica	64 %
Chile	75 %
Ecuador	2 %
El Salvador	26 %
Honduras	8%
Guatemala	4 %
Paraguay	10 %

Gráfico N° 2

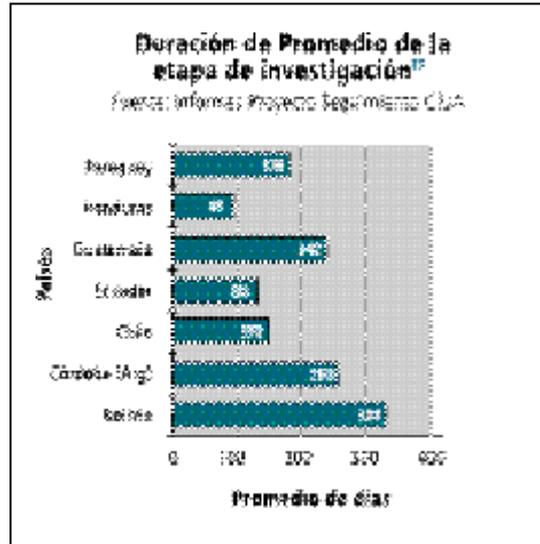
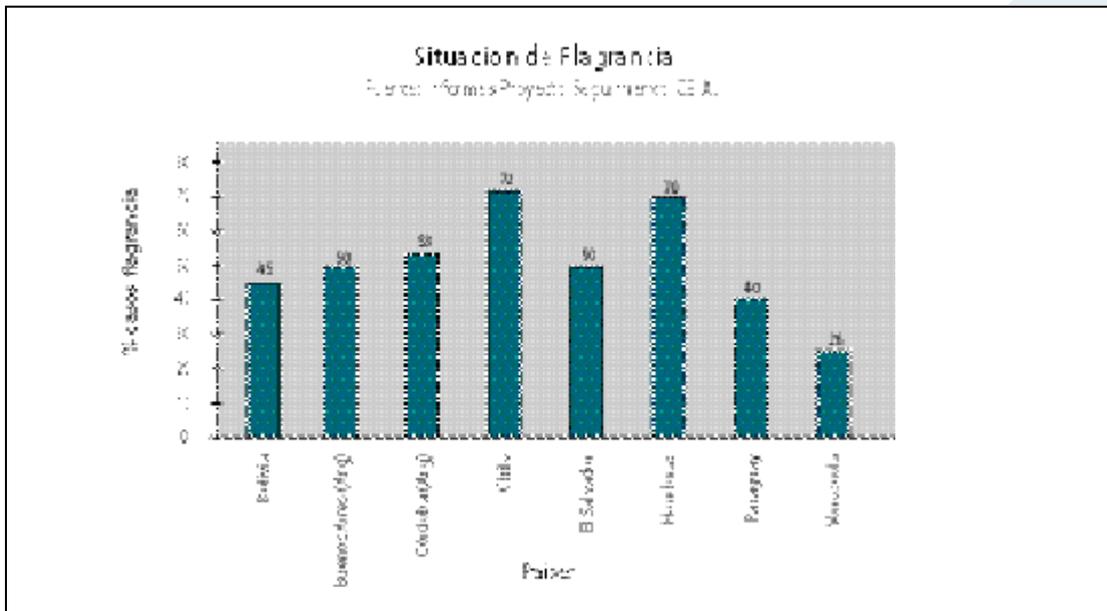


Gráfico N° 3



²² Con excepción del caso de Chile, para el cual se ha utilizado Boletín Estadístico del Ministerio Público, 2003.

²³ En alguno de los casos, este cuadro representa una cifra obtenida a partir de los datos sobre duración de los casos observados en los distintos países entre la comisión del delito y el juicio oral, y entre la acusación y el juicio oral. En el caso de Costa Rica no se ha realizado la operación, en tanto las cifras otorgadas incluyen carga del sistema antiguo. En el caso de Chile dicha operación a partir de las cifras obtenidas en el estudio realizado en 2001, lo cual parece estar muy alejado de la realidad actual. A modo de ejemplo, según el Boletín Estadístico 2003 del Ministerio Público, el tiempo promedio de tramitación de un caso en dicho año en las regiones que fueron objeto del estudio de seguimiento (IV y IX regiones), desde su inicio hasta su término por cualquier motivo, fue, en el caso de los Robos, de 71 días en la IV Región, y de 54 días en la IX Región. En Buenos Aires, de acuerdo a la información que establece el informe, podríamos estimar una duración de 305 días para la etapa de investigación, ello a partir de que el promedio de duración entre el auto de elevación a juicio y el juicio es de 465 días aproximadamente, y la duración promedio de la prisión preventiva es de 730 días en los casos observados.

Más allá de que se trata de una muestra no representativa en términos estadísticos, los gráficos anteriores permiten apreciar el alto tiempo que transcurre en la etapa de investigación. Así por ejemplo, entre la comisión del hecho y la acusación, gran parte de los países observados superan los 150 días. De cierta forma, esto demuestra el prolongado tiempo utilizado en la etapa de investigación, sobre todo considerando que un número elevado de esos casos están en situación de flagrancia, los cuales, en principio, deberían requerir un menor tiempo de preparación.

Por otra parte, también se observa que a pesar de las flexibilidades que otorga la ley, en varios casos la organización interna del Ministerio Público también ha tendido a endurecerse reproduciéndose los sistemas de distribución del trabajo más tradicionales.

El desafío entonces en esta etapa es el de hacer funcionar de manera efectiva el programa diseñado en la ley.

b. Los procesos judiciales comienzan a funcionar oralmente de manera masiva y generalizada

A partir del inicio del funcionamiento de los procesos orales se plantea el problema de las enormes demandas de coordinación y gestión que supone su masificación. Es decir, normalmente los primeros episodios de procedimientos orales se concretan a partir de mecanismos de gestión y coordinación muy precarios, que suponen grandes esfuerzos para la realización de las audiencias. Normalmente estos mecanismos han sido heredados del antiguo sistema procesal y se ven tensionados al extremo frente al desafío de lograr la producción de las audiencias, las que en el hecho se generan de un modo que podríamos llamar artesanal. Es decir, cada una de ellas supone la realización de un esfuerzo especial por parte de un personal que no cuenta con un entrenamiento preciso ni una definición de roles demasiado clara y menos aún con sistemas de trabajo diseñados específicamente al efecto.

A poco andar, el sistema de gestión y coordinación que respalda la producción de audiencias se ve enfrentado al desafío de la rutinización de sus tareas frente a la demanda de mayor cantidad de casos que son puestos en estado de realización de las audiencias. Por supuesto que la intensidad de esta demanda depende en su mayor parte de la eficacia alcanzada por el sistema de manejo de casos del Ministerio Público, que hemos abordado en el acápite anterior.

Frente a este desafío de masificación de las audiencias, el sistema de coordinación y gestión enfrenta el reto de pasar al siguiente nivel o de mantener su estructura artesanal. En el segundo caso, que ha sido la regla general en los países de América Latina, el sistema artesanal pierde rápidamente los elementos de motivación y capacidad de

La indefinición de roles, procedimientos e incentivos comienza a generar enormes problemas de coordinación que dificultan la oportuna realización de las audiencias y derivan con bastante rapidez en que esta etapa procesal se convierta de hecho en un cuello de botella del sistema, generándose enormes demoras.

improvisación propios de la etapa inicial y se transforma en un obstáculo burocrático para el funcionamiento del sistema. La indefinición de roles, procedimientos e incentivos comienza a generar enormes problemas de coordinación que dificultan la oportuna realización de las audiencias y derivan con bastante rapidez en que esta etapa procesal se convierta de hecho en un cuello de botella del sistema, generándose enormes demoras. Pero además, las audiencias que se realizan cuando no hay un trabajo serio y profesional sobre los temas de gestión, comienzan rápidamente a experimentar deterioros muy notorios

en sus aspectos formales, los horarios, acceso del público, la certeza de su realización y las demás formalidades que éstas suponen quedan entregadas a la improvisación o discrecionalidad de los funcionarios involucrados²⁴. Esto se refleja en parte en el alto porcentaje de fracaso de audiencias que existe en varios de los países estudiados y el elevado tiempo que transcurre entre la acusación y realización del juicio oral.

²⁴ Véase a modo de ejemplo el cuadro N° 6 y el gráfico N° 2.

Cuadro N° 9

Programación y realización de juicios orales. Juicios agendados vs. juicios realizados.
Fuente: Informes Proyecto Seguimiento, CEJA

País	Juicios agendados	Juicios realizados	%
Bolivia	103	36	35%
Buenos Aires (Arg.)*	91	39	31%
Córdoba (Arg.)	117	97	83%
Costa Rica	179	54	30%
Chile**	65	64	98%
Ecuador	222	59	27%
El Salvador	170	69	41%
Guatemala	50	38	76%
Honduras	55	27	49%
Paraguay	17	13	76%
Venezuela***	(867)	(144)	(17%)

* Solo Dpto. Judicial de San Isidro
 ** Solo Antofagasta. Primer informe arrojaba un 80% de efectividad
 *** Cifras sobre el total de juicios en el Circuito Penal de Caracas

Gráfico N° 4

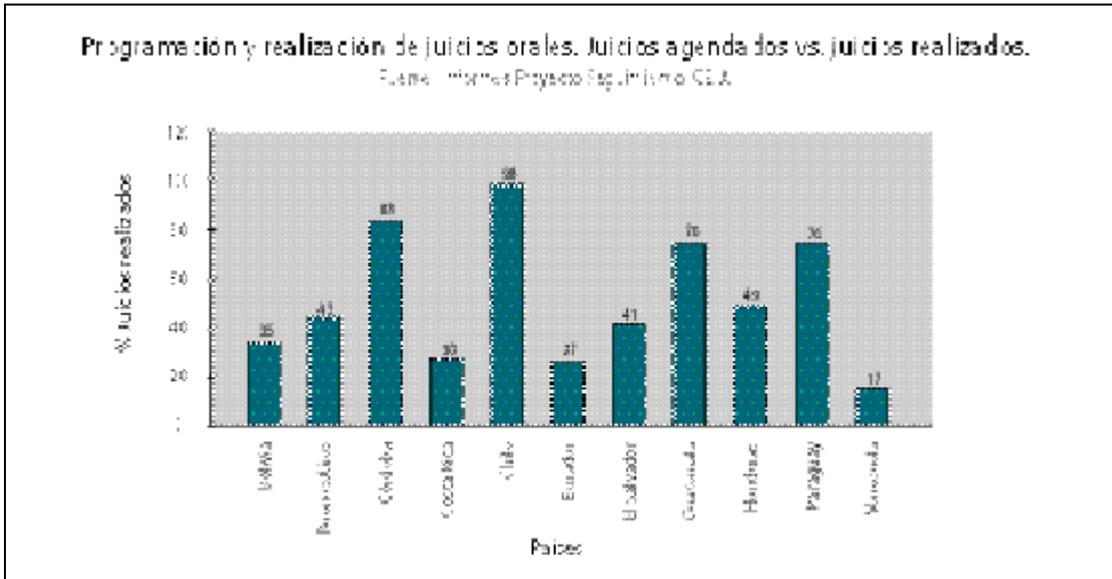
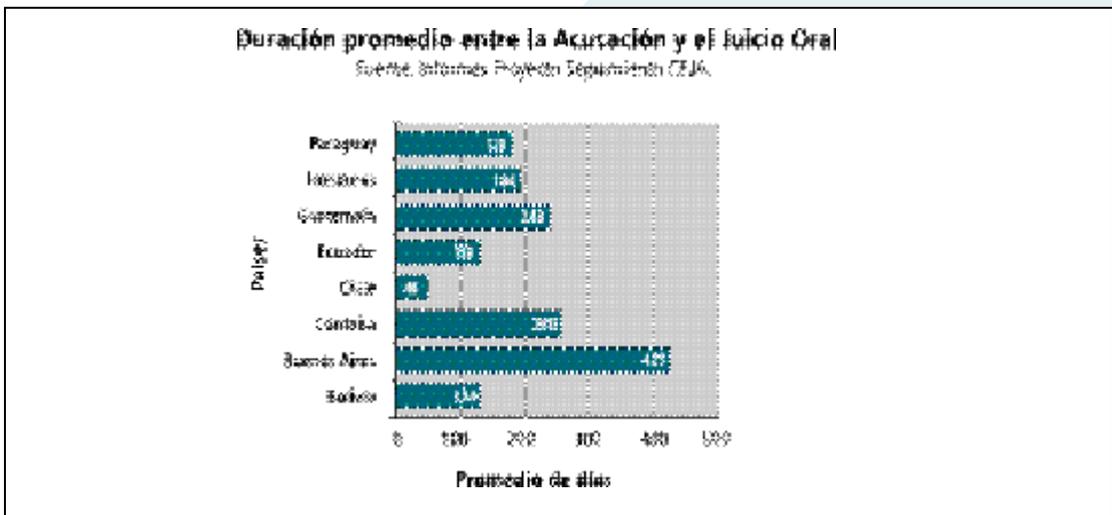


Gráfico N° 5



Esto, desde el punto de vista de los usuarios genera una percepción muy negativa y tienden a aminorarse muy fuertemente algunos de los valores más importantes del nuevo sistema procesal, como son la transparencia y relegitimación de la actividad judicial.

Nivel 3: Mejoramiento y calidad de los servicios prestados

Si es que un proceso de reforma judicial del tipo que venimos describiendo logra superar la muchas veces tensa y traumática etapa del comienzo de las nuevas modalidades de procesamiento y todavía se muestra capaz de ir más allá y soporta el proceso de masificación sin quedar aplastado y caer en la ineficacia y el desprestigio como producto de la acumulación de enormes volúmenes de casos que no logran ser sometidos de manera oportuna a los diversos pasos procedimentales, entonces estará en condiciones de enfrentar lo que nos ha parecido caracterizar como un tercer nivel, el cual se vincula muy directamente con los objetivos políticos y sociales que el proceso de reforma ha tenido.

De alguna manera es posible indicar que hasta antes de este tercer nivel los desafíos del sistema y su eventual superación son cuestiones que se mantienen vinculadas a la lógica interna del mismo. Es decir, no tienen un impacto directo en cuanto al servicio que se presta a los ciudadanos. Podemos entonces caracterizar a éste como un mejoramiento concreto de los servicios o logros en términos de la calidad de los servicios prestados.

a. El Ministerio Público se posiciona estratégicamente

Hasta ahora, los Ministerios Públicos de la región se encuentran en diversos grados de avance respecto del desafío que representa el manejo del enorme flujo de casos que día a día reciben del público y de la policía. De hecho, en la mayoría de los casos esto se ha transformado en un problema muy grave y ha resultado muy difícil encontrar e implementar los mecanismos que les permitan resolver la masa de casos de una manera sistemática y poner orden en sus prioridades. Es también claro que mientras los Ministerios Públicos no logren hacer esto de una manera razonablemente eficiente es difícil que puedan acometer desafíos

institucionales más complejos con una cierta proyección en el tiempo. En realidad, muchas veces la urgencia de las demandas sociales obliga a estos órganos de persecución a hacerse cargo de demandas más complejas, como por ejemplo, en la investigación de casos extremadamente graves y de alto impacto público, que en algunas ocasiones se logra de manera eficiente. Pero en la medida en que el problema de la gestión de los casos no esté resuelto, estos esfuerzos difícilmente se proyectarán más allá de las urgencias o quizás se hagan en detrimento de la calidad del servicio normal ya saturado, del que se distraen recursos para resolver esas urgencias.

En medio de un proceso de transición muy complejo en el que el Ministerio Público aún no logra encontrar los caminos para el establecimiento de las rutinas más básicas de manejo de su carga de trabajo, surge a su vez el problema de que desde la comunidad se plantea un desafío relativamente nuevo, o al menos novedoso en cuanto a su intensidad, que es el de mostrar eficacia en torno al mejoramiento de los niveles de seguridad.

No es esta la ocasión para hacer un análisis detallado de las posibilidades que los órganos a cargo de la persecución penal tienen para contribuir al mejoramiento de los niveles de seguridad, tanto a nivel objetivo, esto es en número de crímenes que efectivamente ocurren, como subjetivo, es decir en el temor de la población. Existe por lo demás un debate importante entre quienes piensan que el Ministerio Público debe encarar tareas de ese tipo y los que creen que sus funciones no deben incluir el

asumir ninguna responsabilidad por la seguridad pública. El planteamiento que queremos hacer aquí se limita a constatar la existencia de esta demanda y necesidad de que una vez cumplidas sus funciones básicas con un mínimo de eficacia, el Ministerio Público debe abocarse a la tarea de adoptar una cierta definición acerca de esta cuestión fundamental.

En nuestra opinión, en los tiempos actuales resulta bastante imperativo que el Ministerio Público asuma algún nivel de responsabilidad frente a los problemas de seguridad pública. Es posible discutir cuál será el alcance de esas responsabilidades, pero no parece haber espacio para eludir completamente este desafío.

...en los tiempos actuales resulta bastante imperativo que el Ministerio Público asuma algún nivel de responsabilidad frente a los problemas de seguridad pública. Es posible discutir cuál será el alcance de esas responsabilidades, pero no parece haber espacio para eludir completamente este desafío.

Si es que el Ministerio Público debe asumir alguna responsabilidad frente a los problemas de seguridad, esto lo obliga a superar la visión tradicional según la cual su función se limita a la resolución individual de cada caso que conoce y lo obliga a adoptar un posicionamiento estratégico frente al problema de la seguridad pública.

Cuando hablamos de estrategia estamos pensando en una situación en la cual existen resultados concretos que es necesario alcanzar y en medios disponibles para el logro de esos resultados. Entre estos se cuentan los recursos presupuestarios, el personal disponible, y también las facultades legales con que cuenta el Ministerio Público. Finalmente, estamos pensando en que existen obstáculos, restricciones y limitaciones que es necesario considerar.

En relación con los resultados, es necesario indicar que, en general, los nuevos desarrollos de la persecución penal han estado fuertemente orientados a la búsqueda de resultados en dos áreas principales: la disminución del crimen y del temor al crimen. Como es obvio se trata de cosas distintas aunque relacionadas. Mientras la primera se vincula a la posibilidad de lograr una menor ocurrencia de delitos, la segunda se refiere a la percepción subjetiva de la seguridad.

En cualquiera de estas dos áreas es necesario formular objetivos precisos que sean evaluables, esto es, que permitan determinar si es que a partir de la actividad de persecución desarrollada se consiguen o no cambios. En ese sentido no parece razonable fijar objetivos generales como la reducción de la tasa de criminalidad, debido a que difícilmente una estrategia puede cubrir un espectro tan amplio de circunstancias y, por otra parte, el conjunto de variables que pueden influir en algo tan general son inmanejables. Parece necesario determinar objetivos más acotados como reducir el número de cierto tipo de delitos, mejorar la seguridad en un cierto lugar de la ciudad o en el terreno subjetivo, mejorar la percepción que los ciudadanos tienen del propio sistema de justicia, u otorgar una mayor visibilidad al trabajo de los fiscales.

Además de los objetivos mencionados también se ha planteado un tercero de mayor alcance: el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Este planteamiento es más complejo y se basa

en la idea de que la ocurrencia de delitos, y especialmente la percepción de inseguridad, constituyen elementos que afectan de modo muy radical la vida de las personas, en especial a los más pobres y débiles que cuentan con menos medios. La expresión más concreta de esta idea es que quienes viven en un entorno de alta inseguridad, tanto objetiva (realidad de delitos) como subjetiva (percepción de delitos), ven afectada de manera radical su calidad de vida. Su entorno se deteriora, la propiedad pierde valor, y sus posibilidades de obtener trabajo disminuyen. La persona tiende a disminuir sus salidas, aumenta la presión psicológica sobre él, y se deteriora su salud mental. A partir de esta noción es posible concebir entonces que un objetivo de la estrategia de persecución debe ser el mejoramiento de la calidad de vida.

Este objetivo también es necesario hacerlo operativo en términos que hagan posible la evaluación de la estrategia seguida. Es decir, hay que determinar de modo muy preciso qué cambios se esperan.

Parece necesario determinar objetivos más acotados como reducir el número de cierto tipo de delitos, mejorar la seguridad en un cierto lugar de la ciudad o en el terreno subjetivo, mejorar la percepción que los ciudadanos tienen del propio sistema de justicia, u otorgar una mayor visibilidad al trabajo de los fiscales.

En cuanto a los medios, ya hemos indicado que éstos son múltiples, pero sin duda el más importante desde el punto de vista de nuestro análisis es aquel constituido por las facultades de persecución. Es decir, la estrategia consiste en cómo ordenar las decisiones de persecución para la consecución del objetivo definido. Supongamos entonces que el objetivo dice relación con mejorar la seguridad en un determinado lugar de la ciudad. Esto podrá significar perseguir con mucha energía los delitos graves cometidos allí, pero también puede implicar por ejemplo, solucionar los incidentes menores por medio de acuerdos reparatorios o suspensiones del procedimiento que supongan compromisos de evitar los comportamientos más conflictivos en ese mismo lugar. Sin embargo, además de estos medios más tradicionales, el Ministerio Público puede desarrollar otros para el desarrollo de su estrategia, por ejemplo una mejor capacidad de comunicar sus decisiones a la ciudadanía o una adecuada coordinación con la policía en términos de compartir objetivos y acciones. Por último, una estrategia deberá contar con medios externos al propio sistema de persecución y tendrá que convocar actores que manejen esos medios. Estos podrían ser los gobiernos locales, que pueden comprometerse, por ejemplo, a aplicar con mayor rigor las ordenanzas de construcción. También es necesario integrar

otras agencias públicas, tales como los organismos encargados de la salud o educación, los que pueden tomar parte en una estrategia destinada a mejorar la seguridad o confianza de la población. Asimismo, los propios ciudadanos por medio de organizaciones o a título individual pueden participar en una estrategia de este tipo.

Finalmente, cabe mencionar que una estrategia debe hacerse cargo de los obstáculos que existen para el logro de los objetivos que se definan. Obviamente estas dificultades pueden ser de muy diverso tipo y tienen que ver tanto con las complejidades de la realidad sobre la que se quiere intervenir como con las limitaciones propias del aparato estatal con el que se cuenta. De manera general, cabe indicar que intervenciones del tipo de las que estamos hablando suponen de un proceso progresivo de aprendizaje. Esto significa que cualquier estrategia que se aplique debe ser evaluada y corregida de manera progresiva de modo tal que el sistema de persecución penal aprenda y acumule conocimiento, tanto sobre la realidad y sus dificultades como sobre las líneas posibles de acción y limitaciones.

Este tipo de aproximaciones estratégicas suelen vincularse con dos ideas muy importantes. Por una parte, se habla de una persecución penal orientada a los problemas. Esto quiere decir que el trabajo de la persecución debe ser capaz de trascender la mera tramitación de cada caso y poder mirar la realidad social de la que estos provienen, siendo capaz de identificar las situaciones que los generan. A partir de esa identificación de los problemas debe diseñar soluciones que en lo posible contribuyan a resolver o a lo menos a mitigar la situación de fondo que genera los incidentes.

Es decir, estamos hablando de un método de trabajo que consiste en ir del incidente al problema, y de éste a la propuesta de solución que se traduce en estrategia (el uso de las facultades de persecución en el contexto de las estrategias), todo esto seguido de una evaluación y un proceso de aprendizaje institucional.

La segunda noción que suele utilizarse es aquella de persecución orientada a la comunidad. Entre las ideas más importantes de este concepto está el restablecer un vínculo muy fuerte entre la persecución penal y comunidad a la que sirve, lo

que se traduce en que la definición de los problemas y estrategias supone la participación de la comunidad, es decir, los problemas son los que la comunidad identifica como tales y prioritarios. Por otra parte, se refiere al control sobre la actividad de la fiscalía, lo que implica que ésta debe abrirse a la vigilancia del público. Además, suele ligarse esta idea de orientación a la comunidad a un cambio en el despliegue territorial de los fiscales, programas de descentralización y establecimiento de asignaciones permanentes de fiscales en barrios o sectores de la ciudad, con cuyas comunidades establecen vínculos y formas de responsabilidad.

En torno a estas dos nociones, solución de problemas y persecución comunitaria, se suele plantear también la cuestión de la coordinación con otras agencias. En la medida en que los fiscales logran identificar situaciones que generan hechos delictivos, deben tratar de conocerlas bien y entenderlas, para lo cual es necesario que recopilen experiencia e información que todas las demás agencias y organizaciones vinculadas con ese problema puedan tener. Al mismo tiempo, deben procurar involucrar a todas o varias de ellas, en la estrategia de solución del problema.

El rol que al Ministerio Público quepa en este tipo de estrategias es muy variable. Es posible pensar que en algunos casos la estrategia provenga de otros actores como el gobierno local o la policía. De hecho, estas ideas surgieron en el mundo anglosajón vinculadas en primer lugar al trabajo policial. En ese contexto, es más bien la policía quien lidera la aproximación a los problemas y la comunidad, y la fiscalía acompaña ese desarrollo con posterioridad. Pero también es posible concebir que la fiscalía asuma un mayor liderazgo en una aproximación estratégica y que sea ella quien convoque a los demás actores necesarios para una aproximación preventiva en la cual la persecución se ponga al servicio de un trabajo de más amplio alcance.

Otro punto clave es el que dice relación con la atención a las víctimas. A partir de las reformas, la inmensa mayoría de las legislaciones han dado a la víctima un papel desconocido hasta entonces, incorporando una serie de derechos a favor de ellas. Esto es producto de que se ha entendido a la víctima como un actor relevante del proceso y que por tanto, le

Entre las ideas más importantes de este concepto está el restablecer un vínculo muy fuerte entre la persecución penal y comunidad a la que sirve, lo que se traduce en que la definición de los problemas y estrategias supone la participación de la comunidad, es decir, los problemas son los que la comunidad identifica como tales y prioritarios.

corresponde estar rodeada de un amplio catálogo de derechos que deben efectivizarse y satisfacerse durante el proceso. Ahora bien, y en el mismo sentido de lo expuesto hasta ahora, estas regulaciones en general no se han visto expresadas en la práctica, y han generado en algunos casos un serio cuestionamiento a las mismas reformas.

Esta situación supone por parte de los Ministerios Públicos generar las condiciones que permitan hacer efectivas todas estas condiciones, y de tal forma entender en la práctica a la víctima como ese actor clave que debe ser²⁵.

b. Los litigantes comienzan a manejar la oralidad con altos niveles de eficacia

Desde el punto de vista del funcionamiento de la oralidad, hemos visto que los desafíos fundamentales dicen relación, en primer lugar, con la capacidad de realizar audiencias orales y, en segundo, hacerlo en un contexto de un elevado flujo de casos. Una vez que ambos desafíos han logrado ser superados, creemos que el siguiente paso tiene que ver con la capacidad del sistema y de quienes intervienen en él, para introducir niveles crecientes de calidad en esas mismas audiencias.

La experiencia parece demostrar que la oralidad no produce todos sus efectos de manera espontánea. La sola existencia de audiencias orales en las principales etapas de los procedimientos genera algunos efectos muy importantes como son: un control público sobre el trabajo de los diversos funcionarios involucrados y una cierta mayor visibilidad del sistema, lo que contribuye a legitimarlo. No obstante, la oralidad tiene la potencialidad de producir un efecto de mejoramiento progresivo en una serie de otros aspectos del sistema judicial, lo que requiere una profundización en la calidad de las audiencias, o si se quiere, del método de la oralidad.

En primer lugar la oralidad puede y debe mejorar sustancialmente el manejo de la evidencia y por esta vía hacer que el sistema sea cada vez más riguroso y profesional en relación con las pruebas, y que en consecuencia las decisiones sean más ciertas. Mucho se ha hablado de las ventajas que

tiene una apreciación directa de las pruebas por parte del juzgador, así como de los controles que provienen del método contradictorio. El problema está en que la producción de estos efectos requiere del desarrollo de métodos de trabajo y capacidades profesionales en los actores del sistema que intervienen en las audiencias, que son bastante sofisticadas y requieren de un desarrollo progresivo en plazos relativamente largos.

Otro efecto muy importante del uso de la oralidad tiene que ver con la desformalización. El hecho de que las decisiones más importantes se tomen como producto de los debates generados en audiencias orales, debe contribuir a desmontar muchos de los formalismos que tradicionalmente han poblado los sistemas de investigación y que se traducen en enormes desgastes de tiempo y recursos. Dicho de otra manera, si es que la decisión en las audiencias depende de la capacidad de las partes de producir en ellas información relevante y rigurosa, toda la preparación de las mismas debe orientarse a ese objetivo y en consecuencia pierde sentido el desarrollo de una tramitación formalista. Esto debe conducir a la supresión de trámites inútiles, al acortamiento de los tiempos y aumento en la calidad del proceso de investigación o preparación.

Pero todo esto no se produce espontáneamente, necesita procesos de aprendizaje y mejoramiento progresivo, y procesos de capacitación bastante específicos para mejorar las diversas funciones. Así se requiere, entre otras cosas, de un esfuerzo de argumentación dogmática destinado a desmontar las nociones de prueba legal que suelen estar muy enraizadas en los operadores del sistema y a veces en la propia legislación nueva.

Como último efecto de la oralidad, entre los varios que sería posible identificar, quisiéramos mencionar la capacidad de las audiencias orales para constituirse en un espacio ordenador del conjunto de los actores del sistema, es decir, como un lugar donde formal o informalmente se ponen los incentivos. Fiscales, defensores, policías y expertos comparecen al juicio oral y dan cuenta de su trabajo en un contexto bastante exigente, a partir del cual reciben señales claras que les permiten orientar su trabajo futuro y estimulan el mejoramiento en el tiempo, incentivando la creatividad, innovación y premiando las actitudes con-

...la oralidad tiene la potencialidad de producir un efecto de mejoramiento progresivo en una serie de otros aspectos del sistema judicial, lo que requiere una profundización en la calidad de las audiencias, o si se quiere, del método de la oralidad.

²⁵ Sin embargo, en algunos países se han producido varios esfuerzos al respecto, principalmente a través de la introducción de oficinas o servicios de atención a la víctima, pero en general estos han carecido de la especialización necesaria para ello o bien su cobertura territorial ha sido bastante limitada, entre otros problemas.

sistentes con ellas. Pero, de nuevo, para que este efecto se produzca se requiere una oralidad de alta calidad, en la que esas señales efectivamente se generen y transmitan apropiadamente. Esto a su vez supone entrenamiento y mejoramiento continuo, además de permanente vigilancia frente al riesgo del deterioro de los ritos fundamentales.

En consecuencia, para que la oralidad sea capaz de producir sus efectos más profundos sobre el sistema de justicia penal y legal en general, y finalmente sobre la población, requiere de un desarrollo progresivo hacia niveles crecientes de calidad. Asimismo, podría expresarse diciendo que estos efectos dependen de un proceso de construcción de una cultura legal en torno a la oralidad, todo lo cual se hace en tiempos largos y por medio del aprendizaje progresivo.

c. Se genera un sistema complejo de ejercicio de la defensa penal

Como ya se indicó, la introducción de la reforma ha ido acompañada de un mejoramiento muy sustancial de los sistemas destinados a proveer defensa pública. Estos nuevos o remozados sistemas han tenido a su vez un rol fundamental en la provisión de la defensa abarcando en general un porcentaje muy mayoritario de los casos.

El desafío en este tercer nivel, vinculado a una mejora en la prestación de los servicios al público, supone una complejización mucho mayor de las formas en que se presta el servicio de defensa, la que por una parte está orientada precisamente a dar cuenta de la complejidad de la demanda y, por otra, a crear fórmulas de competencia, autocontrol, control público, etcétera. Y otras que permitan mejoramientos progresivos de la calidad de los servicios y la satisfacción del público con los mismos.

Es decir, si bien en una primera etapa es razonable que el sistema funcione debido a la generación de un cuerpo de defensores financiados por el Estado junto a un grupo relativamente desarticulado de abogados privados, esas modalidades corren

el riesgo de quedarse en niveles muy primarios de prestación de los servicios, orientados solamente a garantizar la participación de defensores, pero con pocas posibilidades de un progreso continuo.

Entre los factores que pueden contribuir a generar una calidad creciente en los servicios de defensa está la generación de un mercado de servicios privados, que reúna condiciones básicas de transparencia, libertad de acceso y en lo posible la creación de mecanismos de control de calidad, certificación, entrenamiento continuo y otros destinados al perfeccionamiento de la actividad. Regularmente los mercados profesionales de los países analizados son bastante poco desarrollados y eso perjudica fuertemente el acceso del público a los servicios de justicia, en especial a aquellos sectores de la población que cuentan con recursos para pagar servicios profesionales, pero que no logran acceder a los abogados de mayor prestigio que constituyen la elite de la actividad. Ese sector intermedio que no requiere servicios gratuitos debe normalmente acudir a un mercado poco transparente donde los precios no son transparentes y donde la calidad no está asegurada. La otra posibilidad es que se transforme en usuario de los servicios gratuitos perjudicando al segmento más pobre que sí los requiere.

Entre los factores que pueden contribuir a generar una calidad creciente en los servicios de defensa está la generación de un mercado de servicios privados, que reúna condiciones básicas de transparencia, libertad de acceso y en lo posible la creación de mecanismos de control de calidad, certificación, entrenamiento continuo y otros destinados al perfeccionamiento de la actividad.

Por otra parte, la prestación de los servicios financiados por el Estado debería abrirse a fórmulas diversas y competitivas, que pudiesen incorporar iniciativas múltiples que contribuyan, por una parte, a responder de manera más cercana a las necesidades, dando cuenta de especificidades, tales como pertenencia a grupos minoritarios o políticamente motivados, intereses específicos, como los de las víctimas por ejemplo o de grupos de derechos humanos, y por la otra, generen una cierta competencia entre modalidades de prestación del servicio, por ejemplo entre prestación directa por defensores públicos y abogados privados bajo regímenes de contratación externa.

Lo importante en este nivel es tener presente que el logro de niveles altos de calidad en la prestación de los servicios supone estar atento al resultado final de los mismos en términos de calidad y satisfacción de los usuarios. Esto supone a su vez, trascender las perspectivas de los operadores del sistema y mantener una cierta flexibilidad para la adaptación de los mecanismos a las necesidades de los usuarios, al mismo tiempo que contar con evaluaciones periódicas de los diversos factores involucrados. ■

Felipe González¹ & Jorge Contesse²

Profesores de la Universidad Diego Portales.
felipe.gonzalez@udp.cl / jorge.contesse@udp.cl

Sistemas Judiciales y Racismo contra Afrodescendientes



This article is based on an earlier report by the same authors on the judicial treatment of the issue of racism against individuals of African descent in Brazil, Colombia, Peru, and the Dominican Republic. The report was executed at the request of the General Assembly of the Organization of American States (OAS) in the context of existing initiatives within that body to eventually elaborate an Inter-American Convention on the Prevention of Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. Field work was carried out in the four countries, which were chosen because they represent different geographic zones in the Americas and have a significant Afro-descendent population. The results of the investigation have facilitated the extraction of a series of conclusions and recommendations and approaches to conducting future work in this area.

INTRODUCCIÓN

En marzo de 2004, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) publicó un Informe realizado por los autores de este artículo, referido al tratamiento judicial de la cuestión del racismo contra personas afrodescendientes en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana.³ Dicho Informe fue efectuado a solicitud de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en el contexto de las iniciativas existentes al interior de la OEA para elaborar eventualmente una Convención Interamericana para la Prevención del Racismo y de toda forma de Discriminación e Intolerancia.⁴ El presente artículo se basa en dicho Informe, reproduciendo algunas partes del mismo,

sintetizando otras e incorporando algunos aspectos adicionales (especialmente en lo referido al Sistema Interamericano).

Para la preparación del Informe mencionado se efectuaron visitas a los cuatro países que fueron objeto primordial del mismo, los que fueron escogidos por corresponder a diferentes zonas geográficas americanas y poseer una masa crítica de población afrodescendiente. Durante las visitas se sostuvieron entrevistas con personeros oficiales, operadores del sistema judicial, organizaciones de afrodescendientes, centros académicos, organizaciones no-gubernamentales y otros actores relevantes en la materia de estudio, recabándose información pertinente sobre el tratamiento de las prácticas

¹ Felipe González es Director del Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Santiago de Chile, y Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Derecho Constitucional en la misma Facultad. Se desempeñó como Representante para América Latina del International Human Rights Law Group durante más de una década y ha sido Profesor Visitante impartiendo cursos en diversas universidades de EE.UU. y España.

² Jorge Contesse es docente en Derecho Constitucional y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y ha sido redactor principal del Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile que se elabora en dicha Facultad; asimismo, ha participado anteriormente en estudios para el CEJA en materia de administración de justicia. Actualmente se encuentra realizando estudios de posgrado en la Universidad de Yale.

³ El informe completo puede consultarse en www.cejamericas.org

⁴ A través de una resolución denominada "Prevención del Racismo y de toda forma de discriminación e intolerancia y consideración de la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana", AG/Res. 1930 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003.

racistas en los respectivos países, especialmente en lo referido al papel desempeñado por el sistema judicial.

Si bien tanto por el hecho de haberse centrado en cuatro países como por la metodología empleada, el Informe realizado no tuvo aspiraciones de llegar a ser un reflejo exacto del tratamiento de la población afrodescendiente por parte de los sistemas judiciales de la región, las apreciaciones en él contenidas resultan ilustrativas en una serie de aspectos, y a partir de ellas ha sido posible extraer ciertas conclusiones y recomendaciones, así como formular algunas líneas de trabajo en la materia.

RESÚMENES POR PAÍSES

Brasil

Históricamente, la visión por lejos predominante en la sociedad y el Estado brasileño era la que en dicho país no existe un problema racial. Sostiene esta tesis que, abolida la esclavitud en 1888, se abrió paso a una suerte de "democracia racial", caracterizada por un alto nivel de integración entre las diversas razas, incluyendo numerosas relaciones familiares interraciales. Hasta hace pocas décadas ésta era también la noción prácticamente unánime en los estudios emprendidos desde las Ciencias Sociales. Si bien el Movimiento Negro venía planteando los problemas de racismo existentes, su quehacer resultaba absolutamente marginal y prácticamente sin influencia en los demás actores públicos.

Estudios estadísticos dan muestra, asimismo, de las graves desigualdades que afectan a la población afrodescendiente en Brasil. Por ejemplo, la renta media de los hogares de población negra alcanza sólo un 43% de la renta media de los hogares de personas blancas. La proporción de pobres entre la población afrodescendiente más que duplica a la existente entre la población blanca (46,8% versus 22,4%). En cuanto a las personas que viven en la indigencia, ellas corresponden al 21,8% de la población negra y al 8,4% de los blancos.

Aunque en 1951 se dictó una legislación contra la discriminación racial, en esa época ésta era vista básicamente como una cuestión aislada, que algunos científicos sociales atribuían a la influencia del capitalismo extranjero en Brasil y no a un problema estructural de la sociedad brasileira. Por lo mismo,

dicha legislación se dirigió a sancionar actos de segregación racial al estilo de los que por esos años existían en EE.UU. y no a las manifestaciones de racismo más típicas de la sociedad brasileira que, conforme a los padrones de la época, eran vistas como episodios aislados sobre los cuales no era necesaria una intervención jurídica ni política.

Recién en la década de los 80s se reformula la visión del problema desde las ciencias sociales, sosteniéndose el carácter de mito de la "democracia racial", apreciándose a la sociedad y Estado brasileiro como altamente jerarquizados, con el elemento racial como un componente discriminatorio específico, adicional a las formas de discriminación económico-sociales existentes. No obstante, este proceso no ha sido acompañado por una transformación de la misma magnitud a nivel de la población brasileira en general.

En los años finales de esa década el cambio comienza a manifestarse en el sistema jurídico, como lo revelan la nueva Constitución Federal (1988) y una nueva legislación antirracismo de carácter penal (Ley 7716). No obstante, esta última ha debido ir siendo modificada en sucesivas ocasiones, considerando las dificultades para su implementación.

Desde el Estado -tanto a nivel federal como estadual- el tratamiento de las prácticas de racismo contra los afrodescendientes comienza a cobrar vigor recién en la segunda mitad de la década de los noventa y especialmente a partir de la preparación de la Conferencia Mundial contra el Racismo. Este proceso ha continuado fortaleciéndose con posterioridad a dicha Conferencia. Esto ha incluido la creación de una serie de instituciones estatales dedicadas a esta materia, así como la formulación de políticas públicas al respecto. Se trata, no obstante, de un proceso no exento de obstáculos, como se manifiesta de la fuerte polémica pública levantada a raíz de la adopción de normas que establecen cuotas para el ingreso de la población negra a algunas universidades estatales. Esto ha llevado incluso a numerosas impugnaciones ante los tribunales. Cabe destacar que ya desde los años 80s existían normas que establecían cuotas para ciertas funciones de las personas que viven con discapacidades y las mujeres, sin que hubieran suscitado controversia.

Sin embargo, estos avances se han desarrollado fundamentalmente en el contexto del Poder Ejecutivo y Legislativo, pero no han tenido un

Si bien el Movimiento Negro venía planteando los problemas de racismo existentes, su quehacer resultaba absolutamente marginal y prácticamente sin influencia en los demás actores públicos.

correlato similar a nivel del sistema judicial. En este sentido, si bien a nivel de éste también se aprecian algunos cambios tendientes a una mayor consideración de la cuestión del racismo contra las personas afrodescendientes, se trata todavía de una transformación incipiente y asistemática, sin que pueda afirmarse que exista una jurisprudencia consistente en la materia, apreciándose importantes insuficiencias en el acceso a la justicia de los afrodescendientes.

Es así como, si bien en los últimos años comienzan a producirse pronunciamientos judiciales a propósito de cuestiones conectadas a la discriminación contra la población afrodescendiente en varias áreas, incluyendo denuncias penales y civiles y revisión judicial de normas que establecen acciones afirmativas, se carece aún de un desarrollo significativo en la jurisprudencia de los tribunales a este respecto. En este sentido, resulta ilustrativo el hecho de que la consideración de la normativa internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia brasilera en materia de racismo sea sumamente escasa, a pesar de ser Brasil parte de los más importantes instrumentos internacionales, incluyendo la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Por otra parte, los escasos estudios que existen en la materia dan cuenta de que la persecución penal es más gravosa sobre las personas afrodescendientes que respecto las de raza blanca. Esto se vuelve especialmente agudo en los casos en que las imputadas son mujeres afrodescendientes.

La literatura jurídica en la materia es escasa y a menudo consiste sólo en la recopilación de textos legales. Recién en los últimos dos años se han efectuado algunos intentos por recopilar jurisprudencia al respecto, pero se trata de muestras a título ilustrativo, que están lejos de ser exhaustivas. Las revistas jurídicas que publican jurisprudencia rara vez tienen como categoría en su índice sistemático al racismo, lo que también dificulta la búsqueda. Además, de manera todavía exploratoria, por primera vez comienzan a realizarse estudios acerca del tratamiento judicial de los imputados en procesos penales, así como de la situación de las mujeres negras en este mismo respecto.

Esta precariedad se ve reflejada asimismo en las instituciones que llevan a cabo la representación ante los tribunales de denuncias de racismo. Tanto las instituciones estatales como las ONGs dedicadas a esta tarea son pequeñas, resultando sus esfuerzos

notoriamente insuficientes para el tamaño de la población negra brasilera. En otras palabras, existe un serio problema de acceso a la justicia, que ha sido significativo para la falta de posicionamiento del racismo a nivel de los tribunales y la comunidad jurídica.

A ello se suma el hecho de que los operadores del sistema judicial (jueces, ministerio público, defensorías públicas -allí donde existen estas últimas) carecen de formación en la materia. De acuerdo a lo señalado por diversas instituciones del Movimiento Negro así como por numerosos académicos, esto redundaría en que en la gran mayoría de los operadores del sistema judicial continuaría prevaleciendo el mito de la democracia racial, conforme al cual, como antes se ha señalado, no habría en rigor problema racial en Brasil.

...
resulta ilustrativo el hecho de que la consideración de la normativa internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia brasilera en materia de racismo sea sumamente escasa...

Colombia

Después de Brasil, Colombia es el país latinoamericano con la mayor cantidad de población afrodescendiente. Aun cuando no existen datos oficiales uniformes, se estima que el número de afrocolombianos va de un 16 a un 25% de la población total, esto es, entre seis y 10,5 millones de habitantes. La población afrocolombiana se asienta a lo largo y ancho de todo el territorio, incluido el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ubicado a 770 kilómetros del continente, lugar donde vive la población nativa raizal. Si bien mayoritariamente los afrocolombianos se ubican en la zona costera del Pacífico (departamento del Chocó), en los últimos años la migración hacia los polos urbanos ha aumentado significativamente.

Para la comunidad afrodescendiente de Colombia, el conflicto armado que vive el país desde hace décadas ha sido sinónimo de muerte y desamparo, puesto que se trata de una población especialmente vulnerable, siendo en muchos lugares la más numerosa y, al mismo tiempo, más pobre. Además, ocupan territorios considerados estratégicos por los grupos armados (por las zonas de cultivo y la existencia de ríos navegables).

Los indicadores sociales con respecto a los afrocolombianos son elocuentes de su desaventajada situación. De acuerdo a cifras oficiales, “el 80% de las comunidades negras tienen sus necesidades básicas insatisfechas y viven en extrema pobreza, mientras que el ingreso per cápita promedio oscila entre los 500 y 600 dólares frente al promedio

nacional de 1500 dólares. Un 74% de la población afrocolombiana recibe salarios inferiores al mínimo legal, y la esperanza de vida es de 55 años frente a 65 como promedio nacional”.⁵

Con la Constitución de 1991, Colombia reconoce a los pueblos originarios y estatuye que se trata de un Estado pluriétnico y multicultural, garantizando que en los territorios que ocupan los grupos étnicos la lengua oficial es la de tales grupos. Junto con ello, la Constitución asegura la igualdad de sus habitantes y el derecho a no ser objeto de discriminación en base a la raza, entre otros criterios. Respecto de los afrocolombianos, la Constitución, a diferencia de lo que acontece con las comunidades indígenas, se refiere a aquéllos sólo en una disposición transitoria, ordenando al legislador a dictar una ley que regule la propiedad colectiva de las comunidades negras. Esta ley se dictó en 1993 (Ley 70) y, efectivamente, establece un procedimiento de titulación colectiva de la tierra, la que debe ser administrada por consejos comunitarios. Ella contiene además una norma destinada expresamente a sancionar los actos de discriminación aunque, según muchos, no ha pasado de ser una declaración de buena voluntad. Por otra parte, también por ley se estableció el “día de la Afrocolombianidad” (cada 21 de mayo) y en 1995 se creó la Dirección General para las Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales, a cargo del Ministerio del Interior.

En cuanto a la representación política, la Constitución faculta al legislador a establecer circunscripciones especiales a fin de asegurar la participación de los grupos étnicos. Dicha ley, la N° 649/2001, dispone que las comunidades negras tienen derecho a elegir dos representantes, siendo una regulación que, al lado de la que se hace para las comunidades indígenas, es menos relevante.

De los grupos negros, sólo la población raizal ha recibido un tratamiento particular de parte del legislador colombiano. La Constitución de 1991 erigió en departamento lo que era la intendencia del Archipiélago y, además, se han dictado cuerpos normativos cuyo objeto es preservar las costumbres

y usos de los raizales, por medio de limitaciones al ingreso a la isla, así como regulaciones específicas en materias fiscales, administrativas, de comercio exterior y otras (Ley N° 47/93).

En Colombia no existen estudios que hayan abordado de manera sistemática la situación penitenciaria y de tratamiento judicial de los afrodescendientes. Con todo, un estudio general sobre la situación en las cárceles de Colombia da cuenta de cómo se encuentran en ellas los afrodescendientes. Allí se indica que en centros penitenciarios como la cárcel distrital “La Modelo”, ubicada en Bogotá, los afrodescendientes “carecen incluso de lugar para dormir y se han visto obligados a ocupar, como los más pobres entre los pobres, un intersticio entre dos pabellones (por donde pasan los tubos de agua y desagüe, y los cables de electricidad) al que llaman ‘túnel’ o ‘socavón’”.⁶ El informe pone en evidencia cómo la población afrocolombiana recluida en alguna cárcel tiene una mayor invisibilidad incluso que las demás personas o colectivos en tanto hay algunos “sindicados por delitos menores que están en prisión por varios años y su situación revela la falta de una defensa profesional idónea. Sus condiciones de mayor discriminación en la prisión parecen no haber sido objeto de cuestionamiento jurídico, ni observación por los jueces de ejecución de la pena”.

En cuanto a las personas afrodescendientes que se desempeñan en el sistema de administración de justicia, tampoco existen datos estadísticos al respecto (aunque la Defensoría del Pueblo se encontraba, en octubre de 2003, recopilando dicha información). A título ejemplar, con todo, se puede mencionar que en la isla de San Andrés, de un total de ocho jueces (de competencia común) y seis magistrados (de competencia especial o apelaciones), sólo en el Juzgado Promiscuo Municipal -que tiene competencia común- se desempeña una “media” nativa (sólo de padre). Por su parte, de los siete fiscales que trabajan en la isla, ninguno de ellos es raizal. Y por último, en el Centro Técnico de Investigaciones (CTI, rama de la Fiscalía que realiza investigaciones judiciales), de un total aproximado de cinco personas, sólo una de ellas es nativa. Esta muestra es expresión de lo que ocurre a nivel gene-

...en centros penitenciarios como la cárcel distrital "La Modelo", ubicada en Bogotá, los afrodescendientes "carecen incluso de lugar para dormir y se han visto obligados a ocupar, como los más pobres entre los pobres, un intersticio entre dos pabellones (...) al que llaman 'túnel' o 'socavón'".

⁵ Ministerio del Interior, Visión, Gestión y Proyección de la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras - DACN. Dos años después. 1995-1996, Santa Fe de Bogotá, enero de 1997, p.15.
⁶ Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria, Informe: Centros de Reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos fundamentales, preparado por F. Marcos Martínez, M. Tidball-Binz y R. Yrigoyen Fajardo, octubre 2001, disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.htm>.

ral, en que los afrocolombianos han estado históricamente marginados de los cargos oficiales.

Con relación al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a los problemas de los afrodescendientes, existe una disparidad de receptividad entre la Corte Constitucional, la que se ha pronunciado pocas veces, pero todas ellas muy relevantes, y los tribunales inferiores. Los casos que se han presentado en el Archipiélago de San Andrés, en relación con los *raizales*, son significativos en este punto, en especial la aplicación del Derecho común a una comunidad con usos y costumbres propios, diversos a los de los colombianos continentales, que implica conductas discriminatorias de parte del Estado, como la inscripción de tierras realizada por continentales de conformidad con las disposiciones legales, pero en fraude a los acuerdos que de palabra existían entre nativos y continentales.

Un caso en que se alegó ante los tribunales discriminación racial directamente es el de la “negra Nieves”, popular caricatura de Cali, creada a fines de los sesenta, que representa a una empleada doméstica negra que hace chistes de la actualidad colombiana. Un abogado, en representación de diversas organizaciones sociales afro, presentó una acción de tutela por considerar que la caricatura desmerecía la raza negra. La acción no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia, ya que los jueces estimaron que antes que desacreditar a las personas de raza negra, lo que hacía Nieves era enaltecerlas.

Por último, una situación que da cuenta de la falta de respuesta de los tribunales locales es la denuncia colectiva presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones sistemáticas y reiteradas a diversos derechos fundamentales en la zona del Chocó, producto de los enfrentamientos entre paramilitares y fuerzas insurgentes. Muchos de los casos que han sido denunciados ante la Comisión fueron expuestos primero ante las autoridades locales, judiciales y no judiciales, sin que el Estado diera respuesta suficiente, generándose un cuadro de denegación de justicia que determinó la denuncia ante el órgano interamericano.

Perú

El movimiento afroperuano, que en algún momento tuvo cohesión y posibilidades de articular un discurso unitario frente a las demandas y los

problemas de su comunidad, se caracteriza hoy por su invisibilidad y falta de unidad que permita que el tratamiento de su situación sea parte de la agenda pública. Ello puede atribuirse a cuestiones históricas -como la importación de esclavos negros por diversos países- lo que provocó una gran heterogeneidad étnica y a contingencias políticas actuales, según se verá.

No existen cifras oficiales sobre el número de peruanos de ascendencia africana actualmente en Perú (la última vez que un Censo de población contempló la variable racial fue en 1940). Con todo, hay relativa coincidencia en que los afroperuanos constituyen entre un 8 y 15% de la población total, comunidad que se asienta preferentemente en la zona central de Lima, el Callao y el litoral cercano (entre el 55 y el 60% de ellos).

Perú presenta una ausencia casi total de normativa e institucionalidad específicamente referida a los afrodescendientes. La Constitución de 1993 contempla una cláusula de igualdad general que prohíbe, entre otras, la discriminación en razón de la raza, junto con reconocer el derecho a la pluralidad étnica y cultural de la Nación, derechos constitucionales que se encuentran garantizados por la acción de amparo.

Ante la falta de normas jurídicas establecidas especialmente a favor de los negros (y demás minorías étnicas), en abril de 2003 las comunidades indígenas y afroperuanas presentaron, de manera conjunta -lo que, para muchos, constituye un hito en las actuaciones de los grupos raciales- una propuesta de reforma constitucional, a fin de que se incorpore una cláusula que dé reconocimiento a estos pueblos.⁷

A pesar de este esfuerzo, el Estado parece dar mayor atención a las comunidades nativas que a los afrodescendientes: para los primeros, se ha establecido existencia legal y personalidad jurídica,⁸ además de otorgársele la posibilidad de ejercer, de acuerdo a una regulación especial, funciones jurisdiccionales.⁹ A nivel legal, existe normativa que ha desarrollado particularmente aspectos de estas comunidades, como el Decreto Ley 22175/78) que no se encuentra respecto de los afrodescendientes.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337) reitera el principio de igualdad

⁷ La norma proyectada dispone que “[e]l Estado reconoce a la comunidad afroperuana como persona jurídica de derecho público y garantiza sus derechos colectivos. La comunidad afroperuana cuenta con derechos colectivos propios de su tradición cultural y conocimientos que enriquecen al conjunto de la Nación Peruana. Es obligación del Estado facilitar su desarrollo autónomo y participación en la vida política mediante una incorporación directa en el parlamento nacional. Es obligación del Estado combatir en todas sus formas la discriminación que sufre la comunidad afroperuana y lograr su plena vigencia multicultural”.

⁸ Capítulo VI de la Constitución.

⁹ Artículos 89 y 149 de la Constitución.

dispuesto a nivel constitucional, el que también se manifiesta en la legislación laboral -modificada en 1997, debido principalmente a la acción del hoy casi extinto Movimiento Negro Francisco Congo. Finalmente, en el 2000 se instauró el delito de discriminación en el Código Penal (art. 323), cerrando así la protección normativa que se da en el Perú a este derecho.

En cuanto a las instituciones existentes en Perú referidas a la promoción y tutela de las minorías étnicas y raciales, antes de 2001 no existía ningún organismo que concentrara estas tareas. Ese año se crea la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos (CONAPA)¹⁰, la que tiene por objetivos fortalecer y contribuir a la mejora de la situación de las minorías étnicas en Perú.¹¹ Según se ha asumido posteriormente, estos fines deben ser extendidos también a los afrodescendientes del Perú, aun cuando no lo señale expresamente. En los pocos años que lleva de funcionamiento la CONAPA, las personas entrevistadas para el Informe -inclusive miembros de ella- advirtieron sobre las expectativas no cumplidas que ella generó. Lo anterior toda vez que el organismo, junto con realizar e impulsar ciertas iniciativas muy elementales a favor de la promoción de los derechos de los afroperuanos, habría acallado las escasas voces del movimiento negro que intentan llamar la atención, estableciendo posiciones "oficiales" no compartidas por toda la comunidad afroperuana.

En cuanto al sistema de administración de justicia debe señalarse, en primer lugar, que en materia penitenciaria no existen cifras acerca del número de reclusos pertenecientes a la raza negra. No obstante, es coincidente la opinión de que son verdaderos "clientes del sistema penal". Las cárceles peruanas tienen un importante problema de sobrepoblación (150%), siendo el penal de San Pedro (ex Lurigancho) uno de los que encabeza la lista. En él se concentra una importante población afrodescendiente, la que se encuentra en condiciones muy deplorables y muchas veces sin siquiera saber los motivos de su encierro (el que, en algunas ocasiones, se prolonga por

mucho más allá de lo aceptado por los estándares de derechos humanos). Suele decirse que el afroperuano es el sujeto más vulnerable del sistema penal.

En relación con la composición racial del sistema de administración de justicia, tampoco existen datos empíricos, pero en base a los testimonios de quienes se desempeñan en él, se pudo constatar que, cuando hay funcionarios de raza negra al interior de algún órgano -como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía o el Consejo Nacional de la Magistratura, además de los propios tribunales-, éstos suelen ocupar puestos de muy poca responsabilidad como, por ejemplo, el encargado de llevar la documentación de un lado a otro o semejantes.

Como consecuencia de la falta de organización en el movimiento negro y sus esfuerzos centrados casi únicamente en intentar llamar la atención acerca de las cotidianas prácticas y actitudes racistas, casi no existen casos sobre discriminación racial que hayan llegado hasta los tribunales. La falta de confianza en el sistema es un serio desincentivo para que las personas se acerquen a él y hagan efectivas sus denuncias. A octubre del 2003, sólo se conocía el caso presentado por un ex oficial de la Policía Nacional, quien después de recurrir a diversas instancia nacionales, denunció al Estado peruano ante el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, por la violación de diversos derechos fundamentales, en particular, su derecho al debido proceso, a la igualdad ante la ley y al trabajo, entre otros. Muchos consideran que lo ocurrido a fines de los noventa con los clubes y discotecas, que no permitían el ingreso de personas de raza negra, y que

fue denunciado por los medios e incluso a través de una acción judicial, es también una muestra del racismo existente en el país (y de la falta de respuesta por parte del sistema judicial a ello). Con todo, este caso no sólo decía relación con los afroperuanos sino con muchas personas de diversas razas y etnias que, de acuerdo con el parecer de los guardias de estos locales nocturnos, no calificaban dentro del perfil requerido.

...no existen cifras acerca del número de reclusos pertenecientes a la raza negra. No obstante, es coincidente la opinión de que son verdaderos "clientes del sistema penal".

¹⁰ Para muchos la poca receptividad y falta de atención que el Estado tiene hacia la causa afro se ve patente en que el nombre oficial de la Comisión inicialmente no contemplaba a los afroperuanos. Al respecto, debe señalarse que, aun cuando en no todos los documentos oficiales -incluido el sitio web del organismo- aparezcan los Afroperuanos como parte integrante de la CONAPA, ella sí desarrolla programas e impulsa políticas a favor de la comunidad negra del Perú.

¹¹ Es sintomático que en su descripción de objetivos, la CONAPA no haga mención de los afroperuanos, señalando que debe "promover y garantizar el reconocimiento y aplicación, por la sociedad peruana, de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas; asegurar el respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas vulnerables, especialmente a los pueblos en aislamiento voluntario y en extrema pobreza; fortalecer institucionalmente a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y a la Secretaría Técnica; representar al Estado como la entidad transversal que promueva las demandas de los pueblos indígenas con los organismos públicos y la sociedad civil y promover el desarrollo autodeterminado, sostenible y con identidad propia de los pueblos indígenas". El destacado es nuestro.

República Dominicana

El racismo en este país presenta una característica propia, y es que se ha construido (y sigue presente) en todo lo que tenga relación con los haitianos. Las migraciones hacia la República Dominicana han significado, además de la importación de mano de obra muy barata, un clima relativo de desconfianza y nacionalismo, ubicando a los haitianos como eventuales amenazas a la seguridad y soberanía nacional. A pesar de que no existen cifras oficiales - el Censo del 2002 no contempló preguntas sobre raza-, se estima que el número de haitianos presentes en el territorio de la República Dominicana con status migratorio irregular asciende a los 650 mil; aquellos regularizados, serían aproximadamente unos 60 mil, mientras que los “dominico-haitianos” (descendientes de haitianos nacidos en el territorio nacional, quienes también son víctima de la discriminación racial) serían unos 10 mil. En total, proyectando estas cifras, puede decirse que la presencia haitiana, todos estos grupos considerados, es de más de 800 mil personas.¹² Esto es, representan casi un 10 % del total nacional.

Las migraciones hacia la República Dominicana han significado, además de la importación de mano de obra muy barata, un clima relativo de desconfianza y nacionalismo, ubicando a los haitianos como eventuales amenazas a la seguridad y soberanía nacional.

Las condiciones de vida de este grupo de personas son ciertamente desventajadas. Se indica que los lugares en los que suelen vivir (los “bateyes”) carecen por completo de hospitales; la mayor parte de quienes allí viven no sabe leer ni escribir; casi el 90% de las viviendas no dispone de agua potable¹³ y las enfermedades, como el VIH/SIDA, están alcanzando niveles muy graves, en una zona geográfica con alta población expuesta, como es el Caribe.¹⁴ A todo ello, debe sumarse el que se encuentran con manifestaciones de la discriminación racial (y xenofobia) también en la institucionalidad del Estado, en tanto la sociedad dominicana, en general, no tiene un rechazo hacia los haitianos sino, como se explica, son las elites quienes se han formado en derredor del antihaitianismo.

Para el Estado dominicano la discriminación por raza sería prácticamente inexistente en el país.¹⁵ No hay instituciones destinadas específicamente a pro-

mover políticas basadas en categorías como la raza y, en verdad, para muchos, hacerlo sería constitutivo o manifestación de racismo. Las normas contenidas en la Constitución que protegen la igualdad de las personas en general son las únicas que podrían invocarse para proteger los derechos de los haitianos y dominico-haitianos.

Como el problema de racismo está vinculado a los migrantes haitianos y sus descendientes, es pertinente conocer las normas legales que regulan esta categoría de migrantes. A nivel constitucional, se establece una regla de *jus solis*, vale decir, que toda persona que nazca en territorio dominicano adquiere dicha nacionalidad, con la sola excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos en representación de su país y los hijos de personas “en tránsito” (artículo 11 N° 1). Además, la Ley de Migraciones (N° 95, dictada bajo el régimen de Rafael Trujillo, gobernante que acentuó el sentimiento antihaitiano) establece que se consideran “en tránsito” quienes “traten de entrar en la República con el propósito principal de proseguir a través del país con destino al exterior”, esto es, aquellas personas que no pretendan residir en el país. Esta norma fue posteriormente reglamentada, disponiéndose que el período de tránsito de las personas es de un máximo de 10 días.

La discriminación racial y xenofobia que se ejerce en contra de todo lo que se asocie a lo negro, que es, como se ha explicado, lo haitiano, tiene manifestaciones también en el ámbito de la institucionalidad judicial. En República Dominicana sí existen datos oficiales y actualizados permanentemente sobre la población carcelaria, incluso desagregada según nacionalidad. Así, a fines de 2003, los extranjeros en las cárceles dominicanas representaban entre un 5 a 6% de la población total. De estos, el 61% eran haitianos, en su gran mayoría hombres (91%), estando por lo general acusados de delitos referidos a drogas, homicidios y delitos contra la propiedad. Además, el 69% de los haitianos encarcelados se encontraban en prisión preventiva y alrededor de un 71% no era llevado a juicio.

¹² Proyecciones basadas en la Encuesta de la Oficina Internacional para las Migraciones, 2003.

¹³ Centro de Estudios Sociales Padre Juan Montalvo, El mercado mundial del azúcar y su impacto en las comunidades bayeteras de la República Dominicana. Resumen Ejecutivo, sin publicar, s/f, p. 10.

¹⁴ De acuerdo con cifras oficiales, mientras un 1,5% de la población nacional está infectada de este virus, en los bateyes esta cifra se eleva al 5%. Centro de Estudios Sociales y Demográficos et al., Encuesta Demográfica y de Salud. Informe Preliminar sobre VIH/SIDA, Abril 2003, pp. 12-13. Indicadores generales pueden consultarse, también, en http://www.unicef.org/info-country/domrepublic_statistics.html.

¹⁵ Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 55o período de sesiones, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Dominican Republic, 12/04/2001, CERD/C/30/4/Add.74, párrafo 5.

Para los haitianos, el hecho de ser objeto de persecución por parte del sistema penal tiene, junto con los problemas comunes de establecimientos severamente sobrepoblados, el obstáculo de que muchas veces desconocen los cargos por los que son acusados, tienen problemas para entenderse con los abogados por no hablar español o carecen de familiares que los visiten. En República Dominicana se explica que el número de haitianos y dominico-haitianos presos no deja de manifiesto la fuerte discriminación que sufren, por cuanto es común que un ciudadano haitiano acusado de cometer un delito sea sujeto de deportación por parte de las autoridades, antes que de imputación criminal.

La composición racial en el sistema de administración de justicia -como en todos los ámbitos sociales- es muy variada. No es raro encontrar personas de raza negra trabajando en él (de hecho, dos magistrados de la Suprema Corte son negros). Lo anterior, sin embargo, no es muestra de los problemas que aquejan a los haitianos y dominico-haitianos en relación al acceso a la justicia y discriminación que se manifiesta en algunas actuaciones estatales y judiciales. Aun cuando la confianza en el sistema judicial ha aumentado producto, según indican personas entrevistadas y materiales consultados, de la implementación de la reforma judicial a mediados de los noventa, la situación de marginalidad social en que suelen encontrarse los haitianos y sus hijos los inhibe a acercarse a autoridades del Estado, temiendo ser expulsados del país sin que las denuncias lleguen a destino.

Los primeros casos que han dado visibilidad al problema de los haitianos en sede judicial se refieren a la negativa por parte del Estado dominicano de inscribir como nacionales a hijos de personas haitianas nacidas en el territorio del país. La argumentación de la Junta Central Electoral es que los ciudadanos haitianos en situación de ilegales son asimilables a las personas que se encuentran en tránsito, sin perjuicio del tiempo que lleven en el país (en algunos casos, décadas). Además, argumenta el Ejecutivo, la Constitución haitiana contiene una regla de *jus sanguinis*, por lo cual debe preferirse su aplicación, de conformidad con la interpretación que hacen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, se conocen dos casos que, ante la misma situación, han tenido respuestas judiciales opuestas. En el primero de ellos, ocurrido en la ciudad de Santiago, el tribunal aceptó la tesis del Gobierno, negando la inscripción solicitada por los recurrentes. La Corte de Apelación del distrito confirmó la sentencia, la cual ha sido impugnada ante la Suprema Corte por vía de casación. El segundo caso es similar al anterior, pero se diferencia en su resolución: el tribunal de Santo Domingo, aplicando prioritariamente las normas nacionales, ordenó la inscripción de los niños. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación y, a pesar de que mandaba hacerse la inscripción no obstante los recursos en su contra, ha sido desatada por el Ejecutivo, siendo además impugnada ante la Suprema Corte (también por vía de casación), donde se halla pendiente.

Además de estos casos que son paradigmáticos de una situación más extendida, los ciudadanos haitianos han tenido otros problemas referentes al sistema judicial. Se conocen procesos de ciudadanos haitianos que han sido severamente condenados por delitos menores, incluso sin mayores fundamentos, debiendo pasar por largo tiempo en la cárcel sin saber en muchas ocasiones las razones de su encierro. También se registran casos de violencia intrafamiliar en que la respuesta del sistema es poco enérgica. Las pocas mujeres que denuncian tienden a encontrarse con funcionarios policiales que solicitan diligencias que terminan haciendo impracticable el dar la debida protección a las afectadas.

Se relata, además, el caso de la masacre de Guayabín, en el que seis haitianos y un dominicano fueron asesinados por una patrulla militar. Las víctimas se desplazaban hacia Santiago en un camión que no obedeció las órdenes para que detuviera la marcha, ante lo cual los militares dispararon provocando las muertes de quienes viajaban en su interior. En este caso, está pendiente que la Suprema Corte dirima una contienda de competencia que se ha producido en cuanto ha sido tramitado en la justicia militar (sin resultados) y en la justicia ordinaria, donde inicialmente la causa avanzó rápidamente, quedándose posteriormente entrampada.

En síntesis, el tratamiento judicial del racismo (y xenofobia) en República Dominicana se encuentra en una etapa incipiente y muy sensible, en tanto uno de los principales problemas que enfrentan los ciudadanos haitianos en el país -la irregular condi-

... la situación de marginalidad social en que suelen encontrarse los haitianos y sus hijos los inhibe a acercarse a autoridades del Estado, temiendo ser expulsados del país sin que las denuncias lleguen a destino.

ción en que se encuentran sus hijos- deberá ser resuelto por la Suprema Corte ante las decisiones contradictorias de tribunales de instancia locales. Además de ello, los problemas de xenofobia presentes en la relación entre los países, si bien no está instalada en los ciudadanos comunes, sí ha servido como discurso y bandera de lucha política, por lo que ello se traspasa también al ámbito judicial.

CONCLUSIONES DEL INFORME

Los antecedentes recogidos en el Informe del CEJA dan cuenta de que subsiste en el Continente Americano un serio problema de invisibilidad de las prácticas de racismo e intolerancia que afectan a la población afrodescendiente. La negación histórica respecto de la existencia de tales prácticas -que subsiste en una medida importante hasta la actualidad- obedece a una serie de factores y suele escudarse en el hecho de que el racismo contra los afrodescendientes, luego de abolida la esclavitud, no se ha manifestado a través de la consagración legal de la segregación racial. Sin embargo, el hecho de que tal consagración no exista, no es en absoluto índice de que no existan prácticas racistas. Si bien en algunos países, como Brasil, existen algunos esfuerzos recientes y en expansión por comenzar a confrontar este problema, en una mirada de conjunto de los países el panorama general es aún sumamente precario. El caso de Perú es ilustrativo a este respecto, puesto que, a pesar de existir una población afrodescendiente superior a los dos millones de personas, las prácticas de racismo contra dicha población no se encuentran asumidas socialmente y se constata una ausencia prácticamente completa de políticas públicas al respecto. Asimismo, es mínimo el recurso al sistema judicial por este tipo de problemas.

En este sentido, la situación de la población afrodescendiente resulta ser de una invisibilidad especialmente grave, si se la compara con la de otros colectivos vulnerables que en las últimas décadas han venido siendo objeto de una creciente -aunque todavía insuficiente- atención por parte de los Estados del continente americano y del sistema interamericano, como es la situación de las mujeres, los pueblos indígenas y las personas que viven con discapacidades. Lo anterior se aprecia de manera palmaria por el hecho de que en muchos países de la región donde existen poblaciones afrodescendientes, no hay conciencia de parte del Estado ni de

la sociedad acerca de la presencia de tales grupos, lo que impide dar siquiera los primeros pasos para asumir el problema mediante políticas públicas. Un dato elemental que resulta revelador a este respecto es que en muchos países de la región, el censo de la población no incluye la categoría "afrodescendiente" u otra equivalente referida a la población negra como una opción, en circunstancias en que prácticamente la totalidad de ellos -si es que no todos- poseen un componente poblacional de ese origen.

En otros contextos, como el brasileño, si bien dada la magnitud de la población afrodescendiente nadie podría dejar de constatar su existencia, se produce un fenómeno de negación social del problema del racismo y de intolerancia contra tales personas, sobre la supuesta base de que se trataría de una sociedad integrada racialmente. Ésta es también la situación de República Dominicana, aunque

Si bien en algunos países, como Brasil, existen algunos esfuerzos recientes y en expansión por comenzar a confrontar este problema, en una mirada de conjunto de los países el panorama general es aún sumamente precario.

en este caso el nivel de confrontación del problema por la sociedad es muchísimo menor que en el caso brasileño, todo lo cual produce como consecuencia que las personas negras a menudo persigan "blanquearse" para mejorar su reconocimiento social, como se constata, entre otros casos, en Perú. El fenómeno del mestizaje sirve en estos contextos como una vía de escape para evitar reconocer el racismo existente, atribuyéndoseles a menudo a quienes hacen alegaciones de éste el ser los verdaderos

racistas, por prestar atención a un factor no considerado por la sociedad, supuestamente integrada desde el punto de vista racial.

El grado de organización de las poblaciones afrodescendientes en el continente comparado con el de otros colectivos vulnerables es también revelador de la invisibilidad que se viene describiendo. Si bien a partir de algunos impulsos locales, iniciativas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y, especialmente, de la preparación y seguimiento de la Conferencia Mundial Contra el Racismo y la Intolerancia de Naciones Unidas se han llevado acciones en tal sentido en una serie de países. Se trata todavía en su mayor parte de iniciativas en gestación, cuya presencia y visibilidad pública dista de ser significativa. De los países cubiertos por el Informe del CEJA la situación más dramática es la de Perú, donde incluso se constató que en los últimos años ha tenido lugar un retroceso del grado de organización del movimiento negro, que en la actualidad es mínimo (dicho movimiento había alcanzado un cierto desarrollo en los ochenta y noventa).

En cuanto al grado de organización de las instituciones de afrodescendientes en relación con el sistema judicial, esto es, para cuestiones relacionadas con exigibilidad de derechos la situación es de suma precariedad, siendo muy pocas las instituciones que emprenden dicha tarea y, cuando así ocurre, en condiciones muy difíciles.

Como se aprecia de la descripción hecha en el Informe del CEJA acerca de la situación en Brasil y Colombia, las legislaciones de algunos países americanos han venido incorporando en los últimos años estándares y mecanismos relativos a la protección de la población afrodescendiente contra la discriminación racial. Sin embargo, se trata de un proceso en una etapa todavía muy inicial. Más aún, el tránsito desde una regulación legal del problema -existente sólo en algunos Estados- a una eficacia real de ella resulta lenta y compleja. Si en general históricamente en la región han existido cláusulas constitucionales y legales protectoras de los derechos humanos de escasa efectividad, manifestándose una dicotomía entre la regulación legal y la realidad social, esto resulta todavía más significativo en el caso de las normativas internas referidas a las poblaciones afrodescendientes, dada la invisibilidad y débil grado de influencia en el debate público que éstas poseen. Existe en la región una larga tradición de considerar en la práctica normas que garantizan la protección de derechos fundamentales como meras guías programáticas e incluso, en ocasiones ni siquiera operan en este último y restringido sentido.

Esta característica, que afecta la calidad de las políticas públicas, se manifiesta especialmente en el sistema judicial. Una serie de factores inciden para que resulte particularmente difícil la asunción por el sistema judicial de problemas históricamente postergados, como el de las prácticas de racismo e intolerancia contra la población afrodescendiente. Como se desprende del Informe del CEJA, especialmente a partir de la revisión de la situación en Brasil y Colombia, lo relevante de la cuestión del tratamiento judicial dado a los problemas de discriminación contra la población afrodescendiente no se refiere únicamente al contenido sustantivo de las decisiones judiciales. Si bien se trata de un aspecto relevante, lo cierto es que, aun en el caso hipotético de que pudiera llegar a desarrollarse una jurisprudencia avanzada en la materia, su alcance resultará completamente insuficiente si el grueso de la población afrodescendiente se mantiene marginada

-como actualmente ocurre en todos los países estudiados- de un acceso efectivo al sistema judicial, siendo la de Perú la situación más extrema, puesto que el acceso de la justicia al respecto es prácticamente nulo.

RECOMENDACIONES DEL INFORME

Medidas a nivel interno de los Estados

A nivel interno de los Estados, un paso básico para dotar de visibilidad a la población afrodescendiente -y así comenzar a construir un trabajo dirigido a la prevención y eventual eliminación del racismo y la intolerancia en contra de dicha población- debería consistir en la constitución de un sistema institucional dentro del Estado que se dedique *en particular* a la situación de las personas afrodescendientes, diseñando, planificando y ejecutando políticas públicas coherentes en esta materia.

... para cuestiones relacionadas con exigibilidad de derechos la situación es de suma precariedad, siendo muy pocas las instituciones que emprenden dicha tarea y, cuando así ocurre, en condiciones muy difíciles.

Dada la extrema invisibilidad de dicha situación, resulta aconsejable establecer una institución pública de alta jerarquía en el aparato estatal, que coordine una red de otras reparticiones encargadas de diversos aspectos del problema. Esto tendría que incluir el área judicial. De los países observados en el Informe del CEJA, Brasil es el país que más ha adelantado en esta tarea, aunque de modo todavía inicial y con discontinuidad de algunas reparticiones. En Colombia existen también algunas instituciones estatales trabajando en esta materia, pero con un nivel de efectividad todavía muy limitado. República Dominicana posee una institucionalidad mínima al respecto, que no puede calificarse como un sistema, y en Perú recién en 2001 se constituyó un organismo al respecto, pero sin que sea percibido aún como un actor estatal relevante.

El diseño, planificación y ejecución de políticas públicas en esta área debiera basarse en los estándares internacionales de derechos humanos, de la manera como ellos han venido siendo desarrollados por los órganos especializados en la materia. Asimismo, debería aprovecharse la experiencia comparada de otros países en el tema. A continuación, enumeramos medidas tendientes a promover y proteger los derechos de los afrodescendientes, especialmente en relación con el sistema judicial.

1. Una tarea elemental de este sistema institucional debería consistir en el establecimiento de

indicadores acerca de la presencia de afrodescendientes en diversas esferas del quehacer nacional, incluyendo, por cierto, el sistema judicial y áreas conexas. Como antes se ha señalado, en algunos países se carece incluso de indicadores de carácter general acerca de la magnitud y distribución de la población afrodescendiente en el respectivo territorio. En otros casos si bien existen esos indicadores básicos, en el ámbito del sistema judicial y el carcelario, ellos o bien no existen o se encuentran incompletos.

En relación con el sistema judicial y áreas conexas, de acuerdo con la información recabada, algunos indicadores básicos que resultaría necesario constituir serían:

- Presencia de afrodescendientes en la judicatura, ministerio público, defensa pública o instituciones equivalentes, así como en otros organismos vinculados al sistema judicial que existan, con mención de su distribución jerárquica, geográfica y de género (considerando la situación especialmente desaventajada que, como se ha visto en este informe, afecta a las mujeres afrodescendientes).
- Desagregación de la población carcelaria por origen racial y, dentro de esta categoría, por su género, con referencias al tiempo transcurrido en prisión, a los delitos por los cuales han sido procesados/as y/o condenados/as y a su distribución geográfica, así como los tipos de defensa que tienen los imputado/as (pública o privada);

2. El levantamiento de información sistemática acerca de la población afrodescendiente y el sistema judicial. Esto requiere de un esfuerzo de mayor envergadura que el necesario para emprender las tareas señaladas en el párrafo anterior respecto de los indicadores básicos. En este sentido, la experiencia durante la preparación del Informe del CEJA resulta ilustrativa. Inicialmente se intentó que organismos locales prepararan estudios sobre la situación en el respectivo país. Dada la brevedad del tiempo disponible, ello partía de la premisa de que ya existían con anterioridad trabajos que analizaran de manera sistemática y relativamente exhaustiva el tema. Sin embargo, el panorama era otro muy distinto, puesto que tales análisis no existían y a lo sumo (sólo en algunos países) podían hallarse estudios que cubrían la situación en determinadas áreas geográficas del país durante lapsos acotados (o, en otros, sólo referidos a diferentes grupos históricamente discriminados, lo cual pone en evidencia la especial invisibilidad de los afrodescendientes).

Ni el Estado, las instituciones académicas ni las organizaciones de afrodescendientes (que se encuentran en su mayoría dedicadas a dar una visibilidad elemental a las prácticas de racismo a través de labores de difusión y, sólo en contadas ocasiones, a la defensa judicial) han llevado a cabo investigaciones exhaustivas acerca del tratamiento que el sistema judicial da al racismo contra poblaciones afrodescendientes. En el caso de los Estados y las instituciones académicas (tales como universidades u otros centros de estudio, incluyendo los dependientes del propio sistema judicial en algunos países), el tema pasa por asignar una mayor prioridad a esta materia, destinando los recursos necesarios para tal efecto. En muchos casos, éstas difícilmente podrán emprender esta tarea sin apoyo de recursos del Estado.

3. La promoción de un debate público vigoroso, tanto en general sobre las prácticas de racismo contra los afrodescendientes cuanto en particular sobre el tratamiento judicial de esta cuestión. De los cuatro países estudiados, en Perú no existe en absoluto un debate público sobre el tema general. En Brasil y Colombia sólo existe un debate incipiente acerca de la situación de los afrodescendientes. En República Dominicana existe un mayor debate al respecto, pero el eje del mismo no apunta a la situación de discriminación y racismo que afecta especialmente a los haitianos y dominicano-haitiano, sino que corresponde más bien a expresiones nacionalistas respecto de tales grupos. Respecto del tratamiento judicial del problema del racismo contra afrodescendientes, en ninguno de los países observados es objeto de una discusión pública significativa. El debate sobre este último aspecto debería tener como objetivo elemental el dotar de visibilidad al problema.

4. La capacitación de los operadores judiciales en materia de discriminación racial. Ésta fue una propuesta reiteradamente planteada por las organizaciones de afrodescendientes durante las visitas efectuadas a los países con ocasión de la preparación del Informe del CEJA. El emprender iniciativas de capacitación de esta naturaleza contribuiría por sí mismo a dar algún grado de visibilidad al asunto. También debería ser útil para "desmontar" ciertas categorías arraigadas socialmente y que afectan también a los operadores judiciales, tales como la negación de la existencia del problema que a menudo afecta a tales operadores. Estas labores de capacitación deberían realzar la prioridad de la lucha contra el racismo dentro de las tareas del sistema judicial, en la línea de que dicha lucha representa un núcleo fundamental de la protección de los derechos humanos. Ésta tendría que incluir el

familiarizar a los operadores judiciales con el desarrollo del Derecho Internacional en materia de discriminación racial, sus parámetros y jurisprudencia relevante, así como incorporar las experiencias más significativas en el derecho comparado en esta materia.

5. La incorporación de acciones afirmativas destinadas a asegurar una mayor presencia de los afrodescendientes en el sistema judicial. Además de un problema de justicia, dicha presencia tendría razonablemente que producir por sí misma una mayor sensibilización y preocupación por el tema, contribuyendo a una asunción seria del mismo por parte del sistema judicial y a instalar la idea de que "hacer diferencias" según criterios como la raza no implica necesariamente ser racista (idea fuertemente arraigada en las sociedades latinoamericanas).

6. Promover un papel más activo de los estados respecto del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Esto posee varias dimensiones, incluyendo el dar cumplimiento interno a los estándares a los cuales el Estado ya se encuentre obligado, siguiendo las resoluciones de los órganos internacionales; el usar por parte del sistema judicial interno la jurisprudencia internacional desarrollada en la materia; contribuir al desarrollo de los parámetros internacionales mediante la adopción de nuevos instrumentos. Históricamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha cumplido la función de suplir las carencias en la protección de tales derechos que existan a nivel interno de los estados y llamar la atención sobre la necesidad de prestar atención especial a ciertas áreas olvidadas o postergadas.

En relación con las medidas aconsejables de adoptar por los estados respecto de las organizaciones de afrodescendientes y otras entidades de la sociedad civil, además de que varias de las recomendaciones efectuadas en las páginas anteriores suponen también la participación de ellas para su adecuada consecución, resultan prioritarias las siguientes:

- Fomentar y apoyar el desarrollo de organizaciones de afrodescendientes y redes de tales instituciones. Por su involucramiento directo con el problema, el punto de vista que pueden ofrecer estas organizaciones es insustituible. La creación de redes contribuye a dotarlas de mayor influencia pública.

- Involucrar activa y efectivamente a las organizaciones de afrodescendientes en el diseño, planificación y ejecución de las políticas públicas en el área en estudio, estableciendo canales de participación apropiados. Existen experiencias exitosas en algunos países de América Latina en que la sociedad civil ha interactuado con las agencias estatales en orden a impulsar la reforma judicial. En esta línea, el trabajo que se ha hecho, por ejemplo, en República Dominicana es ilustrativo, en tanto se ha servido de la reforma al sistema de administración de justicia llevada adelante a mediados de los noventa para ocupar espacios, dentro del sistema judicial, y plantear allí las demandas propias de la agenda de trabajo de las organizaciones de base.
- Favorecer el monitoreo, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en la materia por parte de las organizaciones de afrodescendientes.
- Efectuar labores de capacitación de las organizaciones de afrodescendientes, de manera de familiarizarlas con los estándares internacionales, los mecanismos internacionales de protección de sus derechos y experiencias comparadas de otros países en la materia. Cuando sea necesario, estas iniciativas deberían incluir capacitación sobre el uso de mecanismos legales internos, puesto que la herramienta judicial puede servir -y en muchos casos, de hecho ha servido- para poner en la agenda pública los temas y problemas vinculados a los afrodescendientes.
- Estimular y apoyar el desarrollo de acciones de interés público por parte de las organizaciones de afrodescendientes, de modo que en sus iniciativas de litigación hagan claro, ante los tribunales y la opinión pública, el carácter paradigmático de las mismas, con un alcance que incluya, pero que a la vez vaya más allá de la o las personas directamente afectadas, de manera de maximizar las potencialidades de su trabajo de litigación judicial.
- Fomentar y apoyar el que otras instituciones de la sociedad civil coloquen en su agenda de trabajo el problema del racismo contra los afrodescendientes. La experiencia en otras áreas, como, por ejemplo, en materia de derechos de la mujer -colocada en la agenda de la mayoría de las ONGs de derechos humanos latinoamericanas recién a partir de la década de los noventa- demuestra la importancia de que el tema sea asumido también por otras instituciones de la sociedad civil además de las directamente afectadas.

16 W. AA., Justicia Social y Sociedad Civil: el papel de la sociedad civil en la reforma judicial: estudios de casos en Argentina, Chile, Perú y Colombia, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Buenos Aires, 2003.

tadas, contribuyendo a una mayor visibilidad del problema y a fortalecer las iniciativas ciudadanas.

El Sistema Interamericano y el racismo contra los afrodescendientes

Como se señalara al principio de este trabajo, el informe sobre los cuatro países al que se viene haciendo referencia fue elaborado en el marco del debate en la Organización de Estados Americanos (OEA) en torno a una eventual preparación de una Convención Interamericana contra el racismo. Si, como se ha explicado, los sistemas judiciales internos no confrontan adecuadamente las extendidas prácticas de racismo en el continente americano, es necesario evaluar acaso el tratamiento que el sistema interamericano ha dado históricamente y hasta la actualidad a la materia; si resulta o no suficiente como un medio de fortalecer la labor de los organismos internos. Para tales efectos se efectuará a continuación un análisis sintético de los instrumentos interamericanos, así como del trabajo llevado a cabo en la materia por los órganos de la OEA.

Históricamente el trabajo de la OEA en general y el del sistema interamericano de derechos humanos en particular, ha sido muy escaso en lo referido al racismo. Si bien los instrumentos generales sobre derechos humanos del sistema interamericano consagran el principio de no discriminación, esta cláusula ha tenido poca operatividad. Así, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuanto otros instrumentos interamericanos, tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), entre otros, consagran dicho principio, lo cual no es de extrañar, puesto que un factor central para el surgimiento del sistema internacional de protección de los derechos humanos fue precisamente la necesidad de eliminar la discriminación que, en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, había conducido a la comisión de crímenes contra la humanidad. En cambio, las menciones específicas a la discriminación racial son muy escasas y genéricas en los instrumentos interamericanos.

Si bien los instrumentos generales sobre derechos humanos del sistema interamericano consagran el principio de no discriminación, esta cláusula ha tenido poca operatividad.

En la última década, la OEA ha adoptado algunos tratados referidos a colectivos vulnerables. En concreto, en 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) y en 1999 la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. En cambio, en materia de discriminación racial, sólo existe un Proyecto de Declaración sobre Pueblos Indígenas, cuya preparación se ha dilatado durante cerca de 15 años.

A nivel de los órganos políticos de la OEA las iniciativas en esta materia han sido aisladas y referidas fundamentalmente (es posible que sea una consecuencia de lo que acontece a nivel interno de los países) a la discriminación contra pueblos indígenas. Recién en la última década este trabajo ha venido a extenderse, aunque de manera todavía incipiente, a la discriminación contra la población afrodescendiente. En este sentido, resalta el hecho de que con la Conferencia Regional Preparatoria sobre Racismo *ad portas*, la Asamblea General de la OEA de 2000 le encargó al Consejo Permanente el estudiar la necesidad de preparar una Convención Interamericana contra la Discriminación Racial.¹⁷ La consideración por la Asamblea al respecto ha continuado en los años 2001¹⁸, 2002¹⁹, 2003²⁰ y 2004.²¹

En cuanto al trabajo de los órganos interamericanos de derechos humanos, los problemas de discriminación racial referidos a poblaciones afrodescendientes han tenido muy escasa presencia. Recién en la última década la Comisión ha comenzado a incluir este tema en sus Informes sobre países, aunque ello no ha ocurrido en todos aquellos que poseen una masa crítica de tales poblaciones. Así, en relación con los estados cubiertos en el estudio del CEJA al que se viene haciendo referencia, la Comisión dedicó un tratamiento especial a las poblaciones afrodescendientes en su Informe sobre Brasil de 1997 y en sus informes sobre Colombia y República Dominicana, ambos en 1999; en cambio, el Informe de la Comisión sobre Perú de 2000 no contiene un capítulo sobre esta materia.

¹⁷ AG/Res. 1712 (XXX-O/00), 5 de junio de 2000.

¹⁸ AG/Res. 1774 (XXXI-O/01), 5 de junio de 2001.

¹⁹ AG/Res. 1905 (XXXII-O/02), 4 de junio de 2002.

²⁰ AG/Res. 1930 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003.

²¹ AG/Res. 2038 (XXXIV-O/04), de 8 de junio de 2004.

En lo que se refiere a informes temáticos, la Comisión no ha publicado ninguno sobre poblaciones afrodescendientes. Esto contrasta con el hecho de que dicho órgano ha efectuado publicaciones temáticas sobre la situación de las mujeres, personas con discapacidad mental, los pueblos indígenas y otros colectivos vulnerables. Paralelamente, en el sistema interamericano de derechos humanos no existen mecanismos u órganos cuya tarea específica sea lidiar con los problemas de discriminación racial en la región.

En lo referido a casos individuales resueltos por la Comisión, son muy pocos los concernientes a racismo contra personas afrodescendientes en particular. De hecho, la gran mayoría de estos últimos se refieren a afrodescendientes condenados a pena de muerte en Estados Unidos y en países del Caribe angloparlante. En cuanto a los países cubiertos en el estudio del CEJA, respecto de Brasil no se ha dictado ningún informe de fondo de la Comisión Interamericana por racismo contra afrodescendientes. Sólo existen algunas decisiones recientes de admisibilidad. Esto ocurrió respecto de Brasil en el caso de Simone André Diniz, una mujer afrodescendiente que alegó haber sido víctima de discriminación racial a raíz de una oferta discriminatoria en un aviso de empleo²². No obstante, de acuerdo a la información publicada por el Estado de Brasil acerca de las denuncias pendientes en la CIDH no existiría ningún otro caso de racismo contra afrodescendientes en tramitación ante dicho órgano.²³ En relación con República Dominicana, sólo se dictó en 2001 un informe de admisibilidad en el caso de Dilcia Yean y Violeta Bosica, dos niñas nacidas en dicho país y de ascendencia haitiana, a las cuales se les negaba la nacionalidad dominicana y que corrían el riesgo de ser expulsadas del país.²⁴ A favor de ellas la Comisión también acogió un pedido de medidas cautelares para impedir su expulsión.

A su turno, la Corte Interamericana no ha emitido sentencias referidas a prácticas de racismo contra afrodescendientes.

Un desarrollo interesante en la materia, que si bien no correspondió propiamente a una actividad de la OEA, tuvo como participantes a los Estados Miembros de dicha Organización. Lo constituyó el

trabajo llevado a cabo con ocasión de la Conferencia Preparatoria sobre Racismo efectuada en Santiago, en diciembre de 2000. La propuesta que emergió de dicha Conferencia no sólo fue más allá de lo que se había trabajado en la materia hasta la fecha en la OEA, sino que incluso efectuó avances respecto de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas²⁵. Comparada con ésta, la Propuesta de Santiago es un documento mucho más abarcador, que analiza el problema de la discrimi-

...la Propuesta de Santiago revisa el problema de la discriminación múltiple y racial en combinación con otras formas, como raza y género, y raza y pobreza.

nación racial con mucha mayor precisión y que refleja una mentalidad más actualizada acerca de los alcances de este problema y su conexión con distintos derechos. Así, por ejemplo, la Propuesta de Santiago revisa el problema de la discriminación múltiple y racial en combinación con otras formas, como raza y género, y raza y pobreza. Además, la Propuesta es más específica que la Convención de la

ONU en materia de mecanismos e instituciones para dar solución al problema de la discriminación racial, tales como informes detallados y recolección sistemática de datos sobre indicadores; advertencias prontas para prevenir acciones de racismo y genocidio a gran escala; uso de nuevas tecnologías para combatir el racismo, entre otras.

Como antes se apuntara, la OEA adoptó en la década pasada tratados sobre los temas de violencia contra la mujer y discapacidad. En relación con estas materias no se discute que ellas se encontraban reguladas desde ya por los tratados de derechos humanos de carácter general, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sea que haya o no mención expresa a ellas, lo cierto es que no puede sino considerárselas incluidas en el tratamiento dado en esos textos generales. En este sentido, el objetivo primordial perseguido con la adopción de las convenciones sobre violencia contra la mujer y discapacidad fue precisamente el de dotar de mayor visibilidad a estos problemas. Los procesos mismos de preparación de estos tratados y su suscripción y ratificación por parte de los Estados de la OEA, han contribuido a posicionar dichos temas en la agenda de la Organización, así como en los países que la componen. En materia de violencia contra la mujer y de discapacidad, su mayor perfilamiento ha traído consigo, por ejemplo, un aumento del volumen de casos que

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°37/02 (admisibilidad), Petición 12.001, Simone André Diniz con Brasil, 9 de octubre 2002.

²³ Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, Segundo Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil (2002).

²⁴ Comisión IDH, Informe N°28/01 (admisibilidad), Caso 12.189, Dilcia Yean y Violeta Bosica con República Dominicana, 22 de febrero de 2001.

²⁵ Véase Propuesta de Santiago, WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev.4 (20 de diciembre 2000).

lleva adelante en estas materias la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Atendido el hecho de que en la actualidad la Comisión exige en casi todos los casos el cumplimiento de la regla del agotamiento previo de los recursos internos, quiere decir que esto es también reflejo de un incremento de la actividad de litigio judicial en estas materias a nivel interno de los Estados.

Si se contrasta esta situación con lo que ocurre en materia de discriminación racial contra afrodescendientes, la diferencia resulta evidente. El volumen de casos de la Comisión al respecto es bajísimo y el litigio judicial a nivel interno es muy reducido. Inclusive en el caso de Brasil y Colombia, en que la población afrodescendiente es significativa como porcentaje, la presentación de casos judiciales es escasa. Una mayor visibilidad debería contribuir a fortalecer además el debate y la reforma legislativa a nivel interno. El hecho de tener un tratado dedicado de manera específica a una materia dota a los sectores interesados en avanzar al respecto de una herramienta importante para promover cambios en el derecho interno.

También es relevante considerar el impacto que un tratado específico puede tener para el desarrollo de la jurisprudencia, a nivel interno e internacional. Si bien es cierto que, como antes se ha señalado, de los instrumentos de derechos humanos de carácter general pueden inferirse interpretaciones que favorezcan la lucha contra la discriminación racial, no lo es menos que usualmente los órganos a cargo de dicha interpretación desarrollarán una jurisprudencia más protectora de algún derecho o derechos en el contexto de un tratado cuyo objetivo sea específicamente fortalecer dicha protección.

Este argumento es aún más válido en lo que concierne a la jurisprudencia interna, puesto que los jueces locales usualmente recurren a los estándares internacionales recién cuando su aplicación ya resulta evidente en la cultura jurídica interna y difícilmente se aventuran en interpretaciones innovadoras de los tratados generales de derechos humanos. En consecuencia, de adoptarse un instrumento interamericano específico sobre discriminación racial, será más probable que los jueces internos asuman un papel más activo y protector al interpretar cláusulas relativas a este tema. Para esto, claro, ello debiera ir acompañado de la presencia de una sociedad civil mejor organizada y consciente de las herramientas judi-

ciales como forma de proteger y promover los derechos de las personas afrodescendientes.

Cabe añadir sobre este punto que si bien muchos estados del continente americano son partes de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, la visibilidad e impacto que respecto de la mayoría de dichos estados posee en la actualidad el sistema de la ONU, es considerablemente menor que la del sistema interamericano, por lo que un desarrollo específico en el marco de este último constituiría un paso adicional significativo.

Otro aspecto se refiere a la importancia de establecer nuevos mecanismos de protección en la materia. Nos referimos tanto a mecanismos de carácter internacional, como a establecer la obligación de que los Estados en su legislación interna den origen a nuevos y más eficientes mecanismos. Si bien no todas las últimas convenciones sobre temas específicos adoptadas por la OEA han instituido mecanismos internacionales específicos para lidiar con la materia respectiva, en todos ellos a lo menos se contemplan algunas instituciones y mecanismos a ser establecidos a nivel del derecho interno, lo cual es de suyo un avance.

La experiencia demuestra que en el desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos, la existencia de instrumentos sobre temáticas específicas ha jugado un papel potenciador de la preocupación internacional sobre determinadas materias. Si bien las declaraciones y tratados internacionales generales sobre derechos humanos -

tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a nivel de Naciones Unidas, así como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos a nivel de la Organización de Estados Americanos- ya contenían parámetros para confrontar violaciones a tales derechos como la discriminación de género, el racismo y otros abusos específicos, lo cierto es que el trabajo en estas áreas se ha visto significa-

tivamente fortalecido en la medida en que se han elaborado instrumentos internacionales específicos, que desarrollan dichos parámetros y, a menudo, establecen órganos para la supervisión internacional de su acatamiento por parte de los Estados.

...los jueces locales usualmente recurren a los estándares internacionales recién cuando su aplicación ya resulta evidente en la cultura jurídica interna y difícilmente se aventuran en interpretaciones innovadoras de los tratados generales de derechos humanos.

En conclusión, una Convención Interamericana sobre la materia que se viene analizando, serviría para impulsar y retroalimentar las iniciativas a nivel interno de los países planteadas en las páginas anteriores. En muchos de los países de la región se encuentra en tal grado de postergación el problema de las prácticas de racismo contra las poblacio-

nes afrodescendientes, que resulta extremadamente difícil que se pueda modificar la situación sin un acompañamiento regular de parte de órganos internacionales de derechos humanos y un desarrollo y mayor precisión de los estándares en el tema. ■

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Coordinadora de Proyecto: **Montserrat Solano**
montse_solano@mac.com

El Acceso a la Información Judicial en Perú, Chile y Argentina



As a rule most of the information produced by justice systems is public. This is due to the fact that the different institutions that make up the system are state institutions. Therefore, all of the information that they produce, with very special and well-founded exceptions, can be requested by members of the community in the context of the right to free access to public information. This study analyzes the current state of the most important institutions in the justice system in order to describe how the judicial system as such has integrated this right and the responsibilities that it implies into its organization and structure.

La información producida por los sistemas de justicia es, en principio y por regla, información pública, dado que las diferentes instituciones que los integran son instituciones estatales. Por ende, toda la información que estas instituciones producen, salvo especialísimas y fundadas excepciones, puede ser requerida por las personas, en el marco del derecho que todas ellas tienen a acceder libremente a la información pública.

Existe una motivación adicional para abordar el tema de la información pública, cuando ésta se produce en el sistema judicial (conglobando jueces y tribunales, fiscalía y defensoría). Partimos de la base de que toda información producida por el Estado es pública, ya que trabaja para los ciudadanos, y éstos deben poder conocer cómo funciona. Cuando además de ello, la información es *judicial* en el sentido que hemos propuesto, es decir, producida por el sistema judicial ampliamente considerado, hay otras garantías que se comprometen, además de las ya mencionadas. Los procesos judiciales siempre, por definición, deciden sobre los derechos de los ciudadanos, como la libertad (procesos penales) o la pro-

riedad (procesos civiles), a manera de ejemplo. En consecuencia, los instrumentos internacionales han previsto garantías adicionales que imponen una mayor exigencia al acceso a la información.

En contra de lo que postulan muchas posiciones restrictivas, las garantías judiciales no solamente están dispuestas a favor de los intervinientes en el proceso penal, sino que su cabal respeto incide en la capacidad del sistema de responder a los conflictos que desembocan en un proceso judicial, restaurando el tejido social que se afecta con dichos conflictos. Ello es particularmente notable en el caso del proceso penal, en el cual las personas en general tienen derecho de saber qué sanciones se imponen a quienes atentan contra los bienes jurídicos más preciados. La disponibilidad de esta información tiene el valor agregado de disuadir a los ciudadanos de incurrir en acciones privadas de venganza, ya que les informa sobre sanciones justas y debidamente impuestas, apaciguando la conciencia colectiva. En otras palabras, el monopolio estatal de la reacción penal no está justificado públicamente, si las decisiones de los jueces no son conocidas por el público en general.

De manera más concreta, la Convención Americana de Derechos Humanos, documento de obligatorio cumplimiento para los países de la región que lo han ratificado, dispone varias garantías que relacionan el debido proceso con el acceso a la información, algunas referidas al imputado y otras, a la comunidad en general. Dentro de las garantías que cobijan al imputado, en primer lugar, la Convención obliga a que disponga de información sobre la acusación en su contra¹, con lo cual claramente se establece una obligación de poner a su disposición la información que el sistema judicial tiene en el marco del proceso que se le sigue. A pesar de que esta obligación para los Estados es de vieja data, solamente hace poco se ha concretado, con la introducción de reformas procesales penales en los países de la región, como se verá. Antes de la introducción de estas reformas, eran cuantiosas las violaciones a esta obligación, los imputados eran frecuentemente enjuiciados sin conocimiento de los cargos que los inculpaban, o cuando éstos les eran informados, se les denegaba en ocasiones el acceso a las pruebas que los sustentaban.

En segundo lugar, el imputado tiene derecho al tiempo y los medios adecuados a su defensa². Estos "medios" han sido interpretados como que el juez o tribunal que lo esté juzgando debe darle a conocer la información que subyace a su caso, para permitirle el ejercicio de la contradicción de la prueba. Por ello, éste es un componente más de publicidad de la información judicial dirigido al imputado.

Finalmente, los amplios términos en que la Convención concibe el derecho de defensa³ crean un amplio estándar de información de la cual el imputado debe disponer para ejercer cabalmente este derecho. Es claro que si no se conocen las pruebas, los procedimientos o la normativa que gobierna el proceso penal, es nulo todo esfuerzo por practicar el derecho de defensa, con lo cual el sistema judicial debe considerarse obligado a entregar al imputado toda la información que requiera para la adecuada representación de sus intereses.

En cuanto a la publicidad general, ya no focalizada en el imputado, ella también es obligatoria a la luz de la Convención, que dispone que el proceso penal sea público, salvo cuando la publicidad comprometa los intereses de la justicia⁴ (excepción que debe ser interpretada muy restrictivamente, en con-

cordancia con los principios que gobiernan la información producida por el Estado, que se describirán a continuación).

Dentro de este contexto, retomamos la referencia a la reforma procesal penal en los países en que tiene lugar el estudio de acceso a la información. En las reformas que se han producido en la región, tradicionalmente la necesidad de un juicio verdaderamente público, es decir, en el cual haya posibilidades e incluso estímulos para que la ciudadanía se entere del curso del proceso, ha sido uno de los motivos principales para el impulso del cambio de sistema.

Con todo, no debe olvidarse de que, cuando la información estatal de que se trata proviene del sistema judicial, se suma aún otra utilidad democrática de su publicidad. Recordemos que, de todas las ramas del poder público, en la elección de quienes conforman la judicial es en la que menos incidencia tiene la ciudadanía. Salvo contadas excepciones, de algunos altos funcionarios que en algunos países son elegidos popularmente, por lo regular los funcionarios del sistema judicial no son elegidos por la ciudadanía, ni se busca que tengan representatividad popular alguna. Ello hace que la publicidad de la información que producen sea aún más importante que la que producen las demás ramas del poder, con el fin de contar con la posibilidad de evaluar su desempeño y la transparencia de su gestión.

Con el fin de aportar datos que contribuyan a un mejor entendimiento del análisis de la información que sigue, es pertinente mencionar brevemente cuál es el avance de los procesos de reforma en estos países. Argentina es, de los países analizados, el que tiene reforma a su proceso penal desde hace más tiempo⁵, aunque hay estudios que indican que los resultados no han sido óptimos⁶. Chile aprobó el Nuevo Código Procesal Penal en 2000 (Ley 19.696), y debido a la introducción de un programa gradual de implementación⁷, actualmente se aplica a todo el país, salvo la Región Metropolitana. En Perú, la reforma acaba de ser aprobada (D.L. 957 de 2004) y no ha entrado todavía en vigor.

1 Artículo 8 numeral 2b.

2 Artículo 8 numeral 2c.

3 Artículo 8, numeral 2, literales d, e y f.

4 Artículo 8 numeral 5.

5 En la provincia de Buenos Aires, Ley 11.922 de 1997, aunque hay códigos provinciales reformados muy anteriores, como el de Córdoba.

6 Cfr por ejemplo, "Informe sobre el sistema de justicia penal en la Provincia de Buenos Aires" en www.cejamerica.org

7 Cfr artículos 483 a 485.

Adicionalmente, al derecho de libre acceso a la información pública le corresponden una serie de obligaciones estatales concretas, a fin de hacerlo efectivo. Estas obligaciones implican muchas veces transformaciones de la burocracia, funciones y organización de las instituciones del Estado. Estos cambios se encuentran en proceso en algunas instituciones públicas, en especial las que integran el Poder Ejecutivo. El presente estudio analiza la situación en la que se encuentran las instituciones más importantes del sistema de justicia, a fin de poder dar cuenta de cómo el sistema judicial como tal ha integrado a su organización y su estructura este derecho y las obligaciones que el mismo implica. En este sentido, la referencia en el presente estudio a "información judicial" no se restringe a información producida por los tribunales, sino por el sistema judicial en los países en estudio, considerado integralmente (es decir, agrupa también fiscalía, defensoría), sin perjuicio de que el grueso de los ejemplos se basen en información producida por los tribunales.

Este informe se hizo gracias al trabajo de Luciana Sánchez (CEJA) y Montserrat Solano (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión), quienes prepararon todas las versiones del presente informe comparativo. Los informes locales estuvieron a cargo de Javier Casas (Perú), Milena Ricci (Argentina), Seija Olave (Chile), Josefina Court (Chile) y Mauricio Gutiérrez (Chile).

II. ALGUNAS DEFINICIONES ACERCA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho al acceso a la información pública permite la toma de decisiones, colectiva o individualmente, y a la postre puede favorecer una mejora en la calidad de vida de las personas y favorece el bien común. Este hecho, junto con la relevancia que este derecho ha tomado en los últimos años en los países de la región y en el mundo, es lo que ha llevado al Centro de Estudios de Justicia de las Américas y a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a emprender la presente investigación en Perú, Chile y Argentina, dado el contexto actual de implementación de reformas a los sistemas de justicia en estos tres países, dentro de un contexto de reforma que abarca toda la región.

El derecho al acceso a la información pública permite la toma de decisiones, colectiva o individualmente, y a la postre puede favorecer una mejora en la calidad de vida de las personas y favorece el bien común.

Ambas instituciones entendemos que la prestación del servicio de justicia (con todo lo que ello implica -debido proceso, acceso rápido y efectivo, tutela judicial, derecho a doble instancia, juez imparcial, patrocinio legal adecuado, etc.-) forma parte de la calidad de vida de las personas. Por tanto, entendemos también que las decisiones de política pública que se tomen respecto de las instituciones judiciales, como por ejemplo su reforma, deben estar fundadas en la necesidad y voluntades colectivas. A los procesos de reforma subyace una reconceptualización de la administración de justicia, que ya no se entiende como un órgano más del Estado, sino como la rama que materializa el nivel de desarrollo real que tiene la democracia en un país. La importancia de esta relación no se limita a la información, sino a todo el estado del servicio de justicia, que debe responder a las necesidades de la población, en la medida en que sepa solucionar de manera adecuada los conflictos que surgen. En este contexto, cobra relevancia analizar el Estado de funcionamiento del sistema (tanto tradicional como reformado en el caso particular de Chile), el nivel de acceso real del público y la posibilidad de control a que se somete el servicio de justicia. Para hacer ello posible, es necesario arbitrar los medios para contar con información adecuada y de calidad sobre los diversos aspectos del funcionamiento de las instituciones que prestan este servicio.

Concretamente, el derecho a la información pública es la posibilidad de cualquier ciudadano de acceder a los registros e informaciones, generadas por entidades públicas y privadas, que emanan de los órganos del Estado y responden, no solamente a la función material que les ha sido confiada, sino también a su funcionamiento. La legitimación activa para el ejercicio de este derecho es de cualquier persona, que puede solicitar cualquier información contenida en registros públicos, dado que esta información le pertenece a la sociedad. En tanto, el sujeto pasivo es quien tiene a su cargo el deber de proporcionar la información solicitada; éste es, en sentido amplio, el Estado⁸.

El objetivo general del proyecto ha sido el de proveer información de contexto, herramientas y estrategias que permitan mejorar el acceso a la información judicial en Argentina, Chile y Perú. Sus objetivos específicos son:

⁸ En el desarrollo de la investigación presente veremos cómo esta definición del sujeto pasivo toma especial relevancia, dadas las prácticas que se han detectado en instituciones particulares del sistema de justicia para rehusar su deber de brindar la información requerida por la ciudadanía. De este modo, el hecho de que se considere al Estado como el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública pone en tela de juicio las respuestas que muchos órganos públicos del sistema judicial dan a personas que requieren información, aduciendo que ellos no son responsables de prestar esa información particular, lo que resulta en graves perjuicios para el requirente.

- Identificar los obstáculos que debilitan o impiden el acceso a la información judicial en los países mencionados (por ejemplo, mala legislación, inexistencia de información requerida, etc.)
- Construir herramientas (indicadores, bases de datos, etc.), que faciliten el monitoreo de la evolución del acceso a la información judicial.
- Mejorar y aportar elementos para los debates nacionales sobre este tema.
- Proveer las herramientas diseñadas a los principales grupos afectados por la falta de información judicial o el acceso a ésta identificados en el proyecto (prensa, sociedad civil, academia), y a las personas a cargo de la toma de decisiones sobre las transformaciones en el sector justicia.

Para realizar estos objetivos, CEJA y la Relatoría Especial identificaron tres grupos que demandan información a las instituciones de los sistemas de justicia. En primer lugar, *usuarios en general*, con ello queremos referirnos a las personas que están vinculadas a los procesos judiciales y los demás relacionados con el sistema, es decir, imputados, víctimas, abogados, etc. En segundo lugar, prensa y medios de comunicación, entendidos como todos los agentes que dentro de la sociedad se dedican a hacer de conocimiento público los eventos de diaria ocurrencia. Finalmente, academia y ONGs, es decir, las instituciones que por razones académicas o de investigación, buscan información de los sistemas de justicia con objetivos más específicos, como evaluar la gestión u otros fines investigativos. Como cada uno de estos grupos demanda un tipo de información específico, se realizaron consultas informales para determinar qué tipo de información requiere de las instituciones de justicia cada uno de los grupos, y cuáles son las instituciones más relevantes para proveer esta información. Así, se identificó la siguiente información como de importancia para cada uno de los tres grupos demandantes:

A. Medios de comunicación social

- Información sobre antecedentes de los funcionarios/as públicos de las instituciones judiciales (por ejemplo, antecedentes presupuestarios, de currículum vitae, entre otros relevantes para ocupar el cargo público).
- Información sobre nombramientos, remociones y procesos disciplinarios (publicación y mecanismos de nombramiento, remoción y procesos disciplinarios y sus resultados, si se trata de procesos públicos y si hay instancias de participación ciudadana).
- Información sobre estado de procedimientos (criminales), sobre situación del/os/as imputado/s/as, y sobre medidas tomadas por los fun-

cionarios/as (si los imputados/as están detenidos, si están identificados, el estado procesal en que se encuentra el caso, si pesa o no secreto de sumario y por qué, información de las oficinas o instituciones intervinientes y sus funcionarios titulares).

- Acceso a audiencias y debates, y a presenciar diligencias judiciales (diligencias probatorias) (si son audiencias públicas o no, requisitos para acceder, si puede transmitirse desde la sala de audiencias).
- Acceso a la información sobre antecedentes del caso (expediente judicial, carpeta fiscal).

B. Usuarios directos del sistema

- Información sobre estado de procedimientos criminales (información sobre los casos particulares, en que situación procesal o estado del proceso se encuentran, si se da a conocer en calidad de qué -imputados, testigos, etc.- se encuentran las personas).
- Información sobre realización de diligencias, audiencias (agendas de audiencia, sistemas de notificaciones).
- Restricciones para participación en audiencias y juicios.
- Derechos de las partes (imputados, víctimas, testigos).
- Acceso a los funcionarios/as judiciales (si hay posibilidad de tener audiencias o entrevistas privadas con los jueces, fiscales o defensores, cuáles son los requisitos, si hay horario de atención, si cobran o no, etc.).
- Información general sobre los procedimientos y funcionamiento del sistema de justicia (publicación de agendas con fecha, hora y lugar de las audiencias o diligencias, información general de orientación al ciudadano/a en tribunales, información sobre juzgados/fiscalías/defensorías de turno, entre otras).

C. Academia y ONGs

- Información presupuestaria (gasto, remuneraciones, inversiones, etc.).
- Estadísticas judiciales diversas (anuarios estadísticos, de los tribunales, ministerios públicos, defensorías, informes estadísticos, cómo solicitar esta información).
- Resoluciones judiciales (acceso a publicaciones de jurisprudencia y a resoluciones judiciales en general, al contenido de las resoluciones judiciales y a su número, forma de producción, cantidad, etc.).
- Acceso a los funcionarios/as (para realización de entrevistas, por ejemplo).

- Organigramas y otra información organizacional.
- Resoluciones administrativas (cualquier resolución administrativa que determine o condicione la forma de obtener información judicial, o que regule aspectos del funcionamiento del sistema de justicia, formas de publicitarlas, etc.).

Luego de determinar la información relevante, se procedió a elaborar las herramientas para recolectar información respecto del acceso a ella. Para esto se diseñaron cuatro pautas de recolección de información⁹, con las cuales trabajaron los consultores locales.

La pauta N° 1, *Configuración Normativa e Institucional del Acceso a la Información Judicial*, tiene por objetivo identificar la normativa relevante para el proyecto, que regule, autorice o restrinja el acceso a la información judicial; las instituciones y oficinas que intervienen en el proceso de brindar información judicial a los tres grupos de usuarios identificados y graficar los procedimientos formales para la obtención de la información de interés para cada tipo de usuario. En esta pauta se establecieron las instituciones fuentes de información judicial relevante (Cortes -Poder Judicial-, Consejo de la Magistratura, Fiscalía/Ministerio Público, Defensoría Pública).

Los productos que los consultores locales entregaron con base en esta pauta son los siguientes:

- Catastro de las normas nacionales vigentes que regulan el acceso a la información relevante para los tres grupos mencionados, en especial reglamentaciones y normativa interna de las instituciones.
- Gráficos indicando los procedimientos para conseguir la información requerida y sus principales obstáculos, según lo que indican las normas.

Estos productos sirvieron para constatar el nivel de regulación del acceso a la información en los diferentes países, para luego analizar su compatibilidad con los estándares y normativa internacionales vigentes, y para identificar obstáculos de acceso en un primer nivel normativo.

La pauta N° 2, *Catastro de Grupos*, tuvo por objetivo definir los universos de los tres grupos de usuarios de la información judicial de interés para el proyecto. En cuanto al grupo de usuarios directos del sistema, como su universo es demasiado disperso,

se utilizó otra metodología para definirlo y para recolectar la información proveniente de este grupo (observación directa in situ de existencia de instrumentos o mecanismos de acceso a la información, que se indicarán en una pauta aparte).

La pauta N° 3, *Entrevistas*, tuvo por finalidad, una vez definidas las muestras de los grupos de Medios de Comunicación Social y Academia y ONGs según la información resultante de la pauta N° 2, guiar las entrevistas que los consultores locales realizaron a las personas indicadas en las muestras, a fin de obtener información sobre las prácticas del acceso a la información judicial. Se decidió entrevistar, no a quienes tienen el deber en cada caso de proveer la información, sino a los "clientes" o consumidores de la información producida por el sistema. Se realizaron aplicando un modelo de entrevistas semi-estructuradas, consistente en una conversación cara a cara en la que una parte asume el rol de entrevistadora, y la otra de informante, pero en el marco de una interacción no regulada por la parte entrevistadora. Para ello se confeccionó una pauta de puntos o temas que debían ser tocados para los periodistas y otra para academia y ONGs. Como resultado, los consultores locales entregaron a CEJA las pautas completadas por cada una de las entrevistas realizadas, y CEJA luego confeccionó una tabla para el mejor manejo de esta información y su procesamiento. Con esta información se elaboraron luego gráficos de los procesos de prácticas para acceder a la información (Mapas de prácticas), que fueron contrastados con los mapas normativos realizados según la pauta N° 1.

Finalmente, la pauta N° 4, *Observación*, tuvo por objetivo aportar información sobre el acceso a la información del grupo de usuarios. Dada la dispersión de ese grupo, que impide la aplicación de entrevistas, optamos por identificar elementos de acceso a la información para las personas usuarias directas del sistema de justicia, que integraran los mínimos del deber de información básica, concretamente: información sobre derechos, sobre los casos, y orientaciones mínimas para manejarse en las diferentes instituciones. Dado esto, se confeccionaron pautas identificando estos elementos mínimos que debieran contener la información indicada para cada institución: Tribunales/Corte; Ministerio Público/Fiscalía, Consejo de la Magistratura /Judicatura; Defensa Pública/de oficio. Adicionalmente, se confeccionó otra pauta, a fin de dar cuenta de condiciones generales de acceso a

⁹ Desde mayo hasta julio de 2003 se procedió al diseño de las herramientas para la recolección de la información. En el diseño de estas herramientas participaron la coordinadora del Proyecto, el Director Académico, el Director Ejecutivo, el área de prensa y el área de estadísticas de CEJA, y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

información por edificio (y no por unidad institucional). Nuevamente los consultores locales entregaron a CEJA las pautas completadas, a fin de que fueran luego procesadas.

Dada la extensión territorial y características de cada uno de los tres países del estudio, se fueron tomando a lo largo del proyecto varias decisiones respecto de la aplicación territorial de cada una de las pautas de recolección de información.

En el caso de Argentina, la pauta N° 1 recogió información normativa del ámbito de la justicia federal, que rige también sobre la justicia ordinaria para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La pauta N° 2, sobre catastro de grupos, se aplicó a los medios de comunicación de cobertura nacional y los más importantes de los territorios provinciales. La pauta N° 3, entrevistas, se aplicó a muestras de los universos de periodistas y academia y ONGs, pero las muestras fueron tomadas considerando sólo los miembros de instituciones de alcance federal, con sede en la Ciudad y provincia de Buenos Aires. Para la aplicación de la pauta N° 4, observaciones, se consideraron las unidades de lo ordinario nacional, esto es, la justicia ordinaria de todos los fueros vigente en la Capital Federal, de Corte Suprema de Justicia, Consejo de la Magistratura, Ministerio Público y Defensa Pública. No se incluyó la jurisdicción federal, por más que tuviera actuación en la Capital.

En el caso de Chile, las pautas 1 y 2 se aplicaron sobre todo el territorio nacional. Las pautas 3 y 4 se aplicaron tanto a ONGs y periodistas de la Región Metropolitana, como de ciudades de regiones con reforma al proceso penal implementada y en funcionamiento (Talca y Valparaíso).

En el caso de Perú, las pautas 1 y 2 se aplicaron sobre todo el territorio nacional. Las pautas 3 y 4 se aplicaron sobre Lima exclusivamente.

III. MARCO TEÓRICO

El derecho de acceso a la información pública así definido se concreta y desarrolla en otros derechos (deberes, en el caso del sujeto pasivo), los cuales a veces se encuentran expresamente consa-

grados en las leyes como principios¹⁰, sin los cuales el derecho primordial no puede realizarse. Estos son de dos clases:

A. Principios que regulan la información que debe ser pública

- *Presunción de información pública y principio de máxima revelación:*

Según estos principios, toda información producida por órganos e instituciones estatales, perteneciente a la administración central, descentralizada o entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, empresas e instituciones autónomas, órganos desconcentrados de la administración, y en todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación en el capital o en la formación de decisiones societarias; así como del Poder Legislativo y Judicial, se presume pública. Además, la consulta de ningún registro público puede estar vedada por siempre, sino que sólo puede disponerse la reserva o secreto por un período de tiempo determinado y, como veremos más adelante, por razones fundadas. De ahí que toda información en poder de los órganos públicos ha de regirse por normas acordes con el principio de máxima revelación, con lo cual se sugiere que, aún en casos en que existan motivos para reservar la información, la cantidad de información que no es accesible debe restringirse al máximo.

...la consulta de ningún registro público puede estar vedada por siempre, sino que sólo puede disponerse la reserva o secreto por un período de tiempo determinado y (...) por razones fundadas.

- *Limitación de las excepciones para el acceso a la información oficial, Negativa Fundada, Afirmativa Ficta:*

Todas las solicitudes de información que sean cursadas deben ser respondidas. Las excepciones a este principio deben estar debidamente definidas, y el Estado debe demostrar que la información solicitada se encuentra dentro del ámbito de información reservada. Los Principios ya citados establecen además que las negativas para revelar información no están justificadas a menos que el Estado pueda demostrar que la información cumple estrictamente con un test de tres partes, que demuestre que la información se relaciona con un objetivo establecido en la ley, que la revelación de la información pone en peligro ese objetivo, y que el daño causado por la revelación de

¹⁰ Utilizamos aquí los principios de Acceso a la Información pública definidos por la organización Artículo XIX (Cfr. Artículo XIX, "The Public Right to Know: Principles on Access to Information Legislation", disponible en [en adelante Principios de la Libertad de Información](#)). Los principios esbozados por la organización (Artículo XIX), han sido ampliamente utilizados por organizaciones internacionales e invocados en varios informes de la CIDH y de su Relatoría para la Libertad de Expresión. Cfr. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de 1999, p. 94. en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Vol. III. OEA/SER.L/V/II.106

la información es mayor que el interés público en la revelación de dicha información. Este principio se suma al de la afirmativa ficta, que establece que si transcurrido el plazo legal para brindar información el peticionario no ha recibido una respuesta, se entenderá que el Estado ha optado por la afirmativa de proveer la información, por lo que se habilita al peticionario para acceder a la misma mediante el recurso legal previsto.

- *Prevalencia de la revelación de información.*

Este principio complementa los anteriores, pero fundamentalmente al de máxima revelación y presunción de información pública. Por el mismo se consagra que en caso de choque de normas, o de dudas acerca de la interpretación de una norma, debe darse prioridad a la revelación de la información, y no a su negativa.

B. Principios que regulan el procedimiento para la obtención de información

- *Deber de publicación básica:*

Este deber es el complemento del derecho de acceso a la información pública, y se manifiesta en el deber de hacer público un conjunto de datos sobre las entidades del Estado. En otras palabras, este deber quiere impedir que el acceso a cualquier dato, que de antemano pueda saberse de interés público, tenga necesariamente que materializarse a través de una solicitud especial; prefiere que haya un conjunto mínimo de datos publicados de manera espontánea, y los pedidos más específicos tengan que ser expresos.

- *Promoción de una cultura de apertura:*

Las entidades públicas deben promover una cultura de gobierno transparente y abierto, capacitando de forma permanente a sus empleados y funcionarios en la comprensión de su actividad diaria como un servicio público. Se consigna expresamente a fin de promover, entre la ciudadanía y la burocracia estatal, la cultura de apertura de información y de servicio público¹¹.

- *Procedimiento ágil y sencillo para obtener la información requerida, obtención inmediata de la información, o en plazo razonable, derecho a la apreciación independiente de la negación de la información:*

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública debe incorporar su propia dimensión de "debido proceso". Debe, por tanto, estar claro para las personas dónde solicitar la información, cómo hacerlo -en este caso el trámite debe ser sencillo y no constituir un obstáculo-, los plazos de espera para los casos en que se trate de información no básica, como la anteriormente descrita, cuáles son los órganos a los que se puede recurrir en caso de no obtener una respuesta satisfactoria por parte de la administración pública, las posibilidades de recurrir a la justicia en caso de no recibir la información, y la necesidad de que exista una autoridad reguladora independiente sobre este derecho. Si alguna de estas variables no se cumple, o se estima que obstaculiza o restringe ilegalmente el derecho, entonces no estamos en presencia de un procedimiento como el requerido por el derecho para su cumplimiento efectivo. Un principio complementario a este es el deber de las personas de solicitar la información a la institución estatal donde razonablemente la información pueda encontrarse. Claro que para poder aplicar este principio, es necesario que el Estado primero cumpla con el deber de publicar información básica, que incluye la orientación al ciudadano respecto de dónde encontrar cada pieza de información. En cuanto al plazo para la obtención de la información, este debe ser razonable, lo que implica que se cumple inmediatamente cursada la solicitud cuando se trata de información básica. En el resto de los casos puede variar, por lo que cobra aún más importancia el derecho a recurrir ante una autoridad independiente. Entre los Principios ya citados, el principio 14 de Johannesburgo y el Principio 5 de libertad de información, resumen este derecho, que consta básicamente de dos partes: la primera, implica la necesidad de existencia de un órgano fiscalizador independiente, que pueda analizar las negativas de la información dadas por otros órganos del Estado; la segunda, es la revisión jurisdiccional de esta negativa, o derecho a recurso judicial ante ésta¹².

- *Gratuidad de la información y del acceso a ésta:*

El acceso del público a la información debe ser gratuito cuando se trata de información básica y en tanto no se requiera la reproducción de la misma. Cuando se requiera la reproducción, los costos no deben ser tan altos como para desincentivar a los solicitantes. En ningún caso podrán cobrarse, entonces, cargos extra que superen los precios de reproducción promedio del mercado.

¹¹ Este derecho/deber adquiere particular importancia en nuestra investigación, dado que hemos constatado en el caso de las instituciones judiciales que se ha hecho poco por impulsar la apertura informativa a nivel de las instituciones en los países del estudio, lo que resulta en perjuicios concretos para la ciudadanía en relación al servicio de justicia.

¹² En América Latina, a excepción de México, las leyes de libre acceso a la información pública no prevén el establecimiento de un órgano fiscalizador independiente; por el contrario, se ha optado por habilitar la vía judicial -en la mayoría de los casos mediante la acción de amparo-. Esta opción acarrea diversos problemas que pueden perjudicar el acceso a la información requerida, además de afectar particularmente el caso que nos interesa, que es el libre acceso a la información proveniente de los órganos del sistema de justicia.

IV. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La jurisprudencia y la doctrina interamericanas han establecido que el derecho de acceso a la información encuentra amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 13 de la Convención Americana garantiza "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

En su Opinión Consultiva Nro. 5 de 1985, sobre la Colegiación Obligatoria de los Periodistas, la Corte Interamericana estableció: "(...) quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"¹³.

El sistema interamericano ha reconocido el derecho de acceso a la información de manera más explícita que otros sistemas regionales. La razón de esta interpretación más amplia encuentra sustento en la Convención Americana que explícitamente

relaciona la libertad de expresión con el derecho a "buscar" información¹⁴.

Tal como lo estableció la Relatoría¹⁵, el acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado. Siendo el Estado un vehículo para garantizar el bien común, cuyos poderes derivan de la voluntad de los ciudadanos, el propietario de la información es el individuo quien, como mandante, ha delegado la administración de la cosa pública en sus representantes¹⁶. Esta idea fue reforzada con la aprobación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuyo Principio 4 afirmó el concepto de que, para dar debido cumplimiento a las obligaciones que establece la Convención, los Estados deben adoptar medidas efectivas que garanticen el acceso a la información en poder del Estado¹⁷. Un mecanismo transparente que brinde acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto de todos los derechos humanos y es necesario para evitar futuros abusos por funcionarios gubernamentales y asegurar la garantía de recursos efectivos contra tales abusos¹⁸.

...el acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado.

En el marco de la doctrina interamericana, el derecho de acceso a la información se encuentra garantizado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de ahí que las limitaciones a este derecho deben ser consonantes con ella. Por lo tanto, cualquier restricción debe estar expresamente establecida por ley y ser necesaria para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La condición de "necesaria", ha sido interpretada por el tribunal interamericano a la luz de la jurisprudencia europea en el sentido de que la necesi-

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Ser. A., Nro. 5 (en adelante, Opinión Consultiva OC-5/85), párr. 30.

¹⁴ A pesar de las diferencias que existen para reconocer el acceso a la información como un derecho fundamental relacionado con la libertad de expresión, existe un consenso internacional, no sólo de los órganos regionales y universales de protección de derechos humanos, sino también de los órganos políticos intergubernamentales y de la doctrina en que una participación efectiva de la ciudadanía en las decisiones que la afectan y en el control de los gobiernos exige un amplio acceso a la información lo cual potencia su participación en un efectivo debate público. Sin la información necesaria, es imposible ejercer la libertad de expresión como vehículo efectivo de la participación cívica o la supervisión democrática de la gestión del gobierno (CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/SER.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre 2002, párr. 286). Citando a Robert Dahl, Crick califica al acceso a fuentes alternativas e independientes de información como una de las características institucionales elementales de la democracia moderna, pues la libertad de expresión se vuelve inútil sin la disponibilidad de evidencias que permitan contrastar las informaciones oficiales (CRICK, Democracy, a Very Short Introduction, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 107.)

¹⁵ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. OEA/SER.L/V/II.118. Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre 2003. Cap. IV.

¹⁶ Cfr. CIDH, Informe Anual 2001, Vol. II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión (en adelante, Informe del Relator Especial 2001) OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 5 rev. 1; Informe del Relator Especial 2000.

¹⁷ El Principio 4 de la Declaración establece: "El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. (...)". CIDH, "Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión," 2000. Principio 4. En:

¹⁸ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. OEA/SER.L/V/II.118. Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre 2003. Cap. IV. P.

dad corresponde con la existencia de una "necesidad social imperiosa" para cuya protección no es posible otro mecanismo menos restrictivo que la limitación¹⁹, en este caso, al derecho de acceso a la información. De esta manera puede observarse la consonancia de esta jurisprudencia con los Principios anteriormente referidos.

V. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

A. La información jurisdiccional

La implementación de las reformas judiciales ha generado avances en cuanto al acceso a la información que emana de los procesos judiciales. Esta relación no es de extrañar siendo la inclusión de los principios de oralidad y publicidad dos de los elementos clave del cambio, como se refirió en precedencia. Particularmente en los procesos penales, las garantías de los derechos a un debido proceso y a un juicio justo implican la publicidad del proceso penal. De ahí que en este caso, el acceso a la información sobre estos procesos, desde su inicio hasta la sentencia y su ejecución, es un componente intrínseco de los derechos de debido proceso y juicio justo que el Estado está obligado a garantizar²⁰, tal como ha sido señalado por los tratados internacionales de derechos humanos.

El caso chileno es valioso en términos de estudio, en cuanto, producto de la implementación gradual de la reforma, permite comparar la situación entre las regiones de ese país que han implementado la reforma judicial, que gozan de un procedimiento acusatorio moderno en funcionamiento, y la Región Metropolitana, que se rige aún por un sistema inquisitivo. Esta comparación evidencia que la implementación de las reformas redundará en la mejora del acceso a la información. Los resultados que se muestran a continuación provienen de los estudios locales en los países mencionados. Para mayor información, los informes locales pueden ser consultados en www.cejamerica.org.

El caso chileno es valioso en términos de estudio (...) permite comparar la situación entre las regiones de ese país que han implementado la reforma judicial, que gozan de un procedimiento acusatorio moderno en funcionamiento, y la Región Metropolitana, que se rige aún por un sistema inquisitivo.

La disponibilidad de información durante el curso del proceso penal se evalúa de forma diferenciada, debiendo ser más amplia para el público en general durante la etapa de juicio. Por este motivo, la evaluación se divide frente a este aspecto.

A.1. Publicidad general

En los tres países, en ambos sistemas de procesamiento penal, la información de la investigación es secreta para terceros. No pretende analizarse aquí el detalle del conflicto entre el secreto del sumario y la difusión de información en la etapa de investigación. No obstante, la importancia del debate radica en que, sin perjuicio de los intereses legítimos de la justicia, existe una necesidad social por conocer algunos aspectos básicos de dichos procesos aún en esta etapa, que se refleja en la búsqueda de este tipo de información por parte de la prensa y de las organizaciones de la sociedad civil. En efecto, la justicia es una función pública esencial, sobre todo la justicia penal, por lo cual, en tanto existan elementos de interés público cuyo conocimiento no perjudique el desarrollo adecuado de una investigación u otros intereses legítimos como la protección de los menores o de los derechos del imputado, no deberían existir trabas para su difusión por parte del órgano investigador o de los Poderes Judiciales. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la regulación que resulte de estos intereses en juego no puede desfigurar el sistema en general, impidiendo la debida contradicción de las pruebas.

El nuevo Código Procesal chileno favorece que los terceros tengan acceso a los registros completos de las audiencias de garantías o a la parte de ellos que resulte pertinente, cuando dieran cuenta de actuaciones públicas conforme a la ley, excepto cuando durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restrinja el acceso para evitar que se afecte el derecho a un juicio justo. Se establece, además, un plazo de cinco años para la reserva, al término de los cuales los registros se consideran públicos. En estos términos, por regla general, al menos hay acceso a la información que

El nuevo Código Procesal chileno favorece que los terceros tengan acceso a los registros completos de las audiencias de garantías o a la parte de ellos que resulte pertinente, cuando dieran cuenta de actuaciones públicas conforme a la ley, excepto cuando durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restrinja el acceso para evitar que se afecte el derecho a un juicio justo. Se establece, además, un plazo de cinco años para la reserva, al término de los cuales los registros se consideran públicos. En estos términos, por regla general, al menos hay acceso a la información que

¹⁹ Corteidh, Opinión Consultiva OC-5/85, parr. 46.

²⁰ En América Latina, durante el siglo XX y aún después de las ratificaciones por parte de los Estados de los instrumentos interamericanos de Derechos Humanos, los procesos inquisitivos eran la norma en el continente aún cuando a todas luces reñían no solo con la exigencia de publicidad, sino con las garantías propias de un Estado republicano de Derecho. Es, en la ruptura del secreto del sistema inquisitivo, donde se encuentra parte de la esencia de las reformas judiciales que se han emprendido en América Latina desde la década de 1980, para dejar atrás aquel modelo basado en procesos escritos, confidenciales, basados en la investigación de un inquisidor realizada en solitario, y de quien se pretendía era libre de las "pasiones" de los involucrados en el conflicto, o como lo describen Maier y Struensee, "un procedimiento dominado por la razón del Estado, verdadero protagonista del conflicto entre la ley heterónoma dictada por él y el súbito sospechado por transgredirla, con enorme cantidad de recursos contra las decisiones, que incluso procedía o se activaban, como el procedimiento, de oficio, para posibilitar el control jerárquico y tornar efectiva la devolución del poder delegado en origen." (Maier, Julio B.J.; Ambos, Kai y Woischnik (coordinadores), Las Reformas Procesales Penales en América Latina. AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 2000. Introducción conjunta Maier, Julio y Struensee, Eberhard.)

se produce en un estadio avanzado de la investigación, cuando se formulan los cargos al imputado o tienen lugar audiencias que restringen sus derechos, como la imposición de prisión preventiva.

Ello contrasta con la práctica del sistema chileno antiguo que, por ejemplo, arrojó dificultades para conocer el estado de privación o no de la libertad de los imputados. En más de un 40% de los juzgados criminales existen diversos obstáculos para conocer esta información, entre ellos el brevísimo lapso de una hora diaria en que ella puede ser consultada, y la evidencia de que unos pocos funcionarios destinados a otorgarla solo acceden a hablar con abogados. En el sistema reformado, esta información es fácilmente accesible, tanto en la Defensoría como en el Ministerio Público y los Juzgados de Garantía. En todo caso, la información disponible en la Defensoría fue la menos completa entre las 3 instituciones chilenas.

En cuanto al juicio oral, como anunciamos al principio, siempre se ha previsto legalmente como público en los países en que existe, aunque en la práctica nunca lo ha sido. El reconocimiento del principio de publicidad del juicio en los sistemas tradicionales no se hacía efectivo en la práctica, por dos motivos: en primer lugar, las pruebas practicadas en la investigación, que permanecían como tales en el juicio, no eran conocidas por quienes pudieran asistir al mismo, con lo cual su acceso a la información que fundaba las decisiones judiciales era siempre limitado. Adicionalmente, no existían salas de audiencia, y muchos juicios se desarrollaban dentro del despacho del juez, con lo cual la imposibilidad de la publicidad era práctica. Sin embargo, la consolidación de esta práctica era tal, que frecuentemente los jueces no utilizaban las salas de audiencia de las que disponían, prefiriendo celebrar la audiencia en su despacho, sin justificación aparente. Por estas razones, la práctica judicial nunca gozó de juicios públicos propiamente tales en los sistemas tradicionales en que el juicio público estaba legalmente previsto. En algunos, ni siquiera se contemplaba esa fase.

En el procedimiento chileno reformado, por el contrario, es fácil conocer la fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo una audiencia determinada, y la publicidad se materializa en la práctica, ya que cualquier persona puede acceder a la sala de audiencias, las puertas permanecen abiertas y nadie pregunta siquiera el motivo del acceso. En Argentina, las dificultades que impiden el cabal ejercicio de la publicidad se materializan, no en restricciones concretas al acceso, sino en otros defectos operativos: las condiciones de las salas no

siempre posibilitan la publicidad y en ocasiones la información sobre la celebración de audiencias es de fácil acceso, pero en otras está incompleta (no se señala la hora).

En el ámbito normativo, las restricciones a la publicidad de las audiencias de los juicios en los tres sistemas giran en torno a la protección de menores, el honor, la seguridad, la intimidad o incluso la moral, el orden público, o para evitar la divulgación de secretos protegidos por ley. Estas limitaciones serían consonantes con el artículo 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos según el cual:

(...) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El grado de detalle con el que se definen los posibles motivos para limitar la publicidad de las audiencias es variable, siendo el caso de Perú el más específico en cuanto a ellos. En general, se entiende que la decisión de limitar la publicidad de las audiencias de un juicio la podrá tomar el tribunal caso por caso. Asimismo, varía la generosidad con que los jueces permiten la publicidad, en interpretación de las causales legales de restricción.

Sin embargo, en la práctica, los estándares de publicidad del juicio no han terminado de consolidarse. Hacen falta criterios claros para decidir cuándo pueden restringirse, de qué forma deben interpretarse las disposiciones legales que permiten la limitación de la publicidad. Particularmente en cuanto al acceso que el público pueda tener a la información, las limitaciones que pueden establecerse para el ingreso del público y los medios a las audiencias o, incluso, para el acceso a cierta información sobre antecedentes del caso, pareciera que los jueces no tienen líneas jurisprudenciales claras para apoyarse y decidir si la restricción es legítima o no, y en la práctica esto se traduce en que sus decisiones reflejan la inexistencia de principios consolidados en esta materia.

Las decisiones sobre la publicidad de las audiencias generan tensiones entre los comunicadores sociales y los tribunales de justicia. Pareciera haber una falta de conciencia por parte de los administradores de justicia de que la presencia de público, y la fiscalización por parte de los medios y de organizaciones civiles en un debate, lejos de afectar la imparcialidad del juez o la autonomía de actuación de las otras partes o instituciones o funcionarios de justicia, puede constituir, según palabras de Cafferata, “una coraza para los jueces frente a eventuales presiones de los otros Poderes del Estado, o de grupos políticos o sociales, contribuyendo así a la transparencia de la administración de justicia y a la confianza en el Poder Judicial”²¹.

Merece una mención el caso argentino en que, de acuerdo con algunos periodistas consultados, el mecanismo de acreditación utilizado para el ingreso a las audiencias genera privilegios para algunos medios y, en el interior de la República, lleva a una censura que “adquiere ribetes graves e indisolubles”. Al respecto, es importante recordar que en diciembre de 2003 los tres mecanismos internacionales (relatores) de promoción de la libertad de expresión emitieron una declaración conjunta según la cual: “Los esquemas de acreditación a periodistas sólo son apropiados si son necesarios para proveerles de acceso privilegiado a algunos lugares y/o eventos; dichos esquemas deben ser supervisados por órganos independientes y las decisiones sobre la acreditación deben tomarse siguiendo un proceso justo y transparente, basado en criterios claros y no discriminatorios, publicados con anterioridad”²².

El acceso a las decisiones que ponen fin a los procesos es, por el contrario, mucho más satisfactorio. En Argentina, los usuarios revelaron consultar con facilidad esta información, gracias a que las decisiones se publican periódicamente en varios medios, aunque no existe certeza de que se publique la totalidad de ellas. Se critica que con frecuencia lo que se publica son extractos de las decisiones. Igual ocurre en Chile, donde las publicaciones de las sentencias son selectivas, aún de sentencias de la Corte Suprema, siendo imposible

acceder a todas las decisiones, ya que la publicación periódica que se hace no abarca todas las sentencias y no la hace el Poder Judicial. Por su parte, tanto la Defensoría como el Ministerio Público tienen bastantes sentencias publicadas en Internet, pero también es una selección.

Se extraña en los órganos de los sistemas judiciales -con excepciones notables en los Juzgados del nuevo procedimiento penal chileno y su Ministerio Público- la existencia de mecanismos de información a la ciudadanía que permita al usuario común entender las reglas de su relación con el sistema y romper el prejuicio de que los Poderes Judiciales son un terreno reservado para abogados. Para superar estas limitaciones se requiere de una estructura institucional adecuada. Ahora bien, no se puede ignorar que esto requiere de recursos.

Se extraña en los órganos de los sistemas judiciales (...) la existencia de mecanismos de información a la ciudadanía que permita al usuario común entender las reglas de su relación con el sistema y romper el prejuicio de que los Poderes Judiciales son un terreno reservado para abogados.

Un avance importante en todos los países a los que se refiere este estudio, es la utilización del acceso remoto para la consulta de expedientes judiciales. En ellos se ha comenzado a implementar este sistema con mayor o menor alcance, según las materias, los tribunales o cortes y las regiones. Ahora bien, llama la atención que, en algunos casos, la consulta de información por este medio no es una práctica a la que recurren comúnmente los periodistas y organizaciones. De ahí que es importante la difusión, por parte de las propias instituciones del sistema judicial, de la existencia de estos mecanismos de consulta.

A. 2. El caso de los periodistas

El acceso de los medios de comunicación resulta especialmente problemático. En la Región Metropolitana chilena, de acuerdo con los periodistas, el acceso de la prensa a los alegatos de las partes en los recursos ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, puede ser restringido por razones de espacio, lo cual riñe con el estándar de publicidad, pero también se limita el acceso sin mediar explicación alguna. La falta de recursos eficaces afecta aún más las relaciones entre la prensa y los tribunales. En Argentina, donde las limitaciones a las audiencias son definidas en términos más

²¹ Cafferata Nores, José I. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Editores del Puerto, Argentina. 2000.

²² Ver <http://www.cidh.org/relatoria/Spanish/Compren2003/Mecanismos%20Internacionales.htm>

generales por la legislación que en los otros dos países, si bien se exige que la decisión del tribunal sea fundada, ésta es irrecurrible.

Esta situación ejemplifica el problema de falta de claridad, no sólo respecto de la legitimidad que deben tener las restricciones, sino también de la importancia de la cobertura de los procesos judiciales por parte de los medios de comunicación, para los propios intereses de la justicia. Si bien un mayor grado de especificidad en las normas contribuiría, éste pareciera ser, esencialmente, un problema de cultura institucional que requiere de un cambio de mentalidad por parte de los funcionarios del sistema judicial para que reconozcan -y reivindicuen- que su labor es de profundo interés público y como tal debe estar sometida al escrutinio de la ciudadanía. La presencia del público favorece la confianza en el sistema de justicia, y a la postre, redundando en una mayor comprensión por parte de la ciudadanía de los procedimientos judiciales. El secreto en la función judicial, más allá de "proteger" la función de los jueces del descrédito público, puede generar desconfianza y abrir un peligroso espacio a violaciones a los derechos al debido proceso y a un juicio justo. Al respecto, la Comisión Interamericana ha señalado: "A efectos de preservar la confianza del público en los tribunales y proteger a los litigantes contra la administración de la justicia secreta y sin escrutinio público, las normas del debido proceso exigen que el juicio y el pronunciamiento de la sentencia se efectúen en público excepto en circunstancias excepcionales en que la justicia exija estrictamente lo contrario"²³.

En este sentido, en la Región Metropolitana chilena, la falta de información ampliamente disponible a la prensa estimula su investigación por otros medios, como la familia de la víctima o los abogados, con lo cual la información que se obtiene arroja una visión parcial de los hechos que les resta credibilidad. Este aspecto es idéntico en Argentina, donde incluso los periodistas son conscientes de que la información que les brindan los intervinientes en el proceso constituye una estrategia de las partes dentro del mismo. En cuanto a las regiones chilenas con procedimiento reformado, el problema es diferente, ya que la información disponible sobre los juicios en curso es buena y bastante amplia, sin embargo, los periodistas usualmente requieren la informa-

ción en un momento anterior al juicio oral, con lo cual, en esta instancia, la noticia muchas veces ha perdido oportunidad a los ojos de la prensa.

Otro indicio de la dificultad de los sistemas judiciales para concebir su labor como un servicio público, cuyos principales destinatarios son las personas, y no el Estado ni la corporación de abogados, es la queja recurrente sobre el uso de un vocabulario técnico, de información que está destinada a los "abogados" y no a la ciudadanía, y la evidente inexistencia de algún mecanismo que "traduzca" al ciudadano común ese lenguaje jurídico. Ese papel lo puede desarrollar una prensa que pueda ejercer su labor con las suficientes garantías y una institución "abierta" a la misma. No cabe aquí disertar sobre la necesidad de la capacitación de los periodistas -la cual sin duda alguna sería beneficiosa-, pero sí es de señalar que el sistema de justicia podría contribuir con ello.

La carencia de mecanismos para consultar la información directamente y la necesidad, en muchos casos, de contar con un abogado para acceder a la información, lleva, lógicamente, a su búsqueda por mecanismos informales (en Chile, por otra parte, el 80% de los periodistas manifestó buscar la información a través de estos mecanismos), e incluso ilegítimos, como es el caso de tres periodistas peruanos, quienes reconocieron que debían dar una "contraprestación" para obtener información sobre las resoluciones judiciales. Sería ingenuo pensar que la existencia de mecanismos formales eliminará la consulta por parte de la prensa de fuentes no oficiales, pues la confirmación de la información con otras fuentes es una práctica natural de su labor, pero evidentemente, sería importante para evitar la dependencia de los periodistas a la información que les suministren las partes, cuya imparcialidad, tal como lo señalaron los mismos comunicadores, es siempre dudosa.

A. 3. Publicidad para las partes

En general, las reglas en cuanto al acceso por las partes suelen estar bien definidas en los tres países en estudio, y en la práctica suelen respetarse las normas de los Códigos Procesales. La adopción de un sistema más acusatorio ha significado mayores garantías a la publicidad, lo cual favorece

...la falta de información ampliamente disponible a la prensa estimula su investigación por otros medios, como la familia de la víctima o los abogados, con lo cual la información que se obtiene arroja una visión parcial de los hechos que les resta credibilidad.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/SER.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 de octubre del 2002. párr. 238. en adelante: Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos.

el cumplimiento en la práctica del principio de “igualdad de armas”.

Tanto en Perú y Argentina, como en los procesos chilenos que se rigen por el nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP), se establece el acceso de las partes a toda la información recogida durante la investigación. Existen algunas disposiciones que conservan ciertas reservas, como en el caso de Perú y Chile en el sistema nuevo, donde un juez puede ordenar que una actuación se mantenga en reserva cuando su conocimiento pueda entorpecer el éxito de la investigación. Sin embargo hay límites a esta reserva, pues debe establecerse un tiempo determinado.

Situación muy distinta sucede en Chile en aquellos procedimientos que se rigen aún por el CPP antiguo. Allí, el proceso penal se adelanta ante un único funcionario, y la etapa en que se decide la mayor cantidad de cuestiones es secreta incluso para el imputado, que no tiene la posibilidad de conocer el avance de la causa que se lleva en su contra. Incluso, cuando se le permite el acceso formalmente, distintas deficiencias en la atención del sistema judicial (falta de preparación de los funcionarios, ausencia de una “costumbre de publicidad” que conlleva una política contraria a la misma, etc.) llevan a que dicho acceso no se materialice como debiera. Si se presenta el plenario, a petición de parte, a él tienen acceso los sujetos procesales. En conclusión, el acceso a la información en el sistema tradicional chileno es el esquema más restrictivo de todos.

En cuanto a la etapa de juicio, las partes tienen libre acceso a la práctica de las diligencias, aunque otra es la situación cuando se trata de entrevistas de las partes con los jueces pues no pareciera una práctica tan libre. En Argentina, se exige que ambas deban estar presentes en las entrevistas con los jueces, lo cual se explica por la necesidad de evitar intrigas tendientes a sugerir la solución del caso.

B. La información administrativa

Para efectos del presente estudio, se decidió dividir el análisis de la información producida en virtud de los procesos judiciales, de aquella que emana de los actos administrativos y de gobierno de los sistemas judiciales.

La posibilidad de conocer cómo se ejerce la gestión y, en algunos casos, de ejercer el control directamente sobre la misma es una condición necesaria para la transparencia y la confianza en las instituciones. Sin embargo, el histórico silencio y distanciamiento de la ciudadanía con los que tradicionalmente han actuado los Poderes Judiciales, han generado un distanciamiento en su relación con el ciudadano común, que se hace evidente en la falta de control, por parte de los medios de comunicación y de la sociedad civil, de la gestión administrativa del Estado. Es claro que existe un mayor interés sobre la labor propiamente jurisdiccional, pues los periodistas consultados en los tres países suelen mostrar mayor interés por cubrir los procesos judiciales que por ejercer un control externo de la gestión administrativa de los Poderes Judiciales. Sin embargo, es en muchos casos en esa gestión donde se determina la eficiencia de los recursos para que el Poder Judicial cumpla con su labor fundamental, y se hace visible la transparencia de las decisiones sobre procedimientos disciplinarios y concursos. Si los medios de comunicación ejercen una labor fundamental en el control de actos de corrupción respecto del conjunto de instituciones públicas, el Poder Judicial no debería escaparse a ese control esencial.

Si los medios de comunicación ejercen una labor fundamental en el control de actos de corrupción respecto del conjunto de instituciones públicas, el Poder Judicial no debería escaparse a ese control esencial.

Adicionalmente, las restricciones al acceso a la información que podrían ser válidas respecto de la información procesal para garantizar los intereses de la justicia, no son extensibles a la información administrativa. Evidentemente, los conflictos de derechos que se pueden presentar en el marco de un proceso judicial son muy distintos a aquellos que puedan surgir, por ejemplo, de la publicidad de un presupuesto, si llegara a haberlos. En ese ámbito, las exigencias de transparencia y probidad que se aplican a la gestión administrativa de cualquier otro órgano del Estado deberían ser igualmente válidas para la labor administrativa y de gerencia del Poder Judicial, ya que la posibilidad de controlar la gestión eficiente del presupuesto parte de la base de que éste se conoce públicamente.

En los tres países existen profundos vacíos normativos en cuanto al derecho de la ciudadanía a requerir información sobre la gestión administrativa de algunos órganos del sistema de justicia, con algunas excepciones²⁴. Sin perjuicio de que existen disposiciones generales, aplicables al Poder Judicial

²⁴ De nuevo, en el caso chileno, existen normas que garantizan el principio de transparencia y probidad que se aplican a la labor del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública.

(Perú²⁵) o normas específicas para los Poderes Judiciales que garanticen la publicidad de la información de los actos administrativos (Chile²⁶), no se ha dado un desarrollo normativo al interior de los mismos que garantice, en general, un pleno ejercicio de este derecho. Existen normas o decisiones de los órganos jerárquicos de los sistemas judiciales sobre algunos tipos de información muy específicos, pero en algunos de los casos éstas tenderían a establecer restricciones a garantías de disposiciones más generales.

No es de extrañar, entonces, que en la práctica, no exista claridad sobre los mecanismos para solicitar muchos datos de índole administrativa. En el caso peruano, por ejemplo, a pesar de que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información establece un procedimiento general, en las entrevistas fue evidente que el mismo era desconocido para la mayoría de los usuarios consultados. En este sentido, reiteramos, hace falta una mayor difusión de la existencia de estos mecanismos, pero igualmente el hecho de no ser utilizados por los usuarios a que están destinados, impide depurarlos a través de la constatación práctica de su funcionamiento. En cuanto a la frecuencia con que los grupos de usuarios acuden a esta información, resulta notorio que no ven una necesidad de conocer los aspectos que gobiernan operativamente el sistema de justicia. En Chile, ninguna de las organizaciones de sociedad civil manifestó haber requerido alguna vez información sobre el funcionamiento del Poder Judicial, defecto que es especialmente notorio si se tiene en cuenta que se encuentra disponible en la página web.

A pesar de que entre los periodistas y las organizaciones de la sociedad civil, existe una menor tendencia a solicitar información de índole administrativa, existe mayor crítica hacia las dificultades y la calidad de este tipo de información. En los tres países, periodistas y representantes de la sociedad civil se lamentaron de la “desconfianza” con que son recibidas sus solicitudes de información sobre la gestión administrativa. Se torna evidente que la relación entre el Poder Judicial y la ciudadanía en cuanto a la información de índole administrativa sufre de una mayor indefinición.

En el marco de la gestión cotidiana de los funcionarios, otra vía de control sería la posibilidad de formular quejas o reclamos en contra de éstos, y una

de las vías para estimular este control es la difusión de sus obligaciones y deberes. En el caso chileno, no se encuentra en los edificios de tribunales información sobre este tema; sin embargo, en casi la totalidad de las instituciones existen buzones de quejas

...en casi la totalidad de las instituciones existen buzones de quejas y sugerencias, aunque el formulario para registrarlas no estaba disponible en el 90% de las dependencias visitadas.

y sugerencias, aunque el formulario para registrarlas no estaba disponible en el 90% de las dependencias visitadas. En Argentina, existe este tipo de buzones en una pequeña porción de juzgados (22%).

La información relevante de índole administrativa se puede clasificar en tres grupos: en primer lugar, hay información estadística, que permite medir cómo procesa el sistema las causas que recibe, y sacar conclusiones sobre tendencias, logros y aspiraciones. Este aspecto cobra particular importancia cuando se emprenden procesos de reforma como los mencionados, ya que una de las aspiraciones de la reforma es que el sistema maneje mejor su flujo de causas. En segundo lugar, está la información del sistema judicial que rodea el nombramiento y remoción de los funcionarios, así como las sanciones que se les imponen. Finalmente, existe también información relativa a presupuesto y gasto del sector judicial.

En cuanto al acceso a la información sobre selección y sanciones a los funcionarios judiciales, hubo quejas en todos los países. En Argentina, la Ley de Ética Pública de 1999 garantiza el derecho de los ciudadanos a solicitar las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios, pero la Corte Suprema emitió una acordada que restringió su acceso²⁷.

En Perú, si bien el reglamento de la Oficina de Control de la Magistratura introdujo la publicidad como uno de los principios de la función de control, también se introdujo la prohibición de revelar información que dificulte la acción de control y definió la “infidencia” como falta grave. Se señala que el efecto disuasivo de la norma que prohíbe la infidencia se ha extendido ampliamente. Además, resulta llamativo que al tiempo que la ley regula ampliamente el acceso a la información, los reglamentos de las leyes, o la práctica, restringen indebidamente dicha amplitud. Estas contradicciones en ocasiones tienen lugar en la misma ley, por ejemplo, la que reguló en Perú los procesos sancionatorios afirma el valor ejemplificante de su debida difusión, pero simultáneamente establece la reserva en las actuaciones.

²⁵ En Perú existen normas constitucionales y una Ley de Acceso a la Información que son aplicables al Poder Judicial y al Ministerio Público.

²⁶ El Código Orgánico de Tribunales, que trata principalmente de la labor administrativa del Poder Judicial, contiene varias disposiciones sobre la publicidad de información.

²⁷ La validez de esta acordada, al realizarse el presente informe, se encontraba en tela de juicio y se creó una instancia para su revisión en un grupo de trabajo recientemente creado que integra la Corte Suprema de Justicia de La Nación y Argentina Justicia.

En Perú, los comunicadores se quejaron de la pobre calidad de la información sobre antecedentes de los magistrados y manifestaron haber tenido problemas para obtener información sobre nombramientos, remociones o sanciones de funcionarios. Se resalta que, mientras la ley dispone que los procesos serán “siempre públicos”, en la práctica dicha publicidad desaparece. En Chile, algunos artículos del Código Orgánico de Tribunales establecieron el secreto de los procesos de calificación de los funcionarios, así como de sus resultados; el currículo de los jueces no se encuentra disponible al público y más de la mitad de los periodistas consultados señaló que si bien es accesible la información sobre sanciones impuestas, no es fácil acceder a la causa de su imposición, en la medida en que se evita proveer detalles sobre los hechos en que se fundan. Adicionalmente, en virtud de un autoacordado del 1 de agosto de 2003, la Corte Suprema aprobó los "Principios de Ética Judicial", en que recomienda que las investigaciones de las conductas contrarias a la ética judicial, la probidad o la moral se sustenten en un cuaderno reservado, cuyo respaldo se archive con la “debida reserva”.

En Argentina, se señaló como notablemente restringida toda la información sobre procesos adelantados en contra de funcionarios judiciales y policías. Se menciona un caso en que se pidió esta información con destino a un proceso judicial, y nunca se pudo acceder a ella, siendo esta negativa llevada hasta el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Tampoco se conocen los procesos de selección de los jueces en ese país.

En ningún caso pareciera verse el escrutinio público a las calidades, nombramientos, sanciones y remociones de los funcionarios judiciales como un requerimiento mínimo de transparencia. Es cierto, tal como lo señalan Binder, Vargas y Riego, que la legitimidad del Poder Judicial está vinculada al ejercicio de la función judicial, pero como ellos mismos señalan, el gran poder que ejercen los jueces, unido a su elección indirecta, afecta aún más su legitimidad. “Esta mayor fragilidad de origen trata de ser compensada con la transparencia en el nombramiento, con la idoneidad de los elegidos y con el control de su desempeño. Vemos pues, que ya en el nivel inicial de la legitimidad de origen de la judicatura juega un papel central la información disponible sobre el proceso”²⁸.

En cuanto a la información presupuestaria, existe al menos algún nivel de publicidad, ya que el presupuesto se adopta mediante una ley, por lo cual se publica al menos en el diario oficial. Sin embargo, la información que sirve para evaluar realmente la eficiencia en la gestión, no es la del presupuesto asignado, sino la del gasto, y ella es escasamente disponible.

...la información que sirve para evaluar realmente la eficiencia en la gestión, no es la del presupuesto asignado, sino la del gasto, y ella es escasamente disponible.

En cuanto a la búsqueda de esa información en las instituciones del sector justicia, pareciera existir un prejuicio respecto de la deficiente capacidad del Poder Judicial de producir datos, ya que quienes solicitan la información opinan que los entes del sector judicial no son capaces de producirla, pero no es de interés prioritario de los grupos consultados acudir a esta información, sólo unos pocos manifestaron haberla requerido alguna vez. En esta medida, es posible que este juicio de incapacidad del sector judicial no coincida exactamente con la realidad, sino que obedezca a una preconcepción.

En Perú, por ejemplo, si bien el sitio electrónico del Poder Judicial ofrece datos presupuestarios y ejecuciones trimestrales al día, tal como lo exige la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, solamente una organización dijo consultar este tipo de información en Internet. El resto, dijo que el procedimiento para obtener información era hacer la consulta a un funcionario o no sabía cómo obtenerla.

En Chile, la información no está disponible en las instituciones -Ministerio Público, Defensoría, Poder Judicial-, y la solicitud de la misma es percibida con desconfianza por las personas encargadas en ellas de la atención al público.

En Argentina, no es habitual solicitar información sobre el presupuesto del sector justicia. En todo caso, existen disposiciones que restringen el acceso, por ejemplo, a la remuneración de los funcionarios.

En el caso de las estadísticas judiciales, también se presentaron quejas sobre su calidad en los tres países, pues fue calificada como desactualizada. En Chile, por ejemplo, el 55% de las organizaciones de sociedad civil manifestó haber encontrado la información en el anuario del Instituto Nacional de Estadística, siendo imposible acceder a ella acu-

²⁸ Binder, Alberto; Vargas, Juan Enrique; y Riego, Cristián, “Los Jueces y la Información, Sistemas de información e instituciones judiciales en el marco de la reforma judicial” en *Sistemas Judiciales* Nro. 5, p. 58. También en www.cejamericas.org.

diendo a las propias instituciones del sistema judicial, e incluso se anotó que la información que se encontraba era muy restringida y no siempre actualizada. Un porcentaje similar (54%) acude a este tipo de información en Argentina, pero se queja de falta de actualización y de poca confiabilidad. Resalta la mención al buen nivel de las estadísticas en el Ministerio Público. Sin embargo, las instituciones tienden a percibir la información estadística que producen como información no pública de entrada, exigiendo, en algunos casos, una autorización de órganos superiores del aparato para que las personas que la solicitan puedan obtenerla (por ejemplo, en Chile, esperar a una autorización de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia). Ello contrasta con la necesidad del control interno de gestión, ya que la publicidad de la información estadística debería ser un estándar mínimo de transparencia.

...las instituciones tienden a percibir la información estadística que producen como información no pública de entrada, exigiendo, en algunos casos, una autorización de órganos superiores del aparato para que las personas que la solicitan puedan obtenerla...

De manera general, en cuanto a la información administrativa, no son de conocimiento de los periodistas y de las organizaciones civiles los procedimientos existentes -cuando los hay- para solicitar el acceso a esta información, o para recurrir en caso de negativa. Adicionalmente, la dificultad del lenguaje con que se expresa la información produce estímulos negativos. Por ejemplo, en Perú, resulta llamativo que 10 de 12 organizaciones de la sociedad civil hayan manifestado no buscar información en el sistema judicial, sino acudir a un asesor jurídico para estos temas.

Por otro lado, algunas disposiciones legales dirigidas a facilitar y desburocratizar la búsqueda de información no se cumplen. En Perú, la ley dispuso que las entidades de la Administración Pública, dentro de las que se cuenta la administración de justicia, deben encargar a una persona de tramitar las solicitudes de información (art. 2 del TUO²⁹). Esta norma, dirigida a consolidar y facilitar el acceso a la información, en la práctica la restringe, ya que el funcionario encargado muchas veces está en Lima, y los requerimientos de información que se formulan en otros lugares del país no pueden tramitarse debidamente. En otros casos, este funcionario tiene otras labores anexas, siéndole imposible desarrollar con esta labor, lo cual impide que los fines de la norma se cumplan.

C. Información operativa

Hemos llamado información operativa a aquella que explica a la población algunos aspectos básicos de su relación con los órganos de la justicia. Es aquella que, por así decirlo, tiende puentes hacia la ciudadanía para permitirle apropiarse del Poder Judicial como una institución que le presta un servicio esencial. La producción de esta información ha de surgir de decisiones que no se limiten únicamente a permitir el acceso, sino que procuren ofrecerla. Esto presupone una concepción de la labor judicial como un servicio público. El desconocimiento por parte de las organizaciones civiles y de los periodistas de algunos mecanismos creados por los propios sistemas de justicia para obtener cierto tipo de información es muestra clara de que no basta con crearlos, sino que se debe promoverlos y darlos a conocer para permitir su utilización.

Dado que el servicio de justicia es un servicio público, su principal destinatario no es el Estado, sino las personas. Por ello es necesario que las instituciones de justicia generen sistemas de información ideados en función de sus destinatarios y no del sistema judicial.

De la capacidad de entrar en diálogo con los destinatarios del servicio de justicia, depende en gran medida la legitimidad y confianza en el sistema de justicia.

La Declaración Principal de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores, ha establecido en su declaración tercera que "(l)os niveles de credibilidad y confianza en la justicia están relacionados en gran medida con las políticas de educación judicial, la difusión de las resoluciones judiciales, las relaciones con los medios de comunicación y el acceso a la información pública". Sin embargo, de la información recabada en el marco del presente estudio no se desprende la existencia de normas internas de los órganos del sistema judicial de los países para establecer una política general activa de información y educación al público.

En la práctica existen algunos esfuerzos importantes, aunque no es posible establecer de la infor-

²⁹ Texto Único Ordenado de la Ley 27.806.

mación recopilada la existencia de políticas generales y coherentes para asegurar el acceso a este tipo de información. En Argentina, existen oficinas de atención al público en casi todos los edificios judiciales, y la mayoría se encuentra en condiciones aceptables. En Perú, quienes deben cumplir la labor de informar al público son, en muchos casos, los funcionarios encargados de la seguridad.

Por ejemplo, en materia de información para trámites simples como fotocopias, devolución de licencias de conducir, etc., en Chile esta información es fácilmente disponible y las condiciones operativas para el trámite no lo dificultan. En Argentina, puede decirse de manera general que existen mecanismos, por ejemplo, para obtener fotocopias con relativa facilidad, aunque es necesario preguntar expresamente cómo se hace, ya que la información no está visible. Ello confirma la ausencia de una política general, y configura más bien un sistema que debe ser conocido específicamente, para acceder a aspectos simples operativos de la publicidad.

Respecto de la relación entre el ciudadano y la labor judicial, el caso de las instituciones chilenas en el marco del nuevo Código de Procedimiento Penal presenta algunos avances importantes. Existen oficinas de atención al público en la totalidad de las unidades judiciales, gracias a un auto acordado de la Corte Suprema, aunque la información que se prevé es bastante básica, incluyendo en el 75% de los casos dirección y fono de instituciones vinculadas con el sistema. En esta materia, la principal dificultad consistió en que el personal dedicado a atender al público cumple otras funciones en el tribunal. Asimismo, debe destacarse la existencia de mapas que orientan acerca de la disposición de los edificios, al igual que afiches ilustrados sobre los derechos de los usuarios, de las víctimas, e incluso, en algunos se distribuyen folletos en un lenguaje asequible que explican algunos aspectos del nuevo sistema. Una situación similar se da en el Ministerio Público y en la Defensoría Penal Pública en relación con la disposición de información sobre el procedimiento y los derechos y garantías de las víctimas.

Pero esta situación no se reproduce en Perú ni en Argentina, ni en el sistema chileno que rige aún en la Región Metropolitana. En general, se considera que, como existe la necesidad del patrocinio letrado, el suministro de esta información no es necesario, lo cual fomenta la creencia de que el sistema judicial es un mundo reservado a los profesionales en derecho.

Igual ocurre con la información organizativa, que no se produce ni se demanda. En Argentina, son pocos los usuarios que buscan este tipo de información, y quienes lo hacen tienen poco éxito. En cuanto a los mapas de orientación dentro de los edificios judiciales, una abrumadora mayoría de ellos fue mal calificada. Por otra parte, no existe una política de difusión a través de cartillas de derechos de los intervinientes, encontrándose éstas en muy pocas instituciones (Ministerio Público en el 8% de los edificios), situación que se reproduce en Perú.

VI. CONCLUSIONES

De la información de los tres países, se concluye que las reglas que rigen las relaciones entre el ciudadano común y corriente con el Poder Judicial no están claras. Hay una carencia de normas que, en lugar de construir puentes entre ambos, crea muros que limitan que el ciudadano haga suyo al Poder Judicial y que el Poder Judicial se conciba, a sí mismo, no solo como un órgano que detenta un poder, sino como una institución que, ante todo, ofrece un servicio. Esto presupone un cambio de mentalidad institucional importante que no se puede lograr solamente con una ley, sino que requiere de importantes esfuerzos de capacitación.

A pesar de que la implementación efectiva del acceso a la información judicial muestra aún algunas deficiencias y que algunas normas y reglamentos nacionales, varios dictados por las propias instituciones del sistema de justicia, conforman obstáculos para lograrla, se registran ciertos avances, fundamentalmente en el ámbito regional, y en ciertas normativas específicas que ya se han mencionado.

Es necesario que los Poderes Judiciales emprendan mecanismos para promover una cultura de apertura al interior de las instituciones judiciales, tal como lo refieren los instrumentos internacionales, y que faciliten esa relación necesaria entre la ciudadanía y los órganos de los sistemas de justicia, por vías que permitan una comunicación sencilla, en idiomas oficiales de las comunidades y con un vocabulario accesible. Las quejas de la sociedad civil sobre el carácter técnico del lenguaje utilizado en el sistema judicial muestra que aún hay mucho camino por recorrer en este sentido.

Por otra parte, la definición amplia de la información pública y accesible en la normativa, produce un efecto perjudicial a sus propósitos, ya que las excepciones se plasman de una manera relativamente vaga (“cuando afecte los intereses de la jus-

ticia” o expresiones similares), seguramente con el fin de que no se consideren amplias. Pero al momento de interpretarlas, la debilidad de la sistemática interpretativa de principios en nuestro derecho continental, conduce a que las excepciones “den para todo” y se incluyan en ellas casos que se entienden autorizados de reserva, cuando un examen sistemático de la normatividad, de acuerdo con la transparencia de la función pública, indicaría lo contrario. Por ejemplo, la falta de normatividad expresa o específica de que la información es pública, parece llevar a que ella se considere reservada, acudiendo a pretextos como el perjuicio para la administración de justicia.

Otro aspecto que debe resaltarse es que las prácticas, tanto de los funcionarios del sistema judicial, como de los usuarios que demandan información, no estimulan la búsqueda o el mejoramiento de los procedimientos para acceder a ella, que muchas veces existen y no se aplican. Por una parte, los usuarios no acuden a los mecanismos institucionales. Ello es explicable, porque muchas veces son engorrosos, poco prácticos o diseñados sin tener en cuenta la real estructura de las instituciones. En otros casos, como el de los periodistas, no son compatibles con la inmediatez con que ellos requieren datos. Sin embargo, esta falta de utilización permite que el sistema se escude diciendo que existen los procedimientos, que nadie los usa y ni siquiera los conoce, y este desencuentro ahonda aún más la falta de comunicación entre el sistema judicial y los sectores que demandan información.

Al propio tiempo, como los usuarios acceden a la información por vías informales, debido a la imposibilidad de utilizar las institucionales, los funcionarios del sistema de justicia suelen “no tener la costumbre” de proveer información, mirando con desconfianza a quienes la demandan. Si el sistema permitiera el acceso de forma razonable, y a su vez los usuarios implementaran los sistemas institucionales para solicitarla, la costumbre haría que fuera normal pedir y conceder información, consolidando prácticas compatibles con los estándares normativos, tanto nacionales como regionales. En esta materia es especialmente notable lo que relata el informe de Perú, donde el sólo hecho de que una persona entre a tomar anotaciones a un recinto del sector judicial amerita una “alarma” de los funcionarios de seguridad en el edificio, lo cual permite ver claramente que no están acostumbrados a que las personas accedan a los edificios a constatar sus condiciones.

Dentro de esta misma dinámica, la entrega de información, aún dentro del sector judicial, no se produce de manera institucional, sino que responde más a las calidades personales de quienes se encargan de esta función. En otras palabras, el estado descrito produce la ausencia de lo que los estándares internacionales quieren fomentar como “cultura de apertura”. Mientras las normas se dirigen a consolidar un estado de cosas en el cual está permitido entregar toda la información, salvo excepciones, la práctica suele ser exactamente la contraria: se niega toda la información, salvo aquella que es obligatorio entregar, y esta descripción se aplica tanto a la información como tal, como a las vías para obtenerla.

Por ejemplo, es frecuente que se niegue la entrega de información por teléfono, cuando no existe ningún respaldo para esta limitación, pero el problema es que tampoco hay una obligación de entregarla por medios informales. Otro ejemplo de esta situación es la negativa de entregar informa-

ción ante la ausencia de una solicitud escrita. Un tercer ejemplo es el que se relató en Perú, donde la ley designó a un funcionario encargado de proveer la información en cada organismo de la administración pública, mientras lo procedente dentro de una verdadera cultura de apertura habría sido que cualquier funcionario se sienta capacitado y autorizado para entregar la información, salvo aquella que se encuentre reservada, ya que

de lo contrario, en la práctica los funcionarios se sentirán desautorizados para entregar cualquier tipo de información, porque “hay alguien encargado de hacerlo”, sobrecargando burocráticamente a quien tiene esa función, que además no está dedicado exclusivamente a ella.

Resulta llamativo que los Poderes Judiciales en momentos en que deben combatir por mejorar su prestigio, en lugar de adoptar una política de apertura para contrarrestar esta imagen, decidan restringir aún más la publicidad de la información. Este es el caso de Argentina, y visiblemente el de Perú. En estos fenómenos, se advierte que la publicidad de la información no se ha consolidado como una vía estratégica para el mejoramiento de la gestión ni el control público.

Con las excepciones que se puedan presentar respecto de la información que se difunde en las páginas electrónicas, no pareciera concebirse la publicación de información básica como un deber,

...las prácticas, tanto de los funcionarios del sistema judicial, como de los usuarios que demandan información, no estimulan la búsqueda o el mejoramiento de los procedimientos para acceder a ella, que muchas veces existen y no se aplican.

pues existen profundas carencias en cuanto a la existencia de información operativa y de la organización del Poder Judicial, así como de medios de difusión de información que contribuyan con la comprensión básica, por parte del ciudadano, sobre cómo relacionarse con el Poder Judicial, cuando requiera hacerlo directamente, o incluso, para comprender mejor la labor de un letrado. Algunas de las estrategias del sistema chileno, en el marco de la implementación de la reforma judicial, muestran pasos importantes hacia el logro de este objetivo, pero que deberían ampliarse a todo el sistema de justicia.

En este sentido, uno de los resultados más impresionantes arrojados por el estudio es la comparación del sistema chileno reformado con el tradicional. En el reformado, hay una auténtica cultura de apertura, en el sentido de permitir el acceso del público a las decisiones judiciales, impulsar el conocimiento de los derechos por parte de los usuarios, y en general, concebir la entrega de información como la regla general, y su denegación como una excepción. Por ello, si bien la adopción de políticas institucionales o normativas claras, junto con su adecuada difusión, resultan soluciones útiles y posibles, lo que realmente se demanda para que el acceso a la información judicial respete los estándares internacionales es una reconceptualización de la actividad judicial como un servicio público, dirigido a los usuarios y que posibilite el conocimiento de la eficiencia de la rama judicial. La transparencia en las decisiones judiciales produce un efecto legitimador sobre el sistema judicial, y por el contrario, una política de secreto produce siempre desconfianza.

VII. RECOMENDACIONES

1. La materialización de la publicidad obedece a una decisión de política pública. En este sentido, es claro que sin oralidad no hay publicidad, con lo cual sería deseable que se desplegaran esfuerzos para perfeccionar el desarrollo de las reformas procesales penales en los países de la región.
2. Se ha constatado a través del presente estudio que en numerosas ocasiones, la publicidad resulta restringida por debilidades de gestión, que impiden su ejercicio material. En este sentido, el fortalecimiento de la gestión administrativa debe acompañar la necesaria política pública de acceso a la información de los sistemas judiciales.
3. Es necesario que se comprenda el debido escrutinio público del funcionamiento del sistema como un requisito indispensable para su funcionamiento y legitimación frente a la ciudadanía. En este sentido, resulta irremplazable contar con un sistema de estadísticas confiable, de fácil acceso para cualquier ciudadano, y ojalá homologable con el de otros sistemas judiciales, de forma que permita su comparación.
4. La publicidad de la información producida por el sistema judicial debe realmente entenderse como una *política pública*. Con ello, queremos significar que los funcionarios que se destinan para la atención al público deben tener una actitud consistente con esta política, estando capacitados para aportar la información que la ciudadanía requiera, y sobre todo, para saber qué información no es pública, para contrarrestar la tendencia de considerar que toda es confidencial.
5. El adecuado entendimiento de la política de publicidad, permitiría que la normativa que desarrolla la legislación no limitara indebidamente los esfuerzos del legislador por materializar el estándar de publicidad configurado por los instrumentos internacionales.

FUENTES DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS REFERIDOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Principios que regulan la información que debe ser pública	Fuente
Presunción de información pública	<p>PRINCIPIO 11: Ley General sobre el acceso a la información. Todos tienen derecho a obtener información de las autoridades públicas, incluyendo información relacionada con la seguridad nacional. No se puede imponer restricción alguna a este derecho por motivos de seguridad nacional, a menos que el gobierno pueda demostrar que la restricción está prescrita por ley y que es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo.</p> <p>PRINCIPIO 13: La divulgación por interés público. En toda ley y resolución concernientes al derecho de obtener información, el interés público por conocer la información deberá ser una consideración de primer orden.</p>
Principio de máxima revelación	<p>El Principio de Máxima Divulgación es uno de los principios de Acceso a la Información Pública definidos por la organización Artículo XIX ya citados, que serán referidos en este trabajo de aquí en adelante como los "Principios". Ver también, "Informe sobre el Acceso a la Información en el Hemisferio" en: Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, OEA/Ser.LV/III.118 Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre 2003, Original Español. En:</p> <p>PRINCIPIO 15: Ley General sobre la divulgación de información confidencial. Ninguna persona puede ser castigada por motivos de seguridad nacional al divulgar información, si (1) la revelación no es en realidad perjudicial y lo más probable es que no perjudique un interés de seguridad nacional legítimo, o (2) el interés público por conocer la información pesa más que el perjuicio al divulgarla.</p> <p>PRINCIPIO 16: Información obtenida a través de un servicio público. Ninguna persona puede ser sujeta a detrimento alguno por motivos de seguridad nacional al revelar información que él o ella supieron a través de un servicio del gobierno, si es que el interés público por conocerla pesa más que el perjuicio al divulgarla.</p> <p>PRINCIPIO 17: Información de dominio público. Una vez que la información se ha puesta a disposición general, por cualquier medio, legal o no, toda justificación para tratar de detener la publicación de información adicional será denegada por el derecho del público a saber.</p> <p>En este mismo sentido también expresan varios principios la Declaración de Chapultepec, Adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994; y los Principios de Lima. Estos instrumentos declarativos serán citados a lo largo de este trabajo, ya que otorgan, junto con la citada ley modelo y los instrumentos legales internacionales, el marco para el derecho de libre acceso a la información.</p>
Limitación de las excepciones, negativa fundada	<p>PRINCIPIO 4. Alcance limitado de las excepciones. En este mismo sentido se expresan los Principios de Johannesburgo, adoptados el 1 de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional, y derechos humanos, convocados por ARTÍCULO 19, el Centro Internacional Contra la Censura, en colaboración con el Centro de Estudios en Derecho Aplicado de la Universidad del Witwatersrand, en Johannesburgo: Principio 1.1: Prescrito por ley. (a) Cualquier restricción a la expresión o información debe ser prescrita por ley. La ley debe ser asequible, clara, diseñada de manera consistente y precisa para permitirle a las personas prever si una acción particular es ilegítima. (b) La ley debería prever salvaguardas contra abusos, incluyendo un escrutinio judicial puntual, completo y efectivo sobre la validez de la restricción por una corte o tribunal independiente.</p> <p>PRINCIPIO 1.2: Protección de un interés de seguridad nacional legítimo. Toda restricción a la expresión o información que un gobierno intente justificar por motivos de seguridad nacional debe tener el auténtico propósito, cuyo efecto es demostrable, de proteger un interés nacional legítimo.</p> <p>PRINCIPIO 1.3: Necesario en una sociedad democrática. Para poder determinar que una restricción a la libertad de expresión o información es necesaria para proteger un interés nacional legítimo, un gobierno debe demostrar que: (a) la expresión o información en cuestión plantea una seria amenaza a un interés de seguridad nacional legítimo; (b) la restricción impuesta es el medio menos restrictivo posible de proteger ese interés; y (c) la restricción es compatible con los principios democráticos.</p> <p>PRINCIPIO 2: Interés de seguridad nacional legítimo. (a) Toda restricción que se intenta justificar por</p>

	<p>motivos de seguridad nacional no es legítima, a menos que su auténtico propósito y resultado demostrable sea para proteger la existencia de una nación o su integridad territorial frente al uso o amenaza de fuerza, o a su capacidad de respuesta al uso o amenaza de fuerza, ya sea de parte de una fuerza externa, como una amenaza militar, o una fuerza interna, como la incitación a un derrocamiento violento del gobierno. (b) En particular, toda restricción que se intenta justificar por motivos de seguridad nacional no es legítima si su auténtico propósito o resultado demostrable es para proteger intereses que no son los de la seguridad nacional como, por ejemplo, para proteger a un gobierno frente a un aprieto o a la revelación de malos manejos; ocultar información acerca del funcionamiento de sus instituciones públicas; establecer con firmeza una ideología particular; o para suprimir el malestar en la industria.</p> <p>PRINCIPIO 3: Estados de emergencia. En tiempos de emergencia pública, que amenaza la vida de una nación y cuya presencia es proclamada oficial y legalmente de acuerdo, tanto con la legislación nacional como internacional, un estado puede imponer restricciones a la libertad de expresión o información, pero sólo hasta el punto estrictamente requerido por las exigencias de la coyuntura, y sólo hasta y cuando no sean inconsistentes con las demás obligaciones del gobierno frente a la legislación internacional.</p> <p>PRINCIPIO 12: Designación restrictiva de la dispensa por motivos de seguridad. Un estado no puede denegar categóricamente el acceso a toda información relacionada con la seguridad nacional, sino que debe más bien designar en la ley sólo aquellas categorías de información específicas y puntuales que deben denegarse para proteger un interés de seguridad nacional legítimo.</p>
Derecho de apreciación independiente de la negación de información	<p>PRINCIPIO 14: Derecho a la revisión independiente ante la denegación de información. El Estado está obligado a adoptar las medidas apropiadas para poner en vigencia el derecho a obtener información. Estas medidas requerirán que las autoridades, al denegar el pedido de una información, tengan que especificar por escrito las razones para hacerlo y lo antes posible; y deberán prever el derecho a que una autoridad independiente revise los méritos y validez de la negación, además de alguna forma de revisión judicial respecto a la legalidad de la denegación. La autoridad que revise debe tener derecho a examinar la información denegada.[4]</p>
Prevalencia de la revelación de la información	<p>PRINCIPIO 8: Prevalencia de la revelación de información. Conf. principios de Acceso a la Información Pública definidos por la organización Artículo XIX. Cfr. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 1999, p. 94. en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999. Volumen III. OEA/SER.L/V/II.106. Principio 1. Ver también, "Informe sobre el Acceso a la Información en el Hemisferio" en: Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2003, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre 2003, Original Español.</p>
Principios que regulan la forma de entregar información	Fuente
Deber de publicación básica	PRINCIPIO 2 (v supra)
Promoción de una cultura de apertura	PRINCIPIO 3: Los órganos públicos deben promover activamente la apertura y principio 9: "Protección para funcionarios que revelan información (whistleblowers).
Procedimiento ágil y sencillo para la obtención de la información	PRINCIPIO 5. Procedimiento para facilitar el acceso (v. supra)
Gratuidad del acceso y de la información	PRINCIPIO 6. Costos (v. supra)

- **Delmas-Marty, Mireille**

Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia), Association de Recherches Pénales Européennes, editorial Edijus, Zaragoza, España, 2000, traducción Pablo Morenilla Allard. Versión original en francés *Procédures pénales d'Europe*, Presses Universitaires de France, París, 1995.

Obra colectiva preparada por un equipo de investigación en el marco del Instituto de derecho comparado de París con el patrocinio de la Asociación de investigaciones penales europeas. Presenta una primera parte en la que expone los sistemas procesales de cada país por separado siguiendo una misma nómina de rubros temáticos. En la segunda parte se propone un enfoque conjunto de comparación referido a diversos temas que se agrupan en dos categorías: los sujetos/actores y la puesta en escena.

- **Del Arco, Palomo**

Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

Obra colectiva que se ocupa, fundamentalmente, de aspectos particulares de los sistemas procesales español, francés, italiano, portugués, alemán y de la comunidad europea en conjunto.

- **Van den Wyngaert, Christine**

Criminal Procedure Systems in the European Community, Butterworth, Londres, 1993.

Obra colectiva que expone, siguiendo una misma nómina de rubros temáticos, los sistemas procesales de Bélgica, Dinamarca, Inglaterra y Gales, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Escocia y España.

- **Pradel, Jean y Geert Corstens**

Droit pénal européen, Dalloz, París, 1999.

Obra dedicada, fundamentalmente, a la unificación del derecho penal europeo. Consta de tres partes que se ocupan, respectivamente, de la cooperación interestatal, la Convención Europea de Derechos Humanos y del derecho comunitario.

- **Pradel, Jean**

Droit pénal comparé, Dalloz, París, 1995.

Se ocupa del derecho penal comparado en cuatro aspectos: la parte general, la parte especial, el proceso penal y la sanción. En la primera propone la distinción de los modelos autoritario o de confianza absoluta en la represión y liberal o de confianza relativa en la represión. En la segunda se ocupa de los elementos que denomina material y psicológico de la

infracción y de los sujetos. El proceso lo analiza en cuanto a los órganos por un lado y el desenvolvimiento por el otro. En la parte dedicada a la sanción incluye además los regímenes particulares para menores, sujetos peligrosos y enfermos.

- **Hendler, Edmundo S.**

Sistemas procesales penales comparados, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Obra colectiva cuya primera parte se ocupa de los sistemas nacionales europeos de España, Italia, Francia, Inglaterra y Gales y Portugal. En la segunda parte aborda distintos temas de comparación: la declaración del imputado, los procesos especiales, los principios de legalidad y oportunidad y la participación ciudadana en el proceso penal.

- **Bradley, Craig M.**

Criminal Procedure. A Worldwide Study, Carolina Academic Press, Durham, Carolina del Norte, 1999.

Obra colectiva que describe según una común nómina de rubros temáticos, los sistemas de Argentina, Canadá, China, Inglaterra y Gales, Francia, Alemania, Israel, Italia, Federación Rusa, Sud África, España y Estados Unidos.

- **Palazzo, Francesco y Michele**

Papa Lezioni di Diritto Penale Comparato, G. Giappichelli, Turín, Italia, 2000.

Obra dedicada, fundamentalmente, al derecho penal europeo de posguerra que se ocupa del código penal alemán de 1975, el francés de 1994, el español de 1995, los intentos de codificación del derecho penal inglés y de recodificación italiana.

- **Thaman, Stephen C.**

Comparative Criminal Procedure. A casebook approach, Carolina Academic Press, Durham, Carolina del Norte, 2002.

Obra que contiene importante material comparativo incluyendo los textos legales concernientes a los distintos temas tratados y, fundamentalmente, casos jurisprudenciales ilustrativos.

- **Hendler, Edmundo S. y Hernán V. Gullco**

Casos de derecho penal comparado, 2da. edición con la colaboración de Mónica G. Román y Martha L. Hendler, Editores del Puerto, Bs. As., 2003.

Obra que incluye casos jurisprudenciales sobre gran parte de los temas de la parte general del derecho penal. Cada uno de esos casos va precedido de una breve explicación, reproduce el texto completo o la parte de mayor interés de cada fallo y añade a continuación el comentario ilustrativo.

Entrevista a **Rachel Sieder**

[Investigadora - Institute for the Study of
the Americas - University of London
Rachel.Sieder@sas.ac.uk]

Por **Silvina Ramírez y Luciano Hazan**

"La tendencia hacia más estudios comparados es lógica si pensamos en el momento global y político en el que estamos"

Insiste una y otra vez en que "una sensibilidad comparativa" es imprescindible para que los estudios comparativos tengan sentido, y sostiene que "lo más rico de los trabajos comparativos es generar más preguntas", más allá de las conclusiones a las que puedan llegar. Rachel Sieder es investigadora en el Instituto de Estudios Latinoamericanos (Institute of Latin American Studies) que funciona en la Escuela de Estudios Avanzados (School of Advanced Study) de la Universidad de Londres (University of London). Allí da cursos de "Política comparada sobre América Latina" y de "Política y derechos humanos en América Latina", y ha profundizado especialmente sobre derechos indígenas y reforma legal en Guatemala. En este número de Sistemas Judiciales nos ayuda a pensar sobre las "Posibilidades y límites de la comparación en los sistemas judiciales de las Américas".

► **¿Contribuyen a una comprensión más profunda de la realidad los estudios comparados en los diferentes países o ciudades? ¿Cuáles serían las ventajas y desventajas de esos estudios?**

En general creo que los estudios comparativos son muy útiles en cualquier campo de las ciencias sociales o jurídicas, pero sobre todo, cuando estamos frente a procesos de reforma institucional que no son procesos que se enmarcan sólo en una realidad nacional, sino que son muy transnacionalizados. La idea de los trasplantes legales, por ejemplo, el papel de las financiadoras multilaterales en la provisión de ciertos tipos de modelo nos da de por sí un marco dentro del cual caben perfectamente los estudios comparativos. Pero creo que uno no se puede quedar sólo a nivel comparativo.

Depende de qué se esté comparando, con qué, para qué, para quién.

Lo que a veces es muy frustrante son los cortes transversales en determinado momento. Como si dijéramos que vamos a comparar sistemas electorales en 20 países. Si no tienes una profundidad histórica del trabajo no te va a decir realmente mucho. Depende mucho de las hipótesis que uno se haga, de las preguntas que uno se planteé. Creo que una sensibilidad comparativa ayuda mucho a ver las especificidades de cada situación concreta. Mi trabajo es muy etnográfico, muy cualitativo, no trabajo realmente en lo cuantitativo. Pero me ayuda mucho tener una visión de la sociología histórica comparada, procesos distintos de formación estatal, o incluso dentro de un mismo estado, distintos procesos regionales de formación del estado. Las variables son casi interminables, desde sistemas económicos, elites regionales locales, movimientos para el cambio, vinculaciones con el exterior. Desarrollar esa sensibilidad comparativa te ayuda realmente a ver cuáles son los agentes claves del cambio en el caso que uno conoce, o cuál es la especificidad del caso que trabajas comparado con otros.

► **¿Qué problemas puede haber en términos metodológicos en los estudios comparativos?**

En Estados Unidos existe una organización, Freedom House, que realiza un estudio en el que mide cuán democrático es un país en una escala de 1 a 10. Sin embargo, en términos metodológicos, este tipo de estudios conllevan una carga normativa muy fuerte. En este caso, por ejemplo, hay que analizar qué constituye el concepto de democracia: se habla de independencia judicial, elecciones lim-

pías; pero tal vez no se toman en cuenta los derechos sociales. Siempre hay que ver los indicadores, tener muy claramente planteadas las preguntas de la investigación, saber con qué recursos se cuenta, en términos de personal y económicos también, porque todas las variables que uno quisiera agregar a estudios comparativos para que tuvieran realmente una profundidad histórica o alto grado de sofisticación metodológica son muy caros. Y por eso muchas veces hay estudios comparativos que son insuficientes, sin mucha sustancia o sin profundidad. Porque claro, había un determinado financiamiento, con tres investigadores a sueldo, y no puedes dividirlos en 20 países sin que estén dos días en cada lugar. Y si no saben nada del contexto local histórico, van a aplicar una encuesta que no es más que un mercadeo técnico. Como si preguntara “¿usted compra jabón rosado o blanco? Y las respuestas posibles son por sí o por no. Cuando realmente buenos trabajos comparativos, que sí los hay en la historia de América Latina, tienen mucha más profundidad y dependen de estudios particulares en cada país, pero desarrollado con sensibilidades comparativas y claridad de metodología, diseño, tiempo, recursos y el conocimiento de cuáles son los insumos y en su caso cuáles son los resultados que se pretenden obtener. Sobre todo si se trata de un mercadeo técnico, en el que yo ya sé cuál es la respuesta que quiero antes de hacer la pregunta. Ese es un buen diseño cuantitativo comparativo, que depende de cuán representativa es la muestra. Sin embargo, para mí, trabajos comparativos son para sacar más preguntas para investigaciones particulares a más profundidad.

▶ **Entonces podría definirse como uno de los pecados en un trabajo comparativo el hecho de ir a buscar las respuestas de antemano sin estar abierto a nuevas preguntas.**

Creo que sí. Se corre el riesgo de sobredimensionar la cosa que uno ha escogido como importante para estudiar. Por ejemplo, podemos preguntarnos cuánta gente recurre en distintos países a un juicio civil por alguna razón. Se pueden sacar porcentajes y números comparados, pero si en un país la mayoría resuelve ese tipo de conflictos por otras vías, no formales, fuera del sistema oficial, mientras que en otros países hay una tendencia histórica de recurrir a los tribunales, el estudio te da como conclusión tal vez que hay que fomentar los mecanismos de acceso a los juzgados. Y no necesariamente esa es la conclusión. Eso para mí es lo peligroso, y es lo que pasa mucho en ciertas consultorías

que son para donantes que quieren apoyar un programa en una determinada materia. A veces no hacen las preguntas más interesantes porque romperían sus esquemas.

▶ **Para un estudio comparado es necesario buscar ciertos denominadores comunes, y suele suceder que esos denominadores no sean tan comunes.**

Para estudiar el funcionamiento de una democracia, el indicador más obvio en estudios comparativos es la participación electoral. Pero no alcanza, porque faltan otros que podrían mostrar cómo participa la gente políticamente. Si esa es la única medida para la democracia, la visión va a ser muy pobre.

▶ **Muy formalista.**

Exacto, y ese es el riesgo de algunos informes comparativos en los que termina habiendo “un mar de conocimiento y un dedo de profundidad”.

▶ **A veces suele suceder que quienes van a hacer una investigación pueden contar con grandes preconcepciones y no están lo suficientemente atentos para escuchar las encuestas y el material empírico que están yendo a buscar.**

Existe una preocupación metodológica con cualquier investigación: por qué la gente contesta lo que contesta en un determinado momento y quién es el que pregunta. Me tocó por ejemplo hacer un trabajo en Guatemala en una zona donde había habido varios intentos de linchamientos, con un nivel de violencia muy alto durante el conflicto armado. Y claro, platicando con la gente sobre sus mecanismos de resolución de conflictos comunitarios, me decían “aquí todo es muy consensado, nunca hay grandes problemas”. Luego revisé los libros del juzgado de paz local y me encontré con asesinatos, intentos de violación, intento de linchamiento. Y son cosas que nadie te va a decir, porque a nadie le gusta la idea de que ellos son así. Tienen una idea normativa muy fuerte de lo que son. Que puede que no corresponda con una realidad.

▶ **Entonces lo que hay que investigar es qué hay detrás de esas respuestas.**

Y qué hay detrás de esas preguntas.

▶ **También puede suceder que un informe comparativo esté concebido para legitimar cierto proyecto de un determinado grupo de poder.**

Con los estudios comerciales es más claro, porque están tratando de vender algo. Pero muchas veces sucede lo mismo en un estudio comparativo en el que se puede estar tratando de vender un

Siempre hay que ver los indicadores, tener muy claramente planteadas las preguntas de la investigación, saber con qué recursos se cuenta, en términos de personal y económicos también...

diseño institucional o cierto proceso de reforma. Es inevitable, pero hay que hacer esas preguntas. Algo que se presenta como una verdad revelada, objetiva, científica hay que verlo con una sensibilidad muy crítica para entender cómo se llevó a cabo y porqué. Aunque el porqué a lo mejor nunca va a ser totalmente transparente, sí lo puede ser el cómo, y ese “cómo” te puede decir mucho del “porqué”.

► **Los estudios comparativos en los últimos años se han convertido en una práctica cada vez más usual entre académicos y organismos de cooperación internacional, ¿consideras que esta afirmación es correcta?**

En general, y en el momento histórico en el que estamos, con la dominación de un modelo político en todo el mundo, y la ausencia de otros bloques con otros modelos se entiende porque se tiende más a los estudios comparativos. Los trasplantes legales e institucionales han tomado una dinámica mucho más sistematizada de construcción y fortalecimiento de las democracias más jóvenes, que hace que tenga mucho más sentido comparar un país africano con uno determinado en el este de Europa y al mismo tiempo con uno en América Latina. Porque las preguntas son las mismas: cómo consolidar algo tan vago como el estado de derecho o el sistema democrático. Es decir, la tendencia hacia más estudios comparados es lógica si pensamos en el momento global y político en el que estamos. Y también lo es por el gran peso que tienen determinados actores a nivel internacional. Las multilaterales tienen políticas que son mundiales en su alcance. Así como el Banco Mundial está promoviendo el acceso a la justicia en Centroamérica puede estar haciendo lo propio en el este de África.

► **¿Ha mejorado la calidad de la información llevando adelante ese tipo de estudios?**

Yo creo que se trata de otro tipo de información que se está recabando con este tipo de estudios comparados. Donde realmente tienes una riqueza es cuando mucha gente ha hecho estudios particulares con una sensibilidad comparativa, o al menos con una claridad sobre los factores o elementos en estudio que ayudan a poder hacer estos trabajos. Por ejemplo, cómo entender la judicialización de la política en América Latina, un proyecto en el que estamos embarcados en mi universidad. Es necesario tener que ver distintas variables: cómo es el diseño constitucional, quién tiene el poder de revisión constitucional, ¿cortes constitucionales o tribunales menores?, qué tan fácil es el acceso a presentar un amparo o acción de protección; cuáles son los distintos patrones de movilización legal en los distintos países. Todo eso lo vas a conocer bien

si trabajas con profundidad un país, con una visión histórica de cómo se llegó a tener por ejemplo un código diseñado de una manera determinada en un país y no en otro. Creo que cuando hay una base de literatura de distintas disciplinas como historia, antropología, estudios políticos, estudios socio legales, puedes tener una sensibilidad comparativa interdisciplinaria y luego en base a eso, lo que se haga en trabajos comparativos será útil.

Otro ejemplo de un trabajo comparativo super-útil es el Latinobarómetro. Sin duda sugiere más preguntas que respuestas, pero la gran virtud que tiene es que tiene un diseño metodológico impecable y muy riguroso, y –lo mas importante- te da un muestreo a través del tiempo. Por ejemplo, si en Paraguay en 1990 el 60 por ciento de la población creía que la democracia era buena, y 5 años después esa cifra pasa a ser el 50 por ciento, me sugiere preguntas de investigación; ¿qué es lo que pasa aquí? En ese sentido creo que los estudios longitudinales comparativos pueden ser muy útiles. En sí no te explican nada, sino que te dan un muestreo de opiniones en un determinado momento, y hay que leerlo con un conocimiento de la historia reciente.

► **La generalidad que necesariamente involucra un estudio en más de un país o región, ¿no hace superficial el tema objeto del trabajo, alcanzando resultados sólo preliminares que generan distorsiones en los resultados de las investigaciones?**

En general sí se trata de resultados preliminares. Depende de cuáles son las preguntas, qué sea lo que se está comparando y con qué. Lo que se utiliza mucho son las encuestas de victimización. Yo las cito en mis trabajos: Guatemala tiene los índices entre los más altos en las encuestas de victimización de toda América Latina, pero eso no me contesta la pregunta de cómo vive la violencia la gente en Guatemala en comparación con gente que la vive en otro lugar. Hay que ser muy cuidadoso con sacar conclusiones fáciles de ese tipo de trabajo comparativo. Vuelvo a decir, sirve de base para sacar más preguntas, que sean más precisas. El fin de ese tipo de trabajos es saber cuáles son las mejores medidas para una situación precisa nacional, regional o local, y eso requiere de estudios muy minuciosos de una realidad muy compleja. Si me pones a escoger entre estudios más etnográficos y otros comparados con variables entre 500 municipalidades en todo el mundo, me quedo con lo etnográfico definitivamente, me dice mucho más y me sugiere más preguntas. Va a ser más rica sobre esa realidad, aunque a veces se pierdan de vista las variables más estructurales, que sí aparecen bien en los buenos estudios comparativos. Por ejemplo, muchos estudios antropológicos británicos, que estudiaban los usos y costumbres de las

tribus en las colonias, escribieron bibliotecas enteras sin tomar en cuenta el marco estructural del colonialismo. No se pueden explicar de esa manera los usos y costumbres, tienes que verlo en un contexto más amplio de cambios económicos, estructuras políticas y procesos históricos. Lo que puede hacer un estudio comparativo es ir afinando cuáles son las variables claves, aunque nunca habrá una respuesta total, pero se podrá salir de una visión muy enfocada en una realidad local que también tiene problemas en sugerir las preguntas indicadas. Creo que por eso son buenos los estudios comparativos, porque te hacen ver tu misma realidad con nuevos ojos, cuestionar tus presunciones sobre tu realidad social.

► **¿Es posible llevar adelante estudios comparativos fructíferos en América Latina, teniendo en cuenta los diversos condicionantes culturales y políticos? ¿Cómo funcionan esos condicionantes en el marco de los contextos reales de América Latina?**

Creo que sí. Hay que tener muy en claro cuáles son las variables y cuáles son las preguntas. Creo que tiene sentido estudiar a América Latina como un bloque por la historia colonial compartida de la región: muchas instituciones, prácticas, usos y costumbres, formas de integración económica son compartidas, aunque con sus variables muy particulares en cada país. Uno podría cuestionarse si Brasil podría entrar en el grupo, con una trayectoria histórica colonial republicana bastante diferente. Yo creo que sí, siempre que se tenga la sensibilidad suficiente hacia esas diferen-

cias. Depende qué se esté estudiando; si es la esclavitud, tiene mucho sentido comparar a Estados Unidos con Brasil, pero para propósitos de estudiar procesos de reforma política e institucional, sí tienen razón estudios comparativos en América Latina, aunque seguro que hay regiones en las que tiene más sentido. Tampoco tiene demasiado sentido comparar un país del tamaño de Argentina con uno del tamaño de Nicaragua, las realidades van a ser muy distintas. La comparación siempre es útil, pero siempre estando muy claro el “para qué” y sus limitantes.

► **Siendo realidades tan diferentes las de América Latina y la de los países del norte, ¿pueden realizarse estudios comparativos? ¿Existen posibilidades reales de comparación?**

Yo me preguntaría cuáles son los países del norte. Es decir, ¿tiene sentido comparar a España con Estados Unidos? Tiene más sentido comparar a España con América Latina. Se han hecho estudios muy ricos sobre transiciones democráticas comparadas entre Portugal, España y América Latina. Son más diferentes entre sí los países del norte, porque no comparten una sola historia imperial. Pero en ciertas cosas sí es posible hacer la comparación con

Ahora como tenemos un solo imperio tal vez valgan las comparaciones mundiales, porque estamos todos dominados por un solo sujeto.

América Latina. Hay una escuela de estudios comparados post coloniales sobre América Latina que es muy rica. Se han hecho comparaciones históricas del impacto diferenciado de distintos tipos de imperio. Ahora como tenemos un solo imperio tal vez valgan las comparaciones mundiales, porque estamos todos dominados por un solo sujeto. ■

El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina:

Visión General acerca del Estado de los Cambios¹

Mauricio Duce J.

Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Coordinador de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
mauricio.duce@cejamericas.org



Most of the reform processes that have taken place in the region have looked to install an accusatory criminal model. This process has required that changes be implemented in public prosecutor's offices in order to adjust the institution to its new role and functions. This article examines the experiences of the countries that have included changes in their public prosecutor's offices as part of the efforts to reform their criminal procedure systems.

Las reformas al sistema de enjuiciamiento criminal emprendidas en Latinoamérica desde mediados de la década de los '80, junto con producir modificaciones muy relevantes en la estructura del proceso tradicional en la región, también han tenido un impacto profundo en la reconfiguración institucional del Ministerio Público.² En una medida significativa, los cambios realizados al Ministerio Público son indispensables para adecuar a dicha institución de conformidad al rol y las funciones requeridas por el nuevo modelo procesal penal de carácter acusatorio, que se han intentado establecer en la mayoría de los procesos de reforma en la región. Por otra parte, es posible observar como otros países de América Latina que no han experimentado reformas a su sis-

tema procesal penal también han avanzado en el fortalecimiento de sus Ministerios Públicos en las últimas décadas.³

Los cambios producidos en el Ministerio Público han creado un escenario nuevo que no ha sido objeto de análisis ni de estudios muy profundos; no obstante, constituye una parte muy relevante de las modificaciones que han sufrido los sistemas de justicia criminal en la región. En este contexto, el presente trabajo se detiene en la experiencia de los países que han enfrentado cambios a sus Ministerios Públicos como parte de las reformas a sus sistemas procesales penales.⁴ En estos casos, las transformaciones realizadas a dicha institución constituyen una apuesta muy fuerte de los reformistas a la capacidad del

...el presente trabajo se detiene en la experiencia de los países que han enfrentado cambios a sus Ministerios Públicos como parte de las reformas a sus sistemas procesales penales.

¹ Agradezco los comentarios formulados a las versiones preliminares de este texto por varios amigos y colegas, en especial las de Andrés Baytelman, Juan Enrique Vargas y Cristián Riego. En buena medida este trabajo representa la conclusión de una cierta reflexión colectiva junto a ellos y, en consecuencia, se trata de muchas ideas colectivas y no exclusivamente originales del autor. Agradezco también los comentarios y sugerencias de mis colegas del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales.

² Una revisión general de lo ocurrido en 15 países de la región puede verse Julio Maier/Kai Ambos/Jan Woischnik (coordinadores), *Las Reformas Procesales en América Latina*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, 896 páginas.

³ Ejemplos paradigmáticos de esta situación son países como México y Panamá. En el caso específico de México, sólo a fines del mes de marzo de 2004 el presidente Fox ha presentado un proyecto de reforma sustancial del procedimiento penal en dicho país a nivel de la justicia federal, el cual ha sido sumamente discutido. Información general sobre el proyecto puede verse en la página web de la presidencia de México: <http://quetzalcoatl.2004.presidencia.gob.mx/actividades/comunicados/index.php?contenido=7839&pagina=17>. Un ejemplo del debate generado por el proyecto en, Descalifica La Corte Reforma Judicial de Fox, *El Universal*, 11 de Noviembre de 2004, http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_notas=254928&tabla=notas_h. Para tener una información completa acerca del Ministerio Público mexicano recomiendo revisar Guillermo Zepeda, *Crimen sin Castigo: Procuración de Justicia Penal y Ministerio Público en México*, Centro para la Investigación y el Desarrollo y Fondo de Cultura Económica, México, 2004, 462 págs.

⁴ Si bien ello excluye el análisis más sistemático de casos como el mexicano o el de Panamá, existen varias de las cuestiones que sostendré en el presente trabajo que podrían ser perfectamente aplicables a los mismos.

Ministerio Público para generar cambios relevantes en las prácticas y rutinas de trabajo del sistema de justicia criminal. Si bien los objetivos de los cambios son complejos y variables con el tiempo, un propósito fundamental de estas reformas, muy fuertemente presente desde sus inicios, es el de asegurar la adecuada configuración y asentamiento de los nuevos modelos procesales de corte acusatorio que se ha pretendido instaurar en los diversos países del continente. Para ello, el Ministerio Público ha sido objeto de modificaciones legales con el objetivo de adecuar su arquitectura institucional a estos nuevos requerimientos, además de los esfuerzos sistemáticos realizados para el fortalecimiento presupuestario, material y de recursos humanos.

A pesar de que se trata de un proceso de cambio aún inconcluso, los pocos estudios preliminares disponibles indican que los resultados obtenidos hasta el momento no son los esperados. Sin perjuicio de que es posible encontrar múltiples experiencias positivas en aspectos concretos a lo largo de la región, me parece que como tendencia general, el Ministerio Público enfrenta en la actualidad una serie de problemas muy significativos para satisfacer las expectativas que existen respecto de su rol en la consolidación del proceso de reforma. En esta coyuntura es necesario abrir un debate intenso acerca de los lineamientos que debe tener el futuro trabajo de la institución en la región.

Con el objetivo de contribuir al debate sobre la materia, en las páginas que siguen intentaré presentar de una manera breve y panorámica el estado actual de los esfuerzos de reforma al Ministerio Público en la región, poniendo un especial énfasis en identificar algunos de los principales problemas que enfrenta esta institución en el contexto del funcionamiento de los sistemas procesales reformados. Ello debería ayudar, a su vez, a identificar líneas futuras de investigación en las cuales es necesario obtener mayor información para poder realizar diagnósticos más específicos.

Antes de iniciar su desarrollo es necesario presentar al lector algunas advertencias acerca de los alcances y límites de este trabajo. En primer lugar, no se trata de un texto que examine de manera exhaustiva lo que ocurre en todos los países de América Latina, sino que, como se señaló con anterioridad, se focaliza en aquellos que han llevado adelante estos procesos de reforma de

la mano de transformaciones de sus sistemas procesales. En segundo lugar, la evidencia empírica acumulada hasta el momento en la región sobre estos temas es muy pobre, lo que limita los alcances de mis conclusiones. La falta de información empírica disponible obliga a descansar centralmente en la información producida en el contexto del desarrollo del "Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial". Se trata de un proyecto de investigación que entre los años 2001 y 2004 fue ejecutado por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA), en conjunto con varias organizaciones locales de diversos países de la región y cuyo objetivo central fue el evaluar el funcionamiento de los procesos penales reformados. No se trata de investigaciones específicas sobre el Ministerio Público, pero cada una de ellas incluye mucha información útil sobre el tema, lo que permite delinear algunas hipótesis o líneas preliminares. Para los efectos de este trabajo considero los informes nacionales realizados por grupos de investigadores de: la provincia de Córdoba-Argentina, provincia de Buenos Aires-Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Paraguay.⁵ La carencia de información empírica hace que este trabajo se sustente en una porción relevante, especialmente en la sección destinada a la presentación de problemas, en mi propia visión acerca de lo que está ocurriendo en el área. Por lo mismo este trabajo no pretende presentar conclusiones finales, sino constituir una primera aproximación a un tema que requiere estudios de mayor profundidad.

I. EL CONTEXTO GENERAL ANTERIOR A LA REFORMA

Como ya se señalaba en la presentación, las reformas que ha sufrido el Ministerio Público en la región obedecen a la necesidad de adecuar dicha institución a los requerimientos de un modelo procesal que cambia de manera radical la función que los fiscales cumplían en el proceso inquisitivo, vigente en América Latina con anterioridad a la reforma.

...las reformas que ha sufrido el Ministerio Público en la región obedecen a la necesidad de adecuar dicha institución a los requerimientos de un modelo procesal que cambia de manera radical...

Revisemos este asunto con un poco más de detalle. El Ministerio Público, tal como lo conocemos en la actualidad, es principalmente producto de la revolución procesal penal que se intentó en la Europa continental en el siglo XIX a través de la instauración del denominado sistema "inquisitivo reformado" o "mixto".⁶

⁵ Información general del proyecto puede revisarse en Cristián Riego, "Informe Comparativo: Proyecto de Seguimiento de las reformas Judiciales en América Latina", en Revista Sistemas Judiciales N° 3, Buenos Aires 2002, págs. 12 a 58. Ver especialmente páginas 12 a 17.

⁶ Para revisar antecedentes históricos sobre esta afirmación véase Julio Maior, Derecho Procesal Penal II, Parte General Sujetos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, págs. 294 a 310.

Tanto desde un punto de vista de su diseño como desde su operatividad en la práctica, es posible concluir que las funciones asignadas al Ministerio Público en el contexto de los sistemas inquisitivos reformados o mixtos eran muy secundarias. Así, el rol de éste en la etapa de investigación en estos sistemas fue menor. En estos modelos procesales los fiscales del Ministerio Público cumplían funciones de carácter más bien burocrático y no como investigadores activos, cuestión que normativamente era entregada a los jueces de instrucción y realizada en la práctica por la policía. En esta etapa del proceso los fiscales tenían un rol reactivo. Los jueces de instrucción, en cambio, tenían una actuación proactiva que les permitía convertirse en los protagonistas principales del proceso penal. En la mejor de las hipótesis, el rol de los fiscales se traducía en una colaboración menor a la investigación judicial por medio de la presentación de algunos antecedentes y solicitud de diligencias investigativas que el juez de instrucción, a su discreción, podía decretar o negar. Durante el juicio, por el contrario, la intervención de los fiscales era considerada en este modelo un aspecto esencial para transformar al sistema inquisitivo más ortodoxo debido a que los juicios suponen la presencia y confrontación de las partes. Allí se esperaba que los fiscales adquirieran un protagonismo representando a la sociedad. Sin embargo, el hecho histórico de que la etapa de instrucción se haya engullido al juicio y que, en la práctica del sistema inquisitivo reformado, los jueces asuman un rol protagónico en la producción de la prueba en el juicio, relegó también al Ministerio Público a un papel secundario en esta etapa.⁷ Lo anterior llevó a que en el funcionamiento concreto del sistema inquisitivo reformado, el Ministerio Público no tuviera la oportunidad real de convertirse en un actor relevante. Esto por el propio diseño del sistema que no resultaba funcional a una opción diferente.

Esta falta de relevancia de las funciones del Ministerio Público se dio con mayor fuerza en América Latina, ya que los países de la región, con anterioridad a los procesos de reforma, mantuvieron un modelo procesal de componentes más inquisitivos que sus pares del continente europeo en donde se pretendió instalar el sistema mixto

(muchos de ellos ni siquiera contemplaron formalmente la existencia de un juicio oral, como por ejemplo el caso de Chile). Esto mismo ha provocado que en los países de la Europa continental, en donde se intentó instalar el modelo mixto, el rol del Ministerio Público haya sido menor que en América Latina, donde se mantuvieron estructuras inquisitivas más ortodoxas, y el rol cumplido por el Ministerio Público ha sido, por regla general, absolutamente irrelevante. Producto de lo anterior se explican algunas de las caracterizaciones de la institución en la región, tales como que el Ministerio Público es la “quinta rueda del carro”, un “convocado de piedra” o que sus fiscales son “soldados sin armas ni generales”. Con más fuerza Binder concluye, al describir al Ministerio Público con anterioridad a los procesos de reforma en la región, que “...el Ministerio Público es una institución raquítica, acerca de la cual poco sabemos, que no hemos estudiado, que no tiene perfil político propio, sin una historia importante y que genera desconfianza en los ciudadanos”.⁸

Como consecuencia directa de esta situación de irrelevancia, algunos países de la región eliminaron de su sistema procesal penal al Ministerio Público. En Chile se suprimen los promotores fiscales de primera instancia en el año 1927 por considerarse, según el propio texto del Decreto 426 de 1927, como funcionarios que no eran “indispensables”.⁹ En la lógica del funcionamiento del sistema esta decisión fue bastante racional ya que permitió un ahorro de recursos económicos al Estado y de trámites superfluos al proceso. En Honduras ocurrió un fenómeno similar.

...la eliminación del Ministerio Público del sistema procesal penal no constituyó la regla general en la región. Por el contrario, la mayoría de los países lo mantuvieron, pero con un perfil muy bajo.

Con todo, la eliminación del Ministerio Público del sistema procesal penal no constituyó la regla general en la región. Por el contrario, la mayoría de los países lo mantuvieron, pero con un perfil muy bajo. De esta forma es posible afirmar que la existencia de esta institución no pasó de ser una abstracción legal en una

buena cantidad de países de la región antes del proceso de reforma.¹⁰ Un caso extremo de esta existencia meramente formal estuvo constituido por el Ministerio Público de Guatemala con anterioridad a la reforma del año 1992 en ese país. En febrero de 1991, la oficina del Ministerio Público tenía sólo 24

⁷ No sólo por la práctica sino que incluso a nivel normativo el sistema inquisitivo reformado reconoció un rol preponderante de los jueces en la producción de prueba en el juicio oral. Un caso claro de esto son las facultades de interrogación de testigos entregadas a los jueces de juicio oral en varios países europeos. Así, por ejemplo, en el sistema alemán vigente hasta hoy, quien tiene la facultad de interrogar en primer término a un testigo es el juez y no las partes. Ello hace que el examen posterior de las partes sea subordinado a la actividad realizada por los jueces.

⁸ Alberto Binder, “Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal”, en El Ministerio Público para una Nueva Justicia Penal, Corporación de Promoción Universitaria, Fundación Paz Ciudadana y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, Ob. cit. pág. 68.

⁹ Una breve historia acerca de los promotores fiscales chilenos y su extinción puede verse en Armando de Ramón, “Promotores Fiscales. Su Historia (1876 - 1927)”, en Boletín de la Academia Chilena de Historia N° 100, Santiago 1989, págs. 315 a 336.

¹⁰ En este mismo sentido véase también “El Ministerio Público en el Proceso de Reforma Penal en América Latina”, Entrevista a Julio Maier, en Pena y Estado N° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, pág. 173.

fiscales para todo el país con una población que superaba los nueve millones de habitantes. Observadores de la época reportaron que "...cuando los fiscales aparecían en los tribunales, los jueces preguntaban en algunas ocasiones que quiénes eran ellos y que qué hacían allí"¹¹. Similares opiniones acerca del funcionamiento del Ministerio Público antes del proceso de reforma también pueden encontrarse en otros países de la región.

Este escaso perfil y la irrelevancia de los roles desempeñados por el Ministerio Público en la región también impactan en los aspectos organizacionales de la institución, la que se caracterizaba por una estructura muy débil. Al respecto, Linn Hammergren reporta que:

"... incluso donde el Ministerio Público existe, su organización ha sido débil. Cualquiera sea la lógica detrás de su estructura, esta ha sido congruente con el sistema inquisitivo. Donde no se espera que los fiscales hagan mucho, no hay necesidad de una organización que apoye o monitoree su trabajo. Presupuesto, personal y sistemas de planificación han sido casi inexistentes. Mecanismos de asignación de casos han sido similarmente no desarrollados... la pobreza organizacional ha sido la regla general e incluso más extrema que en el caso de los tribunales."¹²

Según se puede apreciar en el contexto anterior a la reforma, el Ministerio Público estaba constituido por una institución con escasas y poco relevantes funciones en el proceso y, como consecuencia de lo mismo, con muy débiles estructuras organizacionales y de apoyo a su gestión. Al fin del día, éste era un actor sin peso institucional y relevancia funcional en los sistemas de justicia criminal anteriores a la reforma.

II. EL NUEVO ESCENARIO CREADO POR LA REFORMA

El avance en la región, desde modelos procesales fuertemente inquisitivos a sistemas de corte acusatorio o adversarial, tiene un impacto profundo en las funciones que el Ministerio Público cumple en el proceso y, en consecuencia, en la configuración institucional de este organismo. Para los efectos que interesa en este trabajo, el nuevo modelo procesal ha significado un cambio tras-

...el nuevo modelo procesal ha significado un cambio trascendental en el rol del Ministerio Público en el proceso penal.

cendental en el rol del Ministerio Público en el proceso penal. Este cambio ha implicado un fortalecimiento de la institución en la medida en que se han agregado nuevas facultades a la ya tradicional de ser el titular del ejercicio de la acción penal pública que lo convierte en el encargado de la persecución penal. Ello significa que se le ha adjudicado la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria de los delitos,¹³ lo que acarrió la indecible abolición del modelo de juez instructor y, además, algunas facultades discrecionales para decidir acerca del ejercicio de la acción penal pública.

Estas nuevas facultades han ubicado al Ministerio Público como uno de los protagonistas centrales del nuevo modelo procesal. En buena medida los sistemas de corte acusatorio que se han intentado instalar en la región han operado sobre el supuesto de contar con una institución fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables y ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema en volúmenes razonables.

Este nuevo rol suponía intervenir en la institución realizando diversos cambios a su configuración institucional, sus recursos y también en cuanto a sus objetivos estratégicos. Sin intervención en estas áreas era absolutamente ilusorio pensar que el cambio procesal podía traducirse en la práctica en una transformación real en el funcionamiento. Estas tres dimensiones de cambios serán revisadas a continuación.

A. Nuevos objetivos estratégicos del Ministerio Público

El Ministerio Público en el nuevo modelo no sólo está llamado a cumplir ciertos roles procesales de suma importancia para que el sistema pueda funcionar, tales como ser el responsable de la investigación preliminar y del ejercicio de la acción penal pública, sino que también debe cumplir con un conjunto de funciones orientadas a la consolidación del modelo procesal propuesto, que exceden los aspectos estrictamente procesales de su función.

Desde este punto de vista más general, en los esfuerzos de reforma del Ministerio Público en la región se esperaba que dicha institución fuera capaz de contribuir en la consolida-

11 Véase Linn Hamnergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America*, Westview Press, 1998, pág. 84. (traducción del autor).

12 Linn Hamnergren, *Institutional Strengthening and Justice Reform*, Center For Democracy and Government USAID, 1998, pág. 36 (la traducción es del autor).

13 A la luz de esta función normalmente se entregan facultades de dirección de las policías para los efectos de llevar adelante las diligencias de investigación concretas.

ción de los nuevos sistemas procesales en al menos tres áreas específicas. En primer lugar, debía colaborar en forma decisiva para la abolición del sistema inquisitivo vigente antes de la reforma. Segundo, constituirse en el motor que impulsara el trabajo medular del nuevo sistema. Finalmente, debía asumir liderazgo en la promoción y protección de los intereses de las víctimas. A continuación me referiré brevemente a estos tres aspectos.

Uno de los objetivos centrales de la reforma en América Latina ha sido el reemplazo total de nuestros arcaicos sistemas inquisitivos por otros de corte acusatorio. Sin embargo, esta no es una cuestión fácil. La experiencia de la reforma europea del siglo XIX es una buena muestra de ello. En esa oportunidad, tal como en los esfuerzos actuales, uno de los objetivos centrales del Ministerio Público fue lograr la abolición del modelo inquisitivo.¹⁴ No obstante ello, la creación del Ministerio Público moderno no fue suficiente para el logro de este objetivo, ya que el sistema inquisitivo sobrevivió al cambio con una cara remozada, el sistema inquisitivo reformado. En una importante medida la supervivencia del sistema inquisitivo se explica por la falta de transformación de la etapa de instrucción criminal la que constituye el corazón del sistema. Así, como puntualiza Binder, una contribución fundamental del Ministerio Público en la región para lograr la abolición de la manera inquisitiva de ejercer el poder penal es a través del desmantelamiento de la estructura del actual sumario criminal o etapa de investigación.¹⁵ En su opinión, esto debería llevar a recuperar la centralidad del juicio oral y consiguientemente a la reestructuración completa del sistema. Frente a esto, la pregunta que surge es ¿cómo se logra este objetivo? La respuesta de Binder es que ello se logra mediante la desformalización de la etapa de instrucción y la liberación de la responsabilidad persecutoria del juez que interviene durante la investigación. Ambas cuestiones importan un cambio central en la estructura de la investigación y también en cuanto a los roles de los distintos actores que juegan en ella.

En segundo lugar, la lógica del nuevo sistema opera en base a la idea de que una institución fuerte estará a cargo de conducir la investigación, formular cargos en contra de los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales. Sin un Ministerio Público poderoso que esté capacitado

para cumplir con estos cometidos es imposible concebir al nuevo sistema funcionando adecuadamente en tanto el rol acusador no estará apropiadamente personificado. Además, el nuevo modelo requiere que el Ministerio Público asuma el ritmo de trabajo del sistema para que éste funcione óptimamente. Por todo esto, el Ministerio Público se convierte en una especie de motor del nuevo sistema.

Para graficar la importancia de estas funciones, hay dos áreas que a modo ejemplar dan cuenta de cuán crucial resulta el Ministerio Público para el nuevo sistema. En primer término, éste es una institución clave para desformalizar la etapa de investigación criminal, lo que ha demostrado ser uno de los aspectos más deficitarios del modelo inquisitivo vigente antes de la reforma en la mayoría de los países de la región. Este modelo se caracterizaba por tener una etapa de investigación burocrática, ritualista y excesivamente formalizada. El nuevo sistema requiere, en cambio, que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal dotándolo de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipos multidisciplinarios, coordinando más eficientemente el trabajo policial, en fin, constituyéndose en un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico. En segundo término, la actuación del Ministerio Público es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo que no sólo posibilite a la institución funcionar dentro de parámetros de eficiencia y calidad óptimos, sino también al sistema de justicia criminal en su conjunto. El Ministerio Público es la institución que dispone de las herramientas idóneas para establecer una política de este tipo y superar así uno de los males endémicos de la justicia criminal en Latinoamérica: la sobrecarga de trabajo de sus distintos operadores. Es por ello que, en la mayoría de los procesos de reforma, se entregaron importantes facultades a los fiscales para que no ejercieran la acción penal y recurrieran, en cambio, a diversas manifestaciones del principio de oportunidad, a salidas alternativas del sistema y la aplicación de mecanismos de simplificación procesal.

En tercer lugar, el Ministerio Público también deberá jugar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos de las víctimas en los nuevos sistemas procesales. La víctima, actor tradicionalmente olvidado en la configuración de los sistemas inquisitivos, adquiere un nuevo protagonismo con los procesos de reforma

**...el
Ministerio
Público también
deberá jugar un
rol decisivo en la
promoción y protec-
ción de los derechos
de las víctimas en los
nuevos sistemas
procesales.**

¹⁴ En este sentido ver Claus Roxin, "Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público", en El Ministerio Público en el Proceso Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, pág. 40.
¹⁵ Alberto Binder, Ob. Cit., pág. 80.

traducidos en la consagración normativa de un conjunto de derechos en su favor, buena parte de los cuales deben ser articulados por el Ministerio Público, quien asume la obligación de promoverlos y tutelarlos. Entre ellos se incluyen derechos tales como: el derecho a la información, reparación, protección y asistencia. Es así, como un número importante de países han establecido en sus constituciones¹⁶, las leyes orgánicas del Ministerio Público o códigos procesales, un mandato intenso de proteger y promover los derechos de las víctimas en el proceso.

Una pregunta interesante a esta altura tiene que ver con el hecho de por qué los promotores de la reforma depositaron en el Ministerio Público las expectativas de que fuera capaz de satisfacer estos nuevos objetivos estratégicos. La respuesta es relativamente simple. En el contexto de los procesos de reforma en la región, éste era el único actor de quien se podían esperar cambios significativos de la naturaleza de los descritos. Los Poderes Judiciales en la mayoría de los procesos no fueron promotores entusiastas del cambio, sino más bien actores que representaban el mantenimiento del *status quo*. Las defensorías públicas, por su parte, no tenían, por su rol en el sistema, suficiente fuerza que pudiera convertirlas en las instituciones líderes del movimiento de reforma. Así, el Ministerio Público como institución era el candidato natural para invertir esfuerzos. En este sentido,

la debilidad institucional del mismo en varios países de la región se convertía en un activo ya que daba espacio a realizar transformaciones importantes en su estructura e incentivos de trabajo a propósito del proceso de fortalecimiento institucional que era necesario realizar para adaptarse al nuevo proceso.

B. Las reformas a la regulación normativa del Ministerio Público

Lo primero que resultaba indispensable de modificar para permitir al Ministerio Público cumplir sus nuevas funciones eran las disposiciones constitucionales o leyes orgánicas, que contenían las definiciones básicas de la institución en diversos países de la región. Por lo mismo, en forma paralela a la reforma de los códigos procesales penales, buena parte de la región ha avanzado en modificaciones a los estatutos legales en donde se contenía la regulación básica del Ministerio Público.

El cuadro 1 presenta un resumen básico de once países de la región que han realizado reformas a sus procesos penales, contrastando la fuente y fecha de reforma al Ministerio Público con la fecha de entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal. Se agrega, además, información acerca de la ubicación institucional del Ministerio Público en cada país.

Cuadro N°1 ¹⁷

País	Ubicación Institucional	Fuente Reforma al MP	Fecha entrada en vigencia Proceso Penal reformado
Argentina (Sistema Federal)	Órgano autónomo o extrapoder	Reforma Constitucional de 1994 y Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946 de 1998	5 de septiembre de 1992
Bolivia	Órgano autónomo o extrapoder	Constitución Política y Ley Orgánica del Ministerio Público N° 1.469 de 1993	24 de marzo de 2001
Colombia	Afiliación a la Rama Judicial, pero con autonomía funcional	Constitución de 1991 y Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto N° 2699 de 1991	1991
Costa Rica	Órgano dependiente del Poder Judicial	Ley Orgánica del Ministerio Público N° 7.442 de 1994	1 de enero de 1998
Chile	Órgano autónomo o extrapoder	Reforma Constitucional de 1997 (Ley N° 19.519) y Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640 de 1999	16 de diciembre de 2000
Ecuador	Órgano autónomo o extrapoder	Constitución de 1998 y Ley Orgánica del Ministerio Público N° 2000-19 de 2000	1 de julio de 2001

¹⁶ Por ejemplo en el artículo 250 de la Constitución de Colombia y en el 80 a) de la de Chile.

¹⁷ El presente cuadro sólo contiene la información de algunos países de la región que han emprendido reformas recientes en su legislación procesal penal. La selección se ha basado en su representatividad en el contexto regional de reformas. Fuente: elaboración propia.

El Salvador	Órgano autónomo o extrapoder	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 22 de diciembre de 2000	20 de abril de 1999
Guatemala	Órgano autónomo o extrapoder	Reforma Constitucional por Acuerdo Legislativo 18-93 de 1993 y Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto N° 40-94 de 1994	Junio de 1994
Honduras	Órgano autónomo o extrapoder	Ley del Ministerio Público, Decreto N° 228-93 de 1993	20 de febrero de 2002
Paraguay	Afiliación al Poder Judicial pero con autonomía funcional	Constitución del Paraguay de 1992, Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N° 1562/00	9 de julio de 1999
Venezuela	Órgano autónomo o extrapoder	Ley Orgánica del Ministerio Público N° 5262 de 1998	1 de julio de 1999

Dos breves observaciones respecto de este primer cuadro. La primera es que se puede apreciar claramente un paralelismo entre las reformas al proceso penal experimentadas en cada uno de estos países con las reformas emprendidas al Ministerio Público. La segunda, tiene que ver con el tema de la ubicación institucional del Ministerio Público ya que este ha sido tradicionalmente uno de los debates más intensos que ha existido en la literatura especializada en la región sobre esta institución.¹⁸ Según se puede apreciar en los países contenidos en el cuadro, la opción de configurar el Ministerio Público como un órgano autónomo (ya sea extrapoder o dependiendo del Poder Judicial, pero con autonomía funcional) es el que ha primado, en oposición a otras alternativas como su dependencia del ejecutivo o del Poder Judicial sin autonomía funcional (como por ejemplo en Costa Rica). En consecuencia, se trata de un tema cuya discusión ha sido clausurada, al menos desde el punto de vista legal. Ello no quiere decir, como se verá más adelante, que respecto de las opciones adoptadas existen aún muchas indefiniciones, incluso a nivel normativo (vgr. relación entre autonomía y rendición de cuentas).

Las reformas legales han constituido un primer paso indispensable -pero insuficiente por sí sólo- para asegurar que los fiscales puedan cumplir con las funciones asignadas en el nuevo modelo procesal penal.

para asegurar que los fiscales puedan cumplir con las funciones asignadas en el nuevo modelo procesal penal. Es por eso que junto a dichas reformas es posible observar en varios países de la región un proceso paralelo de fortalecimiento institucional de los Ministerios Públicos para que los fiscales pudieran contar no solo con herramientas legales que les permitieran actuar idóneamente en los nuevos procesos, sino también de recursos mínimamente suficientes para ello.

Sin que todavía sea posible afirmar que este proceso de fortalecimiento está concluido o que haya sido suficiente para permitir que efectivamente los fiscales puedan cumplir con sus nuevas funciones, es posible notar avances muy significativos en diversas áreas en numerosos países de la región.

Una primera área donde es posible observar avances es en materia de regulación presupuestaria. Así, por ejemplo, en Ecuador el presupuesto destinado al Ministerio Público para el año 2001 era equivalente a US\$ 7,65 millones. En cambio en 2002, año en que comenzó a funcionar la reforma en dicho país, la cifra se incrementó en un 158% para alcanzar un presupuesto de US\$ 12,14 millones.¹⁹

C. Fortalecimiento Institucional

Las reformas legales han constituido un primer paso indispensable -pero insuficiente por sí sólo-

En El Salvador, el año 1997 se destinaban cerca de US\$ 8 millones anuales al presupuesto del Ministerio Público, en tanto que al año 2000 dicha

¹⁸ Así por ejemplo puede revisarse: Alberto Bovino, "El Ministerio Público en el Proceso de Reforma de la Justicia Penal en América Latina", en Problemas de Derecho Procesal Contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires 1998, págs. 29 a 46; Alberto Bovino, Ministerio Público y Poder Ejecutivo, mimeo en poder del autor; Juan Bustos, "La Configuración Orgánica e Institucional del Ministerio Público", en El Ministerio Público para una Nueva Justicia Penal, ob. cit. págs. 173 a 180; Andrés D'Alessio, "The Function of the Prosecution in the Transition to Democracy in Latin America", en Transition To Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, Westview Press, 1993, pág. 189 y siguientes; Philip B. Heymann, "Should Latin American Prosecutors Be Independent of the Executive in Prosecuting Government Abuses?", en 26 U. Miami Inter-Am. L. Rev., págs. 535 a 559; Elizabeth Iglesias, "Designing the Institutional and Legal Structure of Prosecutorial Power in the Transition to Democracy", en Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, ob. cit. pág. 269 y siguientes; Andrés Montes, "Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional que Crea al Ministerio Público", Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 39, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1998, págs. 135 a 154; Maximiliano Rusconi, "La Reforma Procesal Penal y la Llamada Ubicación Institucional del Ministerio Público", en El Ministerio Público en el Nuevo Proceso Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993, págs. 59 a 79; y Enrique Soller, La Separación de los Poderes en la República Argentina Después de la reforma Constitucional del año 1994 ¿Adiós a la Doctrina de Montesquieu?, conferencia presentada en el VI Congreso Internacional del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá-Colombia, abril de 1998.

¹⁹ Véase, La Evaluación de la Reforma Procesal Penal en el Ecuador, Fondo Justicia y Sociedad Fundación Esquel-USAID, Quito 2003, págs. 51 y 52.

cifra se había más que duplicado ascendiendo a US\$ 19 millones de presupuesto anual.²⁰ Algo similar ha ocurrido en Guatemala, donde en el año 1995 el presupuesto anual de la institución llegaba a US\$ 11 millones para llegar al año 2001 a ser de US\$ 45 millones.²¹ En Bolivia, entre el año 2001 que fue en el que comenzó a funcionar la reforma y 2003 el presupuesto asignado al Ministerio Público se incrementó en un 55,42% y si se compara dicho presupuesto con el existente el año 1999, en el que la reforma procesal penal aún no entraba en vigencia, se pueden apreciar diferencias cercanas al 100%.²²

Finalmente, en el caso de Chile, la situación es aún más radical debido a la inexistencia del Ministerio Público con anterioridad al proceso de reforma. Así, en el año 1999 no existía presupuesto para dicha institución y para 2003 (momento en el cual la reforma estaba implementada en 12 de las 13 regiones del país) se contaba con un presupuesto superior a los \$44 mil millones de pesos (equivalentes a cerca de US\$ 74 millones)²³.

El aumento de presupuesto ha estado destinado en gran parte a mejorar las pobres condiciones de infraestructura y sistemas de soporte que poseían los fiscales del Ministerio Público en la región. A la vez, ha existido un esfuerzo muy relevante por aumentar en número de fiscales que cumplen funciones en tal institución, lo que constituye una segunda área de fortalecimiento institucional indispensable para que el Ministerio Público pudiera asumir sus nuevos roles procesales. El cuadro 2 contiene los datos acerca del número de fiscales por cada 100.000 habitantes en diez países de la región.

Cuadro N°2
N° Fiscales por 100.000 habitantes²⁴

País	N° fiscales por cada 100.000 habitantes
Bolivia	3,7
Colombia	8,6
Provincia de Córdoba (Argentina)	8,5
Costa Rica	6,5
Chile	4,3
Ecuador	2,7
El Salvador	9,9
Guatemala	4,5
Honduras	6,0
Paraguay	3,2

Resulta difícil comparar estas cifras con las existentes en países desarrollados que cuentan con sistemas de orientación similar a los de la región debido a la gran variedad existente en la materia. Así, en los extremos es posible encontrar países como Estados Unidos en donde a nivel estatal para el año 2001 se contaba con 12,3 fiscales por cada 100.000 habitantes en ciudades con poblaciones superiores al millón de habitantes y 10,5 fiscales en ciudades con población entre 500.000 y 999.999 habitantes²⁵, en contrapartida con países como Japón que contarían con menos de un fiscal por cada 100.000 habitantes²⁶. Con todo, ninguno de los dos ejemplos parecieran constituir la regla general en el contexto de otros países desarrollados con sistemas procesales similares a los que se han intentado establecer en América Latina, los cuales tienen tasas que se ubican en franjas intermedias a las ya vistas.

Un primer ejemplo está constituido por Canadá, con un proceso penal de características muy similares a la de los Estados Unidos, pero en donde la tasa de fiscales era de 6,2 por cada 100.000 habitantes para el año 2.000/2.001²⁷. Una situación similar ocurre en Alemania, cuya ordenanza procesal penal ha sido fuente de inspiración para varios de los códigos reformados de la región. Es así como al 31 de diciembre de 2002, la tasa en dicho país era de 6 fiscales por cada 100.000 habitantes²⁸. Otro país cuya legislación procesal penal de 1989 ha sido fuente de inspiración a los códigos reformados en América Latina es Italia. De acuerdo a las cifras disponibles en dicho país para el año 1997, la tasa era de 3,73 fiscales por 100.000 habitantes²⁹.

Si las tasas se comparan con las existentes en América Latina, se puede concluir que varios de nuestros países cuentan con cifras parecidas o incluso superiores a las existentes en sistemas comparados pertenecientes a países de mayor desarrollo económico (por ejemplo El Salvador, Colombia y la provincia de Córdoba en Argentina). Constituyen una excepción los casos de Bolivia, Ecuador y Paraguay, los que, de todas formas, no parecieran tener tasas de fiscales tan lejanas a un país de mucho mayor desarrollo económico como Italia.

Con las prevenciones señaladas acerca de la comparabilidad de estas cifras, ellas parecen ser bastante elocuentes para relativizar la afirmación que tradicionalmente se escucha en América Latina, según la cual los principales problemas de funcionamiento de los fiscales se deben principalmente a

²⁰ Véase, "Segundo Informe Comparativo Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina", en Revista Sistemas Judiciales N° 5, Buenos Aires 2003, pág. 55.

²¹ Idem pág. 58.

²² Véase, Daniel Mogrovejo (autor responsable), Informe Sobre la Implementación de la Reforma Procesal Penal en Bolivia, La Paz, 2004, págs. 50 a 52. En <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/bol-informe-final.pdf>

²³ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2003, pág. 43. Cabe señalar que por tratarse de una institución nueva el presupuesto del Ministerio Público en Chile no sólo incluye los costos de operación sino también los de inversión inicial

la falta de recursos disponibles. Ello porque, al menos tratándose del recurso humano central de dicha institución, los fiscales, las tasas revisadas indicarían que varios países de la región cuentan con cantidades equivalentes o superiores a la de países con mayor desarrollo económico. Es evidente que este problema es mucho más complejo que la sola cantidad de fiscales y no quisiera simplificarlo para efectos del argumento que presento, pero las cifras revisadas tienden a mostrarnos que hay que buscar en otras áreas explicaciones para los problemas que enfrentan los Ministerios Públicos en la región, donde tradicionalmente la respuesta de “falta de recursos” no parece ser tan evidente.

III. ¿QUÉ HA PASADO CON LA REFORMA AL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS NUEVOS SISTEMAS PROCESALES PENALES?: IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS ENFRENTADOS HASTA EL MOMENTO

Como se ha podido revisar en la sección anterior, los Ministerios Públicos de la región han sufrido importantes cambios legislativos con el objetivo de redefinir no sólo su arquitectura institucional, sino también sus funciones para así compatibilizarlas con los requerimientos del nuevo sistema. Aún más, una importante cantidad de países ha aumentado significativamente los presupuestos, las dotaciones de fiscales y la infraestructura del Ministerio Público, con tal de consolidar el cambio que supone el nuevo sistema. Asimismo, también se crearon ciertas expectativas en torno a los objetivos estratégicos llamados a cumplir por parte del Ministerio Público en los nuevos sistemas reformados. En este escenario, la presente sección intenta avanzar en identificar cuáles son los principales problemas que el Ministerio Público ha tenido en este proceso de adaptación institucional, para cumplir adecuadamente con sus nuevas funciones y objetivos estratégicos y avanzar algunas hipótesis que los explican.

Antes de entrar a la exposición sobre los aspectos específicos de lo ocurrido con el Ministerio Público, es necesario contextualizar, tal como lo hace el segundo informe comparativo del proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial

en América Latina, que no obstante enfrentarse a diversos problemas en los procesos de reforma a la justicia penal, se trata de procesos vigorosos y muy dinámicos³⁰. Sin perjuicio de lo anterior, otra característica central de estos procesos es que han planteado más dificultades de las esperadas para resolver los problemas que se creía hubieran estado en condiciones de responder con mayor rapidez. Este mismo diagnóstico también es replicable tratándose del Ministerio Público. Es decir, es posible constatar mucho dinamismo respecto de cambios en éste, pero la posibilidad de que ellos hayan impactado con la profundidad que se esperaba en la realidad es un proceso mucho más complejo de lo esperado.

Para realizar una presentación más ordenada, me parece que los problemas que pueden detectarse en el trabajo del Ministerio Público en la región pueden agruparse en dos niveles distintos. El primero de ellos se refiere a lo que denominaré problemas de rol institucional y el segundo a problemas de rol procesal. A continuación se revisarán ambas categorías.

A. Problemas de rol institucional

Para entender adecuadamente los problemas enfrentados por el Ministerio Público para satisfacer adecuadamente las expectativas que se tenían en cuanto a su capacidad de consolidar a los nuevos sistemas procesales, es necesario revisar algunas cuestiones que exceden su actuación procesal; éstas son las que identifiqué con el nombre de rol institucional. Bajo esta categoría agrupé problemas que se refieren a aspectos de conducción institucional o comprensión del rol general de la institución en el nuevo sistema. Es decir, a aspectos problemáticos que no se vinculan con las funciones específicas de los fiscales en el proceso penal sino más bien a la forma en que la institución enfrenta el nuevo rol y desafíos que suponen su inserción en el contexto de la justicia penal reformada en la región.

Sobre la base de la evidencia empírica recopilada en el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina y mi propia visión acerca del trabajo de los Ministerios Públicos en varios países de la región me parece posible identificar cuatro problemas relevantes de este tipo. El

para la construcción de inmuebles y dotación física de las oficinas. El presupuesto también incluyó partidas para la implementación de la reforma en la Región Metropolitana (que representa el 40% de la población del país) cuya puesta en marcha está prevista para junio de 2005.

24 Fuente: “Segundo Informe Comparativo”, Ob. Cit. pág. 38. Con la excepción de Bolivia, Colombia, Chile y Honduras. En el caso de Colombia la fuente es Plan De Desarrollo de la Justicia 1995-1998 y la población calculada por Naciones Unidas para el año 1996. En Chile la fuente es Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Ob. Cit. pág. 39. En Bolivia y Honduras los datos provienen de los informes nacionales en el proyecto de investigación de CEJA del año 2004.

25 Véase Carol De Frances, State Courts Prosecutors in Large Districts, 2001, Bureau of Justice Statistics, December 2001, pág. 2.

26 Véase, A. Didrick Castberg, Prosecutorial Independence in Japan, 16 UCLA PAC. BAS. L. J. 38, 44 (1997).

27 Véase, Canadian Center for Justice Statistics, Criminal Prosecutions, Personnel and Expenditures 2000/01.

28 Datos proporcionados por Stefan Brings de la oficina alemana estatal de estadísticas el día 7 de enero de 2004 por vía de correo electrónico.

29 El cálculo ha sido realizado sobre la base de los datos contenidos en David Clark, “Italian Styles: Criminal Justice and the Rise of an Active Magistracy”, en Legal Culture in the Age of Globalization, Stanford University Press, Stanford-California, 2003, pág. 247.

30 Véase, “Segundo Informe Comparativo”, Ob. Cit. págs. 36 y 37.

primero de ellos se refiere a la falta de capacidad de identificación de problemas e innovación, el segundo a la falta de comprensión de ciertas funciones de la institución en el sistema de justicia criminal, el tercero se refiere a falta de liderazgo institucional y, el cuarto, a una escasa cultura de rendición de cuentas.

A.1. Dificultades en la identificación de problemas y proposición de soluciones innovadoras

Un primer aspecto deficitario general se refiere a una cierta incapacidad institucional para identificar cuáles son los núcleos problemáticos y dificultades que enfrentan los fiscales en el cumplimiento de sus funciones en los nuevos sistemas procesales. Salvo excepciones muy específicas, los Ministerios Públicos de la región no han podido instalar en sus propias instituciones una capacidad que les permita producir información empírica detallada acerca de la realidad del trabajo de sus fiscales y, así, hacer seguimiento cotidiano de la misma. En muchas hipótesis, obtener información estadística básica acerca de la carga de trabajo de la institución y del flujo de casos resulta muy difícil. En otros, aun cuando la información estadística existe, ella no parece haber sido diseñada estratégicamente para obtener información relevante sino simplemente para cumplir con el “deber de producir estadísticas”, lo que lleva a que se generen indicadores gruesos y generales que permiten avanzar poco en la comprensión más fina del funcionamiento de la institución.

En este contexto, no es de extrañar que en forma paralela tampoco se haya desarrollado una capacidad importante de innovación para superar los problemas que la institución enfrenta. Allí donde existen dificultades para identificarlos, pensar que se dispondrán de herramientas sofisticadas y novedosas para enfrentar dichos problemas constituye una quimera. En consecuencia, respecto de los problemas y obstáculos, existe poco conocimiento fino y las respuestas para enfrentarlos tienden a enfatizar soluciones muy tradicionales a problemas completamente nuevos.

A esta altura me parece posible formular una hipótesis acerca del origen de este problema. En mi opinión, la fuente de éstos radica -en gran medida- en la persistencia de un cierto estilo de hacer las

cosas a nivel institucional en el que todavía se privilegia una aproximación teórica o dogmática a los problemas del sistema de justicia criminal por sobre una entrada destinada a solucionar problemas concretos y específicos. Este defecto es predicable en buena medida a la comunidad legal de América Latina y no pareciera ser sólo achacable al Ministerio Público. Con todo, el que esta institución no haya sido capaz de alterar en su trabajo interno esta tendencia constituye un problema grave para el mejoramiento continuo de la gestión institucional.

Un primer paso para tener Ministerios Públicos renovados y con capacidad de reacción consiste en orientar una parte de sus recursos para la identificación de problemas (por ejemplo a través del monitoreo permanente de su trabajo) y para la producción de información empírica confiable sobre el funcionamiento del propio sistema. A partir de ello, es posible pensar, además, en generar capacidades destinadas al planteamiento de soluciones innovadoras de tales problemas. Como veremos, la falta de estas capacidades se hace notar en varios de los problemas específicos que se describen más adelante. En consecuencia, un desafío central para el trabajo del Ministerio Público en el futuro es el darle el carácter de función crítica a la producción de información. Ello no sólo debe proyectarse a la institucionalidad general, sino que debe también ser un parámetro para el trabajo de las unidades operativas de la institución que son los lugares en donde se produce la información relevante. En la medida en que la producción de información sea sólo considerada una suerte de obligación legal formal, pero sin relevancia en el propio trabajo interno de evaluación y planeación institucional, seguirá ocupando un rol secundario en los Ministerios Públicos de nuestros países.

...respecto de los problemas y obstáculos, existe poco conocimiento fino y las respuestas para enfrentarlos tienden a enfatizar soluciones muy tradicionales a problemas completamente nuevos.

A.2. Falta de liderazgo institucional: Ministerios Públicos horizontales

Un segundo problema de carácter general que me parece posible identificar es la falta de liderazgo a nivel institucional en el Ministerio Público.³¹

Con esto uno no se refiere a un problema de falta de cualidades personales de quienes cumplen funciones de conducción en los diversos Ministerios Públicos de la región,

sino más bien a una cierta concepción imperante en la región que tiende a replicar la lógica de autonomía individual de los jueces. Así, un fenómeno muy extendido es el de concebir que cada uno de los fis-

31 Sobre la materia véase especialmente Cristián Riego, Ob. Cit., págs. 54 y 55.

cales operativos de las fiscalías goza de importantes niveles de autonomía para organizar su trabajo y tomar decisiones acerca de la persecución penal, sin poder aceptar instrucciones o directivas acerca de cómo llevar adelante su trabajo. Esto lleva a modelos de Ministerio Público completamente horizontales, en los que no existe jerarquía que pueda imponer patrones de trabajo colectivos. Evidentemente la autonomía de los fiscales es un valor del sistema a proteger, especialmente frente a la posibilidad de interferencias externas que puedan afectar las decisiones de persecución penal. Con todo, la autonomía en el trabajo de un fiscal no parece ser un valor relevante tratándose de la necesidad de actuar con criterios mínimamente comunes que permitan aumentar la eficiencia del trabajo de la institución y, en consecuencia, no parece ser razonable de ser protegida para que cada fiscal haga su trabajo “del modo que le parezca”. Es por estas razones que si al fenómeno descrito se suma la carencia de sistemas de estandarización y seguimiento del trabajo de esos mismos fiscales³², el resultado es que muchas cúpulas a nivel regional tienen serios problemas para tener una conducción institucional orientada a ciertos fines estratégicos por sobre el criterio específico de cada fiscal en concreto, orientado mucho más fuertemente al día a día en el cumplimiento de sus funciones específicas que al cumplimiento de objetivos institucionales más “abstractos”³³.

Así, el panorama que se observa en muchos países es que los fiscales -a niveles operativos- gozan de importantes grados de autonomía y toman decisiones sin considerar una visión general más estratégica. En muchas ocasiones eso se explica en un contexto en donde institucionalmente tampoco existe una visión de conducción global de la institución que marque una pauta clara de acción a nivel operativo.

El problema descrito se traduce en que en una importante cantidad de situaciones no existe un interlocutor para exigir al Ministerio Público el cumplimiento de las funciones que exceden los aspectos estrictamente procesales que están en manos de los fiscales a nivel operativo, por ejemplo, como veremos, en materias de seguridad ciudadana. Eso dificulta que el Ministerio Público

cumpla con otra función relevante que deben cumplir los órganos públicos en un sistema republicano, como lo es el deber de rendir cuentas públicas y asumir responsabilidad por su gestión, tema que revisaré a continuación.

A.3. Escasa cultura de rendición de cuentas

Un tercer problema que me interesa destacar se refiere a una falta de cultura generalizada de los Ministerios Públicos de la región a rendir cuenta pública de su gestión. Se trata nuevamente de una característica que no es imputable con exclusividad a dicha institución ya que parece ser bastante extendida al resto de los órganos públicos en Latinoamérica. Con todo, en el escenario actual en donde los problemas de criminalidad y delincuencia constituyen parte de las preocupaciones centrales de la ciudadanía y, en donde los Ministerios Públicos han sido fortalecidos de manera importante, la poca disposición a entregar información para someter la gestión institucional al escrutinio público resulta impresentable.

Los fiscales se perciben como operadores estrictamente jurídicos y no como agentes que cumplen una función social relevante respecto de la cual exista la necesidad de satisfacer expectativas concretas de la comunidad o “cliente”.

La poca disposición de los Ministerios Públicos a rendir cuenta se origina en varios y complejos factores. Me parece posible presentar tres hipótesis que explicarían este fenómeno. En primer lugar, me parece que no está claramente instalada en los fiscales la idea que la sociedad es un cliente al cual hay que rendir cuentas acerca de su actuación. Los fiscales se perciben como operadores estrictamente jurídicos y no como agentes que cumplen una función social relevante respecto de la cual exista la necesidad de satisfacer expectativas concretas de la comunidad o “cliente”. Así, en la mayoría de nuestros países los fiscales tienen una noción muy restringida de su labor, sin percibir que las decisiones de persecución penal representan mucho más que una cuestión técnica. Buena parte de este problema encuentra su fuente en la falta de liderazgo institucional que permita traspasar una visión más compleja a los fiscales acerca de su rol en una sociedad democrática.

Una segunda hipótesis explicativa se refiere al hecho de que las instituciones que intervienen en los sistemas de justicia criminal de la región no han

³² Un ejemplo de esto está constituido por el caso de Bolivia. En el informe del proyecto de seguimiento se reporta que en dicho país a pesar existir la posibilidad de dictar instrucciones generales tendientes a unificar el criterio de fiscales, ellas no han sido desarrolladas en actividades básicas como la fijación de criterios para el rechazo de denuncias o priorización de causas a investigarse en la etapa preparatoria. Véase Daniel Mogrovejo, Ob. Cit. punto 2.3.4 del informe.

³³ Un ejemplo de esto es lo que ocurre en algunos países, como por ejemplo en Argentina, en donde en varias provincias existe diferenciación entre fiscales de la etapa de investigación y fiscales de juicio. En varios de estos casos ocurre que los fiscales de juicio no se sienten vinculados con las decisiones de los fiscales de las etapas preliminares, por lo que al ir a juicio oral solicitan la absolución del caso. Si bien se trata de situaciones que en un caso concreto pueden ser razonables, sistémicamente parecerían ser impresentables. Una institución que ha llevado adelante la persecución penal por meses o años, con eventuales restricciones a los derechos de los imputados, y luego masivamente no se hace cargo de esas decisiones, no pareciera tener una justificación pública medianamente clara.

estado acostumbradas a producir información acerca de su funcionamiento. El secreto y la reserva se han constituido en patrones normales de funcionamiento respaldados por las normas legales de los sistemas inquisitivos³⁴. Esto ha generado una cultura reacia a ser observados, analizados y criticados.

Una tercera hipótesis que explicaría la falta de rendición de cuentas se deriva de una errada comprensión del significado de la autonomía institucional que se ha conferido a buena parte de los Ministerios Públicos de la región, según tuve oportunidad de revisar en el cuadro N° 1³⁵. Así, ésta ha sido entendida en muchos casos como inmunidad o como un estatuto jurídico que blinda a la institución frente al control público y crítica a su funcionamiento³⁶. La autonomía, lejos de representar mayores niveles de control y responsabilidad por parte de los Ministerios Públicos, ha sido entendida como un estatuto jurídico de protección frente a ellas³⁷.

De esta forma, no es poco común encontrarse con Ministerios Públicos en la región que básicamente no son responsables ante nadie. Dicha falta ha dificultado dinamizar los procesos de trabajo y gestión de la institución frente a evidentes inercias institucionales y ha generado problemas para cumplir con las funciones procesales básicas asignadas a los fiscales en los nuevos sistemas de justicia penal.

A.4. Comprensión de rol: las otras demandas del Ministerio Público en un Sistema de Justicia Criminal

No ha sido fácil la instalación del nuevo rol de persecución penal en manos de los fiscales en varios países de la región. En algunos, los jueces no han dado el espacio a los fiscales para intervenir de forma relevante en el proceso³⁸. En otros, en cambio, los propios fiscales no han tenido la suficiente fuerza para abrir un espacio adecuado en el sistema al cumplimiento de sus roles (por ejemplo en sus relaciones con la policía). Sin embargo, poco a poco se ha ido consolidando el rol de persecución penal que el nuevo proceso asignaba a los fiscales. No ha ocurrido lo mismo con otras demandas que se han planteado al Ministerio Público y que exceden el ámbito estrictamente procesal. Dentro de ellas, me parece que una de las más significativas se refiere a la contribución de esta institución en

los problemas de seguridad ciudadana que afectan a la mayoría de los países de la región.

En efecto, aún cuando la solución de los problemas de seguridad ciudadana no forma parte de los objetivos originales de buena parte de las reformas procesales penales en la región, durante la última década ha existido una creciente preocupación de la opinión pública por el tema en la mayoría de los países de América Latina. Una muy extendida percepción en la región es que las tasas de criminalidad han aumentado drásticamente sin que el sistema de justicia criminal haya sido suficientemente capaz de manejar tal situación. La consecuencia natural de esto ha sido un crecimiento significativo de las demandas ciudadanas exigiendo cambios que permitan aumentar la eficiencia del sistema para investigar delitos y castigar a los criminales. Ello ha constituido un nuevo catalizador de las reformas realizadas al proceso penal y Ministerio Público en la región.

No es este el momento de discutir cuánto la reforma procesal penal y el Ministerio Público pueden efectivamente contribuir con políticas eficaces de seguridad ciudadana para la prevención del delito. El punto a destacar es que estas demandas han cuestionado seriamente el trabajo de los Ministerios Públicos en la región, los que se han mostrado en general bastante insensibles frente a las mismas.

En mi opinión, dentro del marco limitado de acción del sistema de justicia criminal y del Ministerio Público, la reforma tiene la potencialidad de realizar importantes contribuciones para combatir los problemas de inseguridad y delincuencia. Ello, sin embargo, no es una consecuencia directa e inmediata de la reforma, sino que supone el desarrollo de varios elementos muy específicos. Uno de los principales aspectos que ello requiere es que el propio Ministerio Público asuma como parte de sus objetivos institucionales algunas acciones en la materia. Así, por ejemplo, se pueden producir mejoras relevantes en materias de prevención si éste logra niveles de coordinación más finos con las agencias estatales a cargo de los programas de prevención. Lo mismo si se hace uso de sus herramientas procesales en forma que no sea contradictoria con políticas criminales orientadas a la mejo-

³⁴ Pensemos por ejemplo en el caso del sistema inquisitivo chileno con anterioridad a la reforma, el cual establecía el secreto del sumario tanto respecto de los terceros ajenos al procedimiento cuanto al propio imputado y su defensor.

³⁵ Las relaciones problemáticas entre nociones como autonomía o independencia y rendición de cuentas son un tema que ha generado bastante literatura en materia de sistemas judiciales. Recomiendo revisar, entre otros, Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford 1989, capítulo 2 ("Who Watches the Watchmen?"), págs. 57 a 113 y Giuseppe di Federico, "La Independencia del Ministerio Fiscal y el Principio Democrático de Responsabilidad en Italia: Análisis de un Caso Anómalo desde una Perspectiva Comparada", en *Revista del Poder Judicial* N° 48, Madrid 1997, págs. 13 a 36.

³⁶ Este fenómeno pareciera repetirse en otros sistemas fuera de la región en donde se ha identificado que uno de los principales desafíos para asegurar el deber de rendición de cuentas de las instituciones del sistema de justicia criminal se encuentra, precisamente, en la invocación de distintos niveles de independencia y autonomía. Véase Philip Stenning, "Introduction", en *Accountability for Criminal Justice*, University of Toronto Press, Canadá 1995, pág. 7.

³⁷ Para Chile véase, Mauricio Duce "¿Qué Significa un Ministerio Público Autónomo?: Problemas y Perspectivas en el Caso Chileno", en *Apuntes de Derecho* N° 9, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, págs. 8 a 11.

³⁸ Así, por ejemplo, todavía en muchos países la tendencia en los juicios orales es a que el protagonismo en la producción de información en el juicio lo tengan los jueces y no las partes.

ra de niveles de seguridad ciudadana (por ejemplo cuando perseguir o desestimar casos, cuando ocupar la suspensión a prueba del proceso, entre otras). Por otra parte, una adecuada atención a las víctimas, primeras personas en donde la sociedad forma sus percepciones acerca del trabajo del sistema, puede constituir una estrategia clave para mejorar los niveles de confianza en el sistema y disminuir las sensaciones de temor ciudadano. Los casos anteriores constituyen algunos ejemplos frente a múltiples experiencias que existen en el ámbito internacional sobre la materia.

El problema es que, en varios países de la región, el Ministerio Público no ha mostrado sensibilidad en el tema y, por el contrario, se ha manifestado públicamente reacio a asumir cualquier responsabilidad en materia de seguridad ciudadana, argumentando en muchos casos que dicha responsabilidad no forma parte de sus funciones ni obligaciones. Esta situación ha impedido que la reforma a los Ministerios Públicos haya servido como respuesta frente a las demandas sociales en el tema. Además, ello ha constituido un foco de crítica que ha llevado a deslegitimar a la institución en frente de la opinión pública y, en muchas ocasiones, cuestionar la conveniencia de la reforma en su conjunto.

En mi opinión, resulta indispensable que el Ministerio Público abandone la concepción rígida y tradicional según la cual le toca desempeñar el papel de una institución cuasi-judicial cuyo único rol relevante es el procesal. Esto es un error desde el punto de vista técnico, a la vez que desde un punto de vista político constituye una muy mala estrategia de inserción institucional. En la medida que el Ministerio Público asuma como parte de sus responsabilidades contribuir a superar, al menos en una parte, los problemas de seguridad ciudadana, eso fortalecerá su posicionamiento institucional en la región.

B. Problemas de rol procesal

En esta categoría se incluyen problemas específicos que ha enfrentado el Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones más básicas —y que han sido asignadas en virtud de la implementación de los nuevos sistemas procesales— o que su reconfiguración debía de satisfacer en el proceso de desarrollo y consolidación de la reforma a los sistemas

de enjuiciamiento criminal inquisitivos. Es decir, funciones estratégicas que asociadas al nuevo rol de persecución penal entregado al Ministerio Público, éste debía cumplir para afianzar el nuevo modelo procesal acusatorio instaurado como consecuencia de la reforma.

Al igual que en la sección anterior la evidencia empírica recopilada en el proyecto de seguimiento de las reformas judiciales en América Latina, sumado a mi propia visión acerca del desarrollo de los procesos de reforma en la región, me permiten identificar principalmente cuatro problemas de

El problema es que, en varios países de la región, el Ministerio Público (...) se ha manifestado públicamente reacio a asumir cualquier responsabilidad en materia de seguridad ciudadana...

este tipo. El primero de ellos se refiere al escaso impacto que ha tenido el trabajo del Ministerio Público en dinamizar la etapa de instrucción criminal. El segundo se refiere a la limitada capacidad del Ministerio Público para controlar la carga de trabajo del sistema. El tercero, se encuentra el hecho que el Ministerio Público no se ha transformado en un agente relevante en la promoción y protección de los derechos de las víctimas.

Finalmente, en cuarto término, se encuentra la problemática relación del Ministerio Público con la policía y el cumplimiento de sus funciones investigativas. A continuación se presentarán con mayor detalle cada uno de estos problemas.

B.1. Limitado impacto en dinamizar la etapa de instrucción criminal³⁹

Como analicé, una de las grandes expectativas que se tenían con la reforma al Ministerio Público en el contexto de los procesos de reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal inquisitivos era su aporte decisivo para dismantelar las estructuras tradicionales de la investigación criminal, que se caracterizaban por su extremo formalismo, rigidez y por el carácter altamente burocratizado de sus métodos de trabajo. Con todo, la observación del trabajo de los fiscales en varios países da cuenta que los Ministerios Público reformados han tendido a repetir los métodos de trabajo del sistema inquisitivo. Así, en una buena parte de nuestros países la etapa de investigación criminal sigue siendo básicamente una metodología de trabajo destinada a la construcción burocrática del expediente al igual que en los sistemas inquisitivos anteriores. La diferencia es que se trata de una labor que han asumido los fiscales en vez de los jueces de instrucción.

³⁹ Este primer problema es especialmente destacado en el "Segundo Informe Comparativo", Ob. Cit, págs., 37 a 39.

La falta de innovación del Ministerio Público en la forma de organizar el trabajo durante la etapa de investigación criminal que pudiera haber alterado la dinámica establecida en el contexto de los sistemas inquisitivos se refleja en varias cuestiones. Una de las más relevantes ha sido una tendencia a organizar al Ministerio Público de manera que refleja a las estructuras judiciales. Es decir, como una copia al carbón de las mismas. Esto ha significado que las fiscalías se han organizado como una sombra del modelo de organización judicial generándose así varios problemas con ello. El principal que me interesa destacar es que esta reproducción del modelo ha traspasado la lógica de organizar el trabajo judicial que no es la más eficiente para el desempeño de una función completamente distinta como lo es la de persecución penal. La lógica de la organización judicial está pensada fundamentalmente en clave de protección de garantías, en cambio, la de un Ministerio Público moderno debiera estar en clave de aumentar la eficacia y racionalidad de las actividades de persecución penal que son su trabajo central.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de problemas de organización y falta de innovación en las metodologías de trabajo del Ministerio Público se encuentra en los sistemas de asignación de casos. El sistema que todavía impera en una gran cantidad de países es el de asignación individual de casos, reproduciendo la lógica de los sistemas jurisdiccionales. Esto significa que una vez ingresado el caso a la fiscalía, éste es asignado a un fiscal, el cual tendrá "competencia" para conocer todo el caso (o al menos en la etapa procesal en donde interviene ese fiscal ya que debido a la organización refleja muchos sistemas entregados a los fiscales "competencia" por etapas del proceso). En este modelo, cada fiscal litigará las audiencias que generan sus propios casos y sólo él podrá tomar decisiones en el mismo. Con ello se generan importantes espacios de tiempos muertos y no se aprovechan economías a escala, que formas de organización de trabajo más colectivo u horizontales permitirían. En este sentido, es posible constatar una casi inexistencia de trabajo en equipos. Cada fiscal trabaja en su propio metro cuadrado sin permitir que otros "se inmiscuyan" en cómo él lo lleva adelante. Mi punto aquí no es afirmar la inconveniencia absoluta de este modelo de asignación por cartera, de hecho en algunos casos puede resultar ser el más eficiente de acuerdo con las características específicas de una fiscalía determinada. El punto a destacar es que no existe una mayor innovación en la forma de

organizar el trabajo que lleve a pensar modelos distintos y flexibles para diversos tipos de situaciones en donde la experiencia acumulada indica, por ejemplo, que la asignación horizontal o por flujo puede ser más idónea que la vertical o por cartera.

Un segundo ejemplo en donde es posible constatar una falta de innovación en los modelos de organización del trabajo del Ministerio Público se refiere a la especialización de funciones como criterio del mismo. Salvo casos de especialización temática para la investigación y procesamiento de algunas categorías específicas de delitos (típicamente las unidades de investigación por categorías de delitos, por ejemplo drogas, sexuales, etc.) no existen otras formas de organización especializada del trabajo. Esto contrasta con múltiples experiencias de especialización funcional. Así, modelos de especialización funcional discriminan actividades claves de la fiscalía y organizan su trabajo en torno a las mismas. Por ejemplo, evaluación y selección de casos, litigación de determinadas audiencias especialmente complejas, persecución penal de casos de alto perfil público, entre otras. Nuevamente el punto aquí no es señalar la inconveniencia de la especialización temática, sino que marcar que existen múltiples y más sofisticadas fórmulas para especializar un trabajo en una fiscalía que tienen capacidad potencial de mejorar significativamente los resultados de trabajo de las mismas y que normalmente están ausentes en los Ministerios Públicos de la región, mas por desconocimiento o inercia de las formas más tradicionales de trabajo que por decisiones explícitas sobre la conveniencia de las mismas.

Un tercer ejemplo se da en el área de administración de las fiscalías. Así, tampoco es posible observar avances relevantes en la profesionalización de la administración de las fiscalías y los servicios de soporte técnico. Buena parte de los Ministerios Públicos de la región siguen siendo fundamentalmente el lugar de trabajo de "juristas", desaprovechando así el conocimiento y experiencia acumulados en otras disciplinas que podrían

Los aspectos relacionados a modo ejemplar se traducen en una fuerte tendencia de los fiscales a reproducir lo que los jueces de instrucción realizaban en el contexto de los sistemas inquisitivos.

aportar una mirada fresca e innovadora en la forma de organizar la gestión del trabajo de los fiscales. El cómo organizar en forma más eficiente el trabajo de un equipo de investigación o procesamiento de información no es una materia en la cual un abogado tenga, por formación profesional, más herramientas que un administrador. Por ello, la falta de incorporación más masiva de estos profesionales en la gestión del Ministerio Público de seguridad es una de

las razones que explica la perpetuación de las formas más tradicionales de organizar el trabajo de los fiscales.

Los aspectos relacionados a modo ejemplar se traducen en una fuerte tendencia de los fiscales a reproducir lo que los jueces de instrucción realizaban en el contexto de los sistemas inquisitivos. Es decir, seguir una pauta homogénea, formalista y burocrática de tramitación de casos destinada como objetivo principal a la construcción del expediente. Ello no sólo tiene impacto en la reproducción de lógicas ineficientes de organizar el trabajo, sino que también se traduce en vulneración de principios básicos del nuevo sistema tales como los de publicidad, oralidad, inmediatez.

B.2. Limitada capacidad para controlar la carga de trabajo

La función más básica que un sistema de justicia criminal debe estar en condiciones de satisfacer es la capacidad de manejar razonablemente los casos que conoce, o bien, hacerse cargo del flujo de casos que recibe. En este sentido, la variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un sistema de justicia criminal es el manejo y el control del flujo de casos que recibe. En la medida que el sistema no desarrolle una política de control del flujo de casos que le permita dominar la carga de trabajo, resulta difícil que pueda operar dentro de parámetros mínimos de racionalidad y calidad. En este sentido, la sobrecarga de trabajo de los sistemas de justicia criminal pareciera ser el principal foco de problemas para el funcionamiento de los mismos. Por estas razones, la mayoría de las reformas procesales establecieron un conjunto de criterios e instituciones que le permitían al Ministerio Público desarrollar una política de control de la carga de trabajo del sistema, con el objetivo de superar la situación que imponía la vigencia irrestricta del principio de legalidad en el contexto de los sistemas inquisitivos. Dentro de las facultades que los sistemas reformados han consagrado se le dieron al Ministerio Público facultades para desechar tempranamente casos recurriendo a diversos criterios de oportunidad (mínima gravedad, retribución natural, etc.), buscar soluciones alternativas al sistema por medio de salidas alternativas (suspensión del proceso a prueba y reparación entre las principales) y sistemas de simplificación procesal destinados a ahorrar trámites del proceso innecesario para ciertos perfiles de casos (procedimiento abreviado, procedimientos por delitos flagrantes, entre otras).

La entrega de estas facultades a los fiscales es lo que, según ya mencionaba en forma precedente, transformaban al Ministerio Público en la llave de entrada del sistema. Sin embargo, la observación del comportamiento de los fiscales en el uso de las herramientas descritas da cuenta que el Ministerio Público las ha sub-utilizado, particularmente a los mecanismos de descongestión temprana (criterios de oportunidad) y salidas alternativas. El cuadro número tres contiene un resumen con el porcentaje de casos en los que se utilizan ambas herramientas en nueve países de la región.

Cuadro N° 3 ⁴⁰
Uso de salidas alternativas y facultades discrecionales del Ministerio Público

País	% en que se usan
Bolivia	40 %
Argentina (Córdoba)	1 %
Costa Rica	64 %
Chile	75 %
Ecuador	2 %
El Salvador	26 %
Honduras	8 %
Guatemala	4 %
Paraguay	10 %

Según se puede apreciar, con la excepción de Chile y Costa Rica, el ejercicio de estas herramientas en el resto de los países es extremadamente bajo⁴¹. El impacto de esto ha sido que los sistemas reformados han debido trabajar con una gran cantidad de casos abiertos sin que los fiscales efectivamente puedan realizar en aquéllos actividades productivas de investigación. Ello ha reforzado el tratamiento burocrático de los casos y la reproducción en la lógica de tramitación que se les daba en los sistemas inquisitivos, a la vez que ha impedido que el nuevo sistema pueda priorizar su trabajo en los delitos socialmente más relevantes y en aquellos que el sistema tiene efectivas posibilidades de investigación. Así, la imagen común de un fiscal en la región será con una gran cantidad de casos abiertos al mismo tiempo, muchos de los cuales no tienen posibilidades reales de ser resueltos o socialmente no resulta útiles perseguir criminalmente y que, no obstante ello, le generan diariamente al fiscal o a la policía una carga de trabajo que copa su tiempo y, además, produce una sensación de agobio que impide avanzar con rapidez en aquellos casos en que el sistema sí tendría posibilidades concretas de hacerlo.

⁴⁰ Fuente: Informes Proyecto de Seguimiento. En el caso de Chile se ha utilizado Boletín Estadístico del Ministerio Público 2003. Se incluyen suspensiones del proceso a prueba, acuerdos reparatorios y el uso de criterios de oportunidad. No se incluyen procedimientos abreviados.

⁴¹ Debe señalarse que en los casos de Ecuador y Córdoba en Argentina el bajo porcentaje no sólo se explica por problemas en el Ministerio Público sino debido a que la legislación en ambos países entrega limitadas facultades a los fiscales para seleccionar su carga de trabajo en comparación con el resto de países contenidos en el cuadro.

Hay varias hipótesis que explican los bajos porcentajes mencionados. Me interesa detenerme en una de ellas. Muchos Ministerios Públicos de la región no han sido capaces de romper la dinámica burocrática de evaluación o más bien la inexistencia de una evaluación temprana de los casos que reciben, que fue heredada de la lógica de los sistemas inquisitivos anteriores a los procesos reformados. Es necesario recordar que en estos normalmente existían versiones bastante extremas del principio de legalidad procesal, según las cuales los órganos de persecución penal no podían interrumpir o suspender tempranamente la persecución penal. En dicho escenario todo caso ingresado era procesado por el sistema y recibía algún tipo de tramitación relativamente extendida en el tiempo. Algo similar ha ocurrido en muchos países de la región en los procesos reformados, pero en el contexto de sistemas que sí han contemplado excepciones importantes al principio de legalidad. Así, la evaluación temprana de casos parece no constituir una función crucial del trabajo de los fiscales, ni tampoco para la cual existan procesos específicos de trabajo diseñados con el propósito de realizarla de forma eficaz. Lo mismo ocurre con el trabajo para dar lugar a salidas alternativas tales como las suspensiones del proceso a prueba o acuerdos reparatorios. En cambio, allí donde esta función se ha especializado y el Ministerio Público ha establecido como objetivo prioritario la selección de casos, los resultados del sistema han mostrado notables aumentos en el ejercicio de estas facultades. Así, por ejemplo, en el caso chileno durante el primer año de funcionamiento, las tasas de desestimación de casos fueron relativamente bajas en comparación con lo acaecido el segundo y tercer año. La explicación básica de ese cambio obedece a la introducción de diversos mecanismos de evaluación y la decisión temprana de casos que no estaban previstos por el Ministerio Público cuando la reforma se puso en marcha. Ello se tradujo en un aumento significativo de casos desestimados y una rebaja muy importante de casos pendientes en manos de los fiscales⁴².

B.3. Limitado cumplimiento de la función de promoción y protección de los derechos de las víctimas

Una tercera área de problemas específicos que ha enfrentado el Ministerio Público para cumplir con las expectativas básicas de su reforma se vincula con sus nuevas fun-

ciones respecto a las víctimas de los delitos. No obstante haberse producido avances muy significativos en materia de diseño normativo de derechos a favor de las víctimas, todavía es posible constatar que el Ministerio Público no se ha convertido en un actor muy vigoroso en la promoción y protección de los mismos.

Una primera cuestión que es posible constatar en el área, es la falta de una institucionalidad en el Ministerio Público que se encargue de diseñar y ejecutar políticas en materia de promoción y protección de los derechos de las víctimas. Salvo contados casos -y con problemas de cobertura territorial- son pocos los Ministerios Públicos que cuentan con algún tipo de institucionalidad especializada en la materia. Esta situación se refleja también en la falta de programas concretos de intervención, como por ejemplo de información de las víctimas o protección a las mismas.

Frente a la falta de institucionalidad, operativamente el vínculo con las víctimas queda en manos de los fiscales. En este nivel también se detectan varios problemas. En primer lugar, los fiscales no perciben que las víctimas constituyen "clientes" respecto de quienes deben considerar su opinión para tomar decisiones acerca de la persecución penal de los casos. En segundo lugar, muchas veces tener un rol activo en la promoción de los derechos de las víctimas entra en conflicto con la lógica de persecución penal y, esta última, prima finalmente en caso que hubiera una contraposición de intereses dejando a la víctima completamente insatisfecha respecto de sus pretensiones. Esto obedece no sólo a la falta de sensibilización de los fiscales respecto a la comprensión de los problemas de las víctimas sino también debido a que normalmente la evaluación de su trabajo se medirá por resultados en la persecución penal más tradicional. Un ejemplo típico donde se generan dinámicas de este tipo es tratándose de casos en los que fiscales privilegian la persecución penal por sobre el término del caso utilizando mecanismos de reparación a favor de la víctima argumentando interés público por sobre la voluntad de esta última.

...uno de los problemas centrales que se observa es la falta de capacitación de los fiscales que les permita sensibilizarse respecto de las necesidades de las víctimas...

En este escenario, uno de los problemas centrales que se observa es la falta de capacitación de los fiscales que les permita sensibilizarse respecto de las necesidades de las víctimas, como también la falta de políticas institucionales que pongan dicho tema como una cuestión de relevancia en

⁴² Una explicación detallada de esto con indicación de las cifras concretas puede revisarse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Op. Cit. págs. 91 a 96.

el trabajo de los fiscales. Esta sensibilización no significa sólo cuestiones abstractas o puramente discursivas acerca de la importancia de la víctima, sino que el diseño de incentivos concretos, como por ejemplo evaluación de desempeño, asociados al logro del objetivo de satisfacción real de los intereses específicos de la víctima en el proceso.

B.4. Ministerio Público y Policía: problemas de coordinación y definición de funciones

Las relaciones entre Ministerio Público y Policía constituyen otro aspecto problemático en el cumplimiento de funciones de parte del Ministerio Público. La coordinación entre ambas instituciones es un factor crítico para la implementación exitosa del nuevo sistema y el cumplimiento de las funciones básicas de los fiscales en el nuevo proceso. No obstante lo anterior, en varios países de la región las relaciones entre éstas son, al menos, deficientes lo que, a su vez, genera problemas en la consolidación de la dinámica del nuevo proceso. Las causas de esta situación son variadas y complejas, pero me interesa enfatizar algunos problemas específicos que presenta la relación Policía-Ministerio Público que requieren ser confrontados en el trabajo futuro en esta materia. Antes de ello me interesa destacar que este problema presenta dimensiones vinculados tanto a las funciones procesales del Ministerio Público como a cuestiones de carácter institucional. Con todo, he preferido reservar su análisis en esta sección para enfatizar el impacto del problema en el asentamiento del nuevo modelo procesal en la región.

La policía tradicionalmente no ha sido objeto de preocupación por parte de los académicos y reformas en América Latina⁴³. Además, es una institución casi desconocida para la sociedad, difícil de entender para quienes no tienen una relación cercana con el mundo policial. Esta falta de conocimiento explica en buena medida la existencia de una brecha entre el “mundo policial” y el “mundo civil” que se fortaleció durante los períodos de gobiernos no democráticos en la América Latina. La consecuencia de esto es que la reforma a la justicia criminal en la región no ha incorporado reformas significativas en la organización policial sino en casos muy específicos⁴⁴. Más aún, en

los casos en que las relaciones entre la policía y el Ministerio Público han sido reguladas normativamente en los nuevos códigos procesales penales, ello ha sido en términos bastante ambiguos generado serios problemas para la coordinación entre ambas instituciones. A este respecto uno de los aspectos problemáticos ha sido el significado de “dirección funcional” del Ministerio Público sobre la policía para los efectos de la investigación preliminar. Así, la policía ha argumentado que esta dirección entra en conflicto con la cadena de mando institucional y, por otra parte, que ellos no son una institución que se encuentre bajo la dependencia del Ministerio Público⁴⁵. En el otro extremo, muchos fiscales entienden que tal dirección les da un poder total sobre el trabajo policial sin considerar la experticia de los investigadores policiales o incluso se cree que ello los autoriza a sustituir el trabajo de los mismos por vía de asumir la investigación criminal como una función propia.

Todos estos problemas se han traducido en el funcionamiento concreto del sistema en una incomprensión y falta de comunicación entre ambas instituciones. Es así como los programas de capacitación del Ministerio Público regularmente no incluyen las nociones más básicas acerca de técnicas, herramientas y estrategias utilizadas por la policía en las investigaciones criminales que les permita comprender la lógica del mundo policial y las dificultades que enfrenta el trabajo concreto de los policías. Los programas de capacitación policial tampoco se caracterizan por desarrollar habilidades y destrezas que les permitan a sus agentes establecer relaciones constructivas con los fiscales. En este escenario, es difícil esperar una efectiva y coordinada relación.

Todos estos problemas se han traducido en el funcionamiento concreto del sistema en una incomprensión y falta de comunicación entre ambas instituciones.

Las problemáticas relaciones entre el Ministerio Público y la Policía me parecen también pueden ser entendidas como un resultado de la tensión generada por el surgimiento de un nuevo actor institucional que comparte el poder que la policía solía tener en el antiguo sistema y, tal vez más importante, un actor que tiene como uno de sus objetivos centrales el control del trabajo policial. No obstante las reglas formales que establecen que a los jueces de instrucción les correspondía un importante control de la actividad poli-

⁴³ En este mismo sentido véase, entre otros, Alberto Binder, Ob. Cit., pág. 82; Maximiliano Rusconi, "Reformulación de los Sistemas de Justicia Penal en América Latina y Policía: Algunas Reflexiones", en Pena y Estado N°3, 1998, págs. 189 y 190; y Mauricio Duce y Felipe González, "Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su Función y Organización", en Pena y Estado N° 3, 1998, págs. 51 a 53. En este último se sugiere que una de las razones de esta falta de preocupación ha sido un entendimiento excesivamente formalista del proceso penal como un conjunto de trámites y plazos de carácter judicial de acuerdo al cual sólo los procedimientos judiciales son considerados parte del objeto de estudio del proceso penal por parte de los juristas.

⁴⁴ Una excepción paradigmática está constituida por el caso de El Salvador, donde una nueva fuerza policial ha sido creada. Sin embargo, la creación de este nuevo cuerpo policial es el resultado de la implementación de los acuerdos de paz y no un producto del nuevo sistema de justicia criminal implementado en ese país recientemente. Sobre la nueva policía de El Salvador puede verse Gustavo Palmieri, "Reflexiones y Perspectivas de la Reforma Policial en El Salvador", en Pena y Estado N° 3, 1998, págs. 313-340.

⁴⁵ Al respecto ver Linn Hammergen, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America*, Westview Press, 1998, pág. 275.

cial en la investigación de los delitos, la policía en la región había desarrollado amplios espacios de autonomía en la práctica del sistema inquisitivo.

En este complejo escenario, el Ministerio Público ha carecido de sensibilidad para acercarse adecuadamente a las policías y desarrollar relaciones constructivas para llevar adelante el trabajo de investigación criminal. En muchos casos el propio Ministerio Público no tiene claridad acerca de los roles y funciones y de la correcta división de labores que debe haber entre fiscales y policías. El Ministerio Público tiene que comprender que quien realiza por regla general las actividades de investigación concreta por razones de experticia profesional, cobertura territorial y medios disponibles es la policía. Debe también entender que hay una experticia que los policías disponen que debe ser aprovechada para el potenciamiento de la persecución penal. Por otra parte, debe ser capaz de mostrarle a la policía que sin una coordinación con su trabajo, los resultados de sus investigaciones sirven de poco o nada. En este sentido, los fiscales del Ministerio Público juegan un rol clave en el nuevo modelo procesal al actuar como verdaderas bisagras entre el mundo policial y judicial, o sea, como un puente de plata para transformar la información obtenida en la investigación policial en un caso judicialmente sustentable y ganable. El Ministerio Público tiene una posición privilegiada en el diseño de los nuevos modelos procesales para superar el abismo existente entre ambos mundos. Con todo, la experiencia de varios países de la región indica que no ha sido suficientemente fuerte para asumir con protagonismo tal función, ni tampoco ha tenido la claridad para comprender adecuadamente que en dicha función se concentran sus principales fortalezas en relación con el trabajo policial.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Los procesos de reforma a los sistemas de justicia criminal en América Latina aún se encuentran en etapa de asentamiento, lo mismo con los cambios experimentados por el Ministerio Público. En este contexto, el objetivo central de este trabajo ha sido el de realizar una identificación preliminar de los problemas que éste ha enfrentado hasta el momento, para satisfacer las expectativas que justificaron estos con el propósito de contribuir al desarrollo de

un debate sobre los mismos y de guiar futuras actividades de investigación que nos permitan profundizar en sus causas y posibles soluciones.

Como conclusión, me parece posible afirmar que los fiscales han tenido diversos problemas para enfrentar y satisfacer parte de las demandas básicas que han justificado la reforma procesal y los cambios experimentados en su propia institucionalidad. Con todo, no debe confundirse este diagnóstico crítico con una situación de incumplimiento absoluto de objetivos. Por el contrario, los informes nacionales del Proyecto de Seguimiento de las Reformas Judiciales en América Latina junto con mostrar varios de los problemas reseñados en este trabajo también dan cuenta de múltiples experiencias exitosas en áreas específicas de actuación de los fiscales. Así, hay varios casos en los que han desarrollado experiencias muy exitosas de trabajo en equipos entre fiscales y policías, en el establecimiento de sistemas de evaluación temprana de denuncias, en la creación de oficinas especializadas para la protección de víctimas, en la introducción de criterios modernos de administración, entre otras muchas que resulta dificultoso enumerar con detalle en este trabajo.

...me parece posible afirmar que los fiscales han tenido diversos problemas para enfrentar y satisfacer parte de las demandas básicas que han justificado la reforma procesal penal y los cambios experimentados en su propia institucionalidad.

En este contexto, los Ministerios Públicos de América Latina deben profundizar las líneas de trabajo en donde se han logrado implementar programas exitosos de acción.

Ello parte, en primer lugar, por un cambio muy relevante en la orientación al trabajo. Como se señalaba con anterioridad, sin una capacidad importante para producir información empírica confiable acerca del funcionamiento del sistema y sin que esa capacidad se construya pensando en la solución de problemas concretos de la institución será imposible pensar que a corto plazo los problemas descritos puedan superarse. Pero junto con ello debe tenerse claridad acerca de cuáles son los objetivos más relevantes que la institución está llamada a cumplir en el contexto de un sistema acusatorio y en un proceso de transformación como lo han sido las reformas experimentadas en la región en los últimos años.

Ambas cuestiones exigen liderazgo y capacidad de innovación en los Ministerios Públicos que no han estado presentes hasta ahora. Aquí se presenta en mi opinión el gran desafío que exige la etapa actual del proceso de reforma a la justicia criminal en la región. ■

EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Apuntes preliminares respecto a su implementación

Julio C. Espinoza Goyena

*Secretario Técnico de la Comisión de Alto Nivel
- Código Procesal Penal 2003 - 2004.*

jeg@proyectorpp.org



Last July 29 saw the publication of Peru's new Criminal Procedure Code in the official newspaper, *El Peruano*, along with Legislative Decree 958, which regulates the implementation and duration of the code. This article describes the reform process in Peru, which has been the object of debate among the country's most renowned jurists and in the community for nearly one year.

I. ANTECEDENTES

El pasado 29 de julio fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* el nuevo Código Procesal Penal así como el Decreto Legislativo 958, que regula el proceso de implementación y transitoriedad de este nuevo cuerpo normativo. Ello en virtud a la autorización brindada por la Ley 28.269, que delegaba en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante Decreto Legislativo un nuevo Código Procesal Penal, las normas de implementación así como cualquier otro asunto en materia procesal penal¹.

Según señala el dictamen de la Comisión de Justicia que aprobó la referida Ley 28.269, este método legislativo, el de la delegación de facultades, se explica por tratarse de normas de gran extensión y de un contenido especializado. En efecto, el Anteproyecto de Código Procesal Penal elaborado por la Comisión Especial de Alto Nivel creada mediante Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, cuenta con 566 artículos, distribuidos en siete libros.

Es fácil advertir que tiene un contenido altamente complejo que ha requerido de una discusión especializada por cerca de un año, en la que han participado los más destacados juristas de nuestro país.

Además, es necesario tener en cuenta que el Código Procesal Penal aprobado vía Decreto Legislativo ha sido debidamente sometido a consideración de la opinión de la ciudadanía, pues su primera versión de fecha noviembre de 2003 fue publicada con la finalidad de recibir las observaciones y críticas de todos los sectores. En ese sentido, es pertinente señalar que, desde el mes de diciembre de 2003 hasta el mes de abril de 2004 la Comisión de Alto Nivel recibió y discutió cada una de las observaciones formuladas por diversas instituciones del Estado y de la sociedad civil, incluyendo a CERIAJUS, que en su informe final ha apoyado también la aprobación del nuevo Código Procesal Penal.

Sin lugar a dudas se ha dado un paso importante en el camino hacia un nuevo modelo de jus-

¹ Como antecedentes, debe tenerse en cuenta que mediante delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo han sido aprobados en nuestro país el Código Civil, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, el Código Penal, el Código de Ejecución Penal, el Código Procesal Civil y el Código Tributario.

ticia penal². Sin embargo, la experiencia de los últimos años en nuestro país nos ha enseñado que la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal -con todas las complejidades jurídicas, políticas e institucionales que ello conlleva- constituye sólo el primer peldaño de todo un proceso de reforma que empezamos a caminar y en el que el proceso de implementación resulta decisivo.

II. EL MODELO PROGRESIVO DE VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO

El modelo de implementación que se ha establecido en nuestro país, conforme lo indica la primera disposición final del nuevo Código, es el progresivo (“...el Código Procesal Penal entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales...”).

Esta opción gradual sigue fundamentalmente la experiencia chilena de los últimos años en materia de reforma procesal³. Sin embargo, es preciso recordar que ya el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995⁴ proponía el modelo de aplicación gradual del nuevo Código⁵.

Entre las principales motivaciones que justifican seguir el modelo de la progresividad podemos señalar las siguientes:

Razones económicas: la implementación del nuevo sistema procesal penal implica, en términos económicos, una inversión importante por parte del Estado, por lo que, dadas las circunstancias del erario nacional, resulta más conveniente dividir ese costo en diferentes etapas. De este modo, el fraccionamiento de la implementación conllevará, al mismo tiempo, el fraccionamiento del presupuesto estatal necesario. En efecto, sin perjuicio de un análisis preciso de la cuestión, existen ya suficientes elementos de juicio como para considerar que el proceso de aplicación progresiva durará en el mejor de los casos cuatro años.

El modelo de implementación que se ha establecido en nuestro país, conforme lo indica la primera disposición final del nuevo Código, es el progresivo.

Razones técnicas: el nuevo Código implica no sólo un cambio normativo de procedimiento sino también un cambio en las formas de trabajo de los operadores del sistema. Ello requiere de un complejo y adecuado proceso de reingeniería en el que el enfoque multidisciplinario resulta fundamental.

Asimismo, dadas las características propias del nuevo modelo es previsible que sus primeros pasos presenten dificultades que deben ser resueltas y asimiladas de manera inmediata, de manera tal que pueda evitarse poner en jaque el nuevo sistema. A este respecto resulta interesante una encuesta de opinión realizada entre jueces, fiscales y abogados en ejercicio, en diciembre pasado, según la cual el 78% de los encuestados opinaba que el nuevo Código debe ser puesto en vigencia de manera progresiva en algunos distritos judiciales. Sólo el 12% consideraba que debía entrar en vigencia de manera inmediata en todo el país⁶.

Razones culturales: la gradualidad de la implementación permitirá a los actores desarrollar un adecuado proceso de aprendizaje. Allí donde el sistema importe un gran cambio cultural, el que exista un tiempo de adecuación y aprendizaje de las nuevas prácticas que el modelo conlleva, juega sin duda a favor de la instauración efectiva de los objetivos y principios que la reforma ofrece⁷.

Siguiendo esa línea de ideas el Decreto Legislativo 957 establece que el nuevo Código entrará a regir según la progresividad siguiente:

- El 1 de febrero de 2006 en el Distrito Judicial designado para el inicio de la vigencia del nuevo Código.
- En los demás Distritos Judiciales del país el Código Procesal Penal entrará en vigor de manera posterior, conforme al calendario oficial correspondiente que será aprobado por Decreto Supremo. La Comisión consideró que la defini-

² Conforme señala la exposición de motivos de este nuevo texto normativo, luego de más de seis décadas de vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 asistimos al momento de renovación de dicho cuerpo normativo siendo éste el momento culminante de una etapa importante del proceso de reforma de la justicia penal que en nuestro país lleva cerca de quince años. En este lapso, marcado por una serie de avatares políticos, sociales y económicos, han ocurrido hasta dos intentos fallidos de reforma de la legislación procesal. En 1991 sólo pudo entrar en vigencia parcial el Código Procesal Penal pues su aplicación íntegra fue sometida a vacatio legis que se extendió por tiempo indefinido. Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se publicó el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, texto que, luego de la discusión parlamentaria, fue aprobado en el Congreso pero observado por el Poder Ejecutivo en octubre de 1997 y finalmente dejado en el olvido. Desde aquel entonces la reforma del proceso penal peruano ingresó en un periodo de letanía que se prolongó hasta el año 2003 en que, ahora ya en democracia, el Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel mediante Decreto Supremo N° 005-2003-JUS del 14 de marzo de 2003 cuyo propósito fue proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del nuevo Código Procesal Penal. Esta Comisión presidida por el señor ministro de Justicia, estuvo integrada por César San Martín Castro, Rocío Montero Lazo, Rafael Donaire Otárola, Manuel Catacora González, Pablo Talavera Elguera, Pablo Sánchez Velarde, Daniel Caballero Cisneros, Víctor García Toma, Jorge Santistevan de Noriega, Jorge Villegas Ratti, Ricardo Váscones Vega, Carlos Caro Coria y Fidel Rojas Vargas.

³ A diferencia de la opción seguida en países como Bolivia, Ecuador o Venezuela en los que el cambio de código se produjo de manera inmediata en todo el país, en Chile el nuevo código se aplicó de manera gradual, lo que implica la entrada en vigencia del nuevo sistema por etapas sucesivas en el tiempo, en determinadas regiones del país, y respecto solo de los casos nuevos.

⁴ Publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de abril de 1995.

⁵ En efecto, la novena disposición transitoria del Proyecto de 1995 establecía que: "...La vigencia del Código Procesal Penal ésta sujeta a la progresividad siguiente: 1. El Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional determinarán coordinadamente, programas de aplicación especial del Código Procesal Penal, fijando un calendario que comprenda Distritos Judiciales y, en su caso, proyectos piloto; 2. La aplicación total del Código Procesal Penal en los Distritos Judiciales o en las zonas o áreas designadas para la ejecución del proyecto piloto, se iniciará en una primera etapa a los ciento veintidós días de publicado el Código. La vigencia del Código a todo el país se producirá indefectiblemente dentro de los nueve meses de su publicación; 3. El cronograma, una vez coordinado y establecido por las indicadas instituciones, será probado por Decreto Supremo del Sector Justicia...".

⁶ Encuesta de opinión realizada el 5 de diciembre de 2003 por GTZ Cooperación Técnica Alemana.

⁷ Santelices, Fernando, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Hacia un nuevo proceso penal peruano, Lima, 3 al 5 de diciembre de 2003.

ción del calendario posterior debía hacerse vía Decreto Supremo en tanto ese tipo de norma resultaba la más flexible para este fin. Téngase en cuenta que las exigencias materiales de la implementación del nuevo Código pueden determinar que el calendario inicial que se ponga deba estar sujeto a modificaciones.

- El Distrito Judicial de Lima será el lugar donde culminará la aplicación progresiva del Código. La explicación de esta pauta salta fácilmente a la vista si es que tenemos en cuenta que Lima, en tanto capital, es el Distrito Judicial de mayor complejidad⁸.

Sin perjuicio de lo antes señalado, esto es, de la *vigencia progresiva total* del nuevo Código, es necesario tener en cuenta que también se ha establecido, de manera paralela, un sistema de *vigencia progresiva parcial* que, según señalan los numerales 4° y 5° de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 957, seguirá la siguiente cronología:

- A los noventa días de publicación de la norma, esto es, el 29 de julio de 2004, entrarán a regir en todo el país los artículos 205 al 210, relacionados con el otorgamiento de facultades policiales vinculadas al control de identidad, video-vigilancia y pesquisas.
- El 1 de febrero de 2006, esto es, la fecha en que inicie la vigencia de todo el texto del Código en el Distrito Judicial por designarse, también entrarán en vigor, simultáneamente y en todo el país las siguientes normas del nuevo Código: artículos 468 al 471, relativos al procedimiento de terminación anticipada; Libro Séptimo, "Cooperación Judicial Internacional"; las normas que regulan los plazos de la prisión provisional y detención domiciliaria, y las disposiciones modificatorias.

En síntesis, el cuadro general de vigencia del nuevo Código será el siguiente:

FECHA	ARTICULOS	LUGAR
A los 90 días de publicación	205 al 210 (Control de identidad, video-vigilancia y pesquisas)	Todo el país
1 de febrero de 2006	Texto íntegro del CPP	Distrito judicial inicial (Por designar)
1 de febrero de 2006	468 al 471 (Terminación anticipada) Libro Séptimo (Cooperación Judicial Internacional) Plazos de prisión preventiva y detención domiciliaria. Disposiciones modificatorias y derogatorias.	Todo el país

III. EL PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN

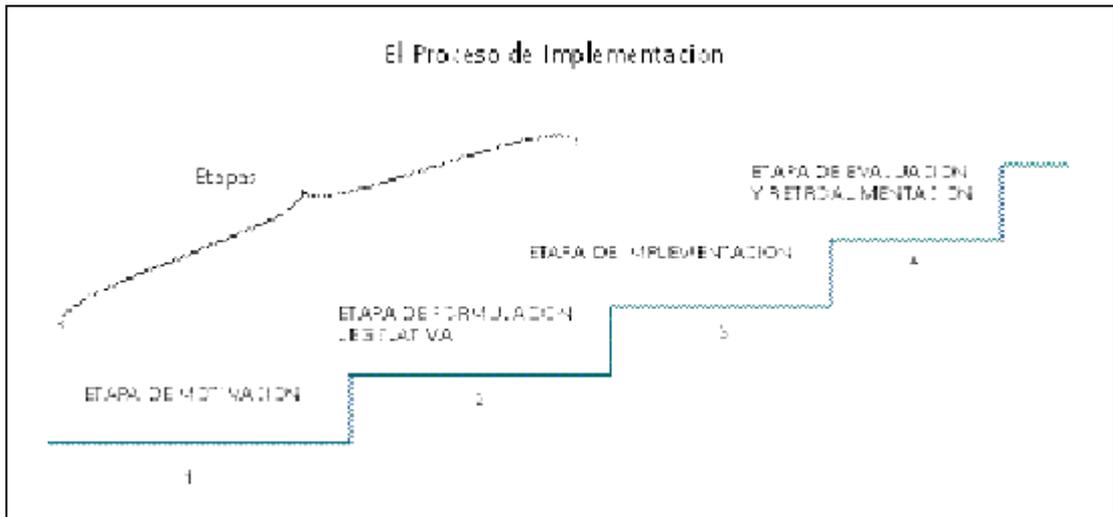
La reforma de la Justicia Penal es un proceso complejo que comprende varias etapas entre las que, sólo con fines metodológicos, podemos distinguir las siguientes: etapa de motivación, etapa de formulación legislativa, etapa de implementación y etapa de evaluación y retroalimentación.

Nuestro país ya ha recorrido las dos primeras, pues ya tenemos el marco legal necesario. Sin embargo, resulta claro que el cambio de modelo de enjuiciamiento penal no se agota en lo meramente normativo, sino que más bien implica un cambio estructural a la vez que cultural y que por lo mismo no podrá realizarse de la noche a la mañana. En esa línea, el proceso de implementación tiene como objetivo general facilitar y garantizar la correcta, eficiente y eficaz aplicación del nuevo Código, a través de la formulación y ejecución de un Plan Nacional de Implementación; así como establecer los mecanismos de evaluación y seguimiento del mismo⁹.

Es dentro de ese orden de ideas y con ese propósito, que el Decreto Legislativo 958 crea la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, como ente encargado de la conducción y coordinación del proceso de implementación de la reforma procesal penal, integrada por cinco miembros representantes del Ministerio de

Sin perjuicio (...) de la vigencia progresiva total del nuevo Código, (...) también se ha establecido, de manera paralela, un sistema de vigencia progresiva parcial...

⁸ Comprende las provincias de Lima, Huarochirí y Oyón. La población es de 5.250.607 de habitantes y la extensión territorial es de 7.471 Km.
⁹ Aspectos básicos para la implementación del nuevo código de procedimiento penal, República de Bolivia. Ministerio de Justicia de Bolivia. 1998



Justicia, quien la presidirá, del Ministerio de Economía y Finanzas, del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Ministerio del Interior. Dicha comisión tendrá las siguientes atribuciones:

- Concretar las políticas institucionales para la adecuada implementación del nuevo Código en el Distrito Judicial que se designe como el inicial.
- Diseñar la propuesta específica del Plan Inmediato de Implementación.
- Elaborar el calendario oficial de aplicación progresiva del Código.
- Formular los anteproyectos de normas que sean necesarios para la transferencia de los recursos presupuestarios a que hubiere lugar.
- Establecer, en coordinación con las entidades concernidas, los programas anuales de adecuación, provisión de recursos materiales y humanos que permitan la ejecución de los Planes de Implementación progresiva del Código, y proponer los proyectos de reforma legal que el caso requiera.
- Concordar, vigilar y efectuar un seguimiento de la ejecución de los planes y programas de implementación *intra* e interinstitucionales.
- Diseñar los programas de capacitación de corto, mediano y largo plazo en cada una de las instituciones involucradas.

Una de las más razonables interrogantes que se hace la comunidad jurídica es en dónde se iniciará la aplicación del nuevo Código...

Como podrá advertirse esta etapa comprende una serie de aspectos, muchos de ellos extra jurídicos, que hacen de ésta una de las más difíciles, más aún, si tenemos en cuenta que en nuestro país y en general en América Latina no existe una base de estudios empíricos suficientes como para dotar de pilares más firmes a la planificación.

De otro lado no debe perderse de vista, como bien lo ha señalado Alberto Binder, que esta etapa no está libre de 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 similares¹⁰. Así, por ejemplo, la reacción inmediata de los sectores vinculados a la Policía ha generado una serie de críticas al nuevo Código cuyo denominador común es “ahora no nos salva nadie”...la intervención de la fiscalía como conductora del proceso investigatorio generará un aumento inmediato en las tasas de delitos¹¹.

IV. ¿DÓNDE SE INICIARÁ LA VIGENCIA DEL CPP?

Una de las más razonables interrogantes que se hace la comunidad jurídica es en dónde se iniciará la aplicación del nuevo Código, más aún si es que tenemos en cuenta que el Código Procesal Penal no dice nada al respecto. Como podrá advertirse, la respuesta a esta interrogante contiene un alto grado de complejidad que exige, en primer término, establecer cuáles serán los criterios o

¹⁰ Binder, Alberto, Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, Ad hoc, Buenos Aires, 2000, p.47.
¹¹ Roca Leoni, "Cuidado con el Código Procesal Penal", en Diario Correo, Lima, 3 de agosto de 2004.

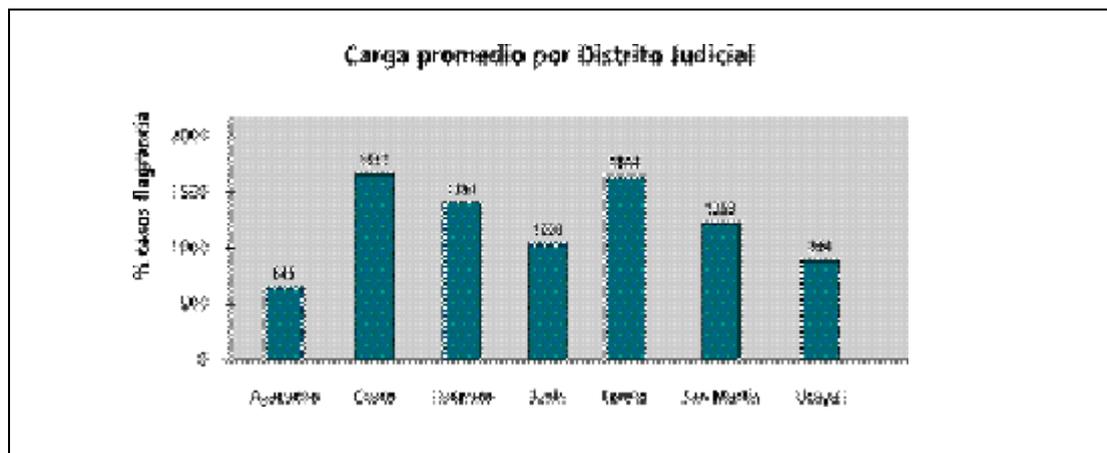
factores a tener en cuenta para elegir la sede del distrito judicial de inicio. Sin perjuicio de un mayor análisis, es posible tener en cuenta como criterios definidores los siguientes: infraestructura, recursos humanos, logística, cercanía a la capital, densidad poblacional, índice delictivo, carga procesal. Si bien es cierto que ni el Código ni el Decreto Legislativo 958 -que regula el proceso de implementación- resuelven esta interrogante, son conocidas algunas propuestas institucionales planteadas en los últimos meses.

En primer término, la propuesta del Ministerio Público según la cual el nuevo Código debe empezar a aplicarse en el Distrito Judicial del Callao¹². Las consideraciones que sustentan este planteamiento pueden resumirse en las siguientes: infraestructura adecuada, cercanía a la capital, carga procesal promedio¹³. Una mirada panorámica de la carga procesal existente en el Distrito Judicial del Callao puede apreciarse en el siguiente cuadro correspondiente al año 2003:

FISCALÍA	Total Denuncia	ESTADO DE LA DENUNCIA					
		Formalizado	Archivo		Investigación		Pendiente
			Definitivo	Provisional	PNP	Fiscalía	
1°FPP-CALLAO	644	366	127	35	39	32	0
2°FPP-CALLAO	608	311	85	14	82	90	0
3°FPP-CALLAO	658	377	108	36	66	35	1
4°FPP-CALLAO	631	327	83	15	92	109	4
5°FPP-CALLAO	654	304	100	35	94	90	1
6°FPP-CALLAO	656	369	139	26	70	26	6
7°FPP-CALLAO	663	377	123	48	71	22	3
8°FPP-CALLAO	657	333	113	25	80	39	55
9°FPP-CALLAO	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	5171	2764	858	234	594	443	70

Otra de las propuestas planteadas es la del Poder Judicial, que propone como sedes de inicio las provincias de Cañete, Huaura y con mayor énfasis Ayacucho. Entre otras consideraciones, puede

tenerse en cuenta que en dicha sede la carga procesal sería más manejable, conforme se apreciará en el siguiente cuadro:



Según un primer estudio reciente realizado por Iris Center, los Distritos Judiciales con mayor carga procesal no son sedes propicias para la implemen-

tación del plan piloto debido a que requieren mayor trabajo de depuración y descarga para alcanzar niveles óptimos de trabajo¹⁴.

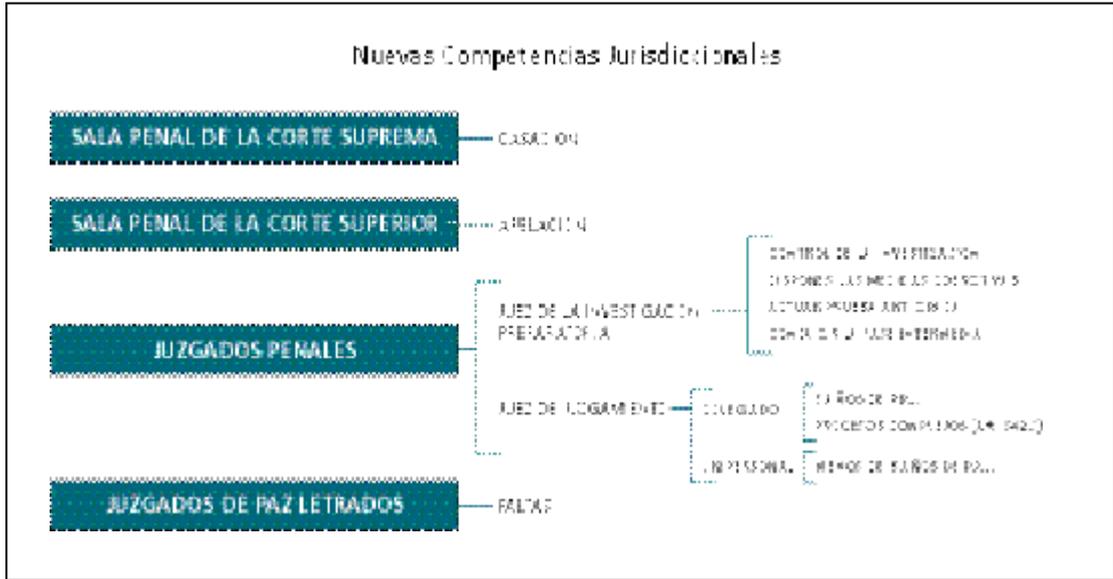
¹² Informe presentado a la Comisión de Presupuesto del Congreso de la República por la Fiscal de la Nación el 7 de octubre de 2003.

¹³ Según información brindada por la Gerencia General del Poder Judicial, la Corte Superior del Callao registró un ingreso de 13.254 expedientes en giro a las salas y juzgados penales y mixtos durante el año 2003 y además, cuenta con dieciséis dependencias judiciales que conocen asuntos penales: tres salas penales, once juzgados penales y dos juzgados mixtos. Asimismo, dicha sede judicial cuenta en la actualidad con un módulo corporativo penal y un módulo de justicia en Ventanilla.

¹⁴ Iris Center, Evaluación de la situación de siete Distritos Judiciales como posible sede del Plan Piloto para la implementación del nuevo Código Procesal Penal, Lima, mayo 2004.

No obstante dichas propuestas, debe contemplarse la posibilidad de que el inicio de la aplicación del nuevo código se realice inclusive en más de un distrito judicial a la vez, debiéndose tener en cuenta para ello que la distribución de competencias de los órganos jurisdiccionales sufre cambios

importantes con el nuevo Código, sobre todo en el ámbito de los Juzgados de la Investigación Preparatoria y de los Juzgados de Juzgamiento (unipersonales o colegiados), conforme podrá observarse en el siguiente gráfico:



V. LA LIQUIDACIÓN DE CAUSAS DEL SISTEMA ANTERIOR

Este modelo de implementación gradual implica la entrada en vigencia del nuevo sistema en diferentes etapas, esto es, en determinadas fechas y en ciertos distritos judiciales del país, respecto sólo de los nuevos casos que ingresen al sistema. De esta forma, conviven durante un determinado tiempo dos sistemas de enjuiciamiento criminal distintos: el del Código de Procedimientos Penales de 1940 y el del nuevo Código Procesal Penal.

Atendiendo a dicha situación el Decreto Legislativo 958 propone lo siguiente:

- Dos meses antes de la vigencia del Código en el Distrito Judicial o Distritos Judiciales que correspondan, previa coordinación, el Poder Judicial y el Ministerio Público designarán jueces y fiscales que continuarán, a partir de su vigencia, el trámite de las causas según el régimen procesal anterior.
- Dos semanas antes de la entrada en vigencia del Código deberán remitirse los procesos en trámite a dichos Juzgados y Fiscalías.

- Para estos efectos, los Órganos de Gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público dictarán las directivas correspondientes para la correcta ordenación del traslado de expedientes.

Más allá de las implicancias administrativas y de procedimiento que la liquidación de causas genera, este aspecto del proceso de implementación trae consigo otro vinculado a los recursos humanos que es necesario considerar. Me refiero a la distinción o más precisamente selección que el sistema debe hacer entre jueces viejos y jueces nuevos, esto es, la clasificación de los jueces que se encargarán de seguir conociendo los procesos que se encontraban en trámite con la legislación anterior al momento de entrar en vigencia el nuevo código. Es fácil advertir que la expectativa de los magistrados estará centrada principalmente en integrarse al nuevo modelo y no seguir ni siquiera como jueces liquidadores.

Otra de las disyuntivas que se generará en este momento tiene que ver con la selección de los jueces que iniciarán la aplicación del nuevo código. ¿Deben ser jueces nuevos? ¿Es importante que el candidato a juez del nuevo Código no haya tenido ninguna experiencia en la magistratura con el

... conviven durante un determinado tiempo dos sistemas de enjuiciamiento criminal distintos: el del Código de Procedimientos Penales de 1940 y el del nuevo Código Procesal Penal.

modelo antiguo para evitar que al nuevo sistema ingrese una mentalidad "contaminada"? ¿Puede un juez de Instrucción con años de experiencia y de carrera pero en el régimen inquisitivo asumir el nuevo rol de juez que le asigna el nuevo Código? Estas interrogantes pueden parecer provocadoras pero tendrán que resolverse llegado que sea el momento.

VI. REFLEXIONES FINALES

Primera: el proceso de implementación es la etapa más compleja, difícil y a la vez decisiva para el éxito de la reforma. La adecuada planificación con el aporte multidisciplinario y empírico serán fundamentales.

Segunda: no debe extrañarnos que durante este período de planificación del cambio surjan sectores conservadores y resistentes al cambio que apuesten y desarrollen estrategias orientadas a hacer fracasar el proceso de reforma.

...el proceso de implementación es la etapa más compleja, difícil y a la vez decisiva para el éxito de la reforma.

Tercera: la decisión respecto de cuál debe ser el distrito judicial donde se inicie la aplicación del nuevo Código debe tener un fundamento pura-

mente técnico que tenga en cuenta los diferentes factores que condicionen la progresividad. Deben evitarse criterios "institucionalistas". Téngase en cuenta que del éxito que se logre en la sede inicial dependerá en gran medida el avance del proceso de cambio en el resto del país.

Cuarta: la capacitación de los operadores es fundamental pues, más que cambio normativo, el modelo acusatorio asumido por el nuevo Código conlleva un cambio cultural en el que debemos progresivamente adquirir nuevos valores, nuevas actitudes, nuevas relaciones.

Un espacio vital para este propósito será el de la formación universitaria, que obviamente también deberá adaptarse a las nuevas exigencias. Según una encuesta de opinión realizada entre estudian-

tes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el 68 % considera que la actual currícula de estudios en el área penal y procesal penal no tiene los contenidos necesarios para un adecuado estudio del nuevo modelo de proceso penal¹⁵. ■

¹⁵ Encuesta de opinión realizada por GTZ Cooperación Técnica Alemana entre el 10 y 11 de junio de 2004 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre una muestra de 288 encuestados.

REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

El Rol del Banco Interamericano de Desarrollo

Julio Faundez

*School of Law
University of Warwick
j.faundez@warwick.ac.uk*

Alan Angell

*St. Antony's College
Oxford University
alan.angell@latin-american-centrere.oxford.ac.uk*



This is a revised version of a 2001 report for the Inter-American Development Bank Office of Evaluation and Oversight. Its principal objective is to evaluate the IDB's strategy in legal and judicial reform on the basis of case studies of Argentina, Colombia, Honduras and Uruguay, which offer a good sample for evaluating the progress of the legal and judicial reform projects that are supported by the IDB.

PREFACIO

Este informe es una versión revisada de un informe que preparamos en el año 2001 para la Oficina de Evaluación del Banco Interamericano de Desarrollo. Las opiniones expresadas en este texto son de responsabilidad de sus autores y no es la intención representar la opinión del BID ni de sus funcionarios. Sin embargo, nos gustaría agradecer a los funcionarios del Banco, tanto en la sede en Washington como en las Oficinas Locales, quienes respondieron a nuestras preguntas, nos dieron documentación y ayudaron a concertar entrevistas.

También estamos en deuda con los abogados, jueces, académicos, políticos y miembros de organizaciones no gubernamentales, quienes generosamente se dieron tiempo para responder a nuestras preguntas y aclarar las dudas.

Desde principios de la década de los noventa, prácticamente todos los países en la región han establecido programas de reforma legal y judicial.

I. INTRODUCCIÓN

1. Desde principios de la década de los noventa, prácticamente todos los países en la región han establecido programas de reforma legal y judicial.

Tres factores han impulsado este proceso: las nuevas políticas económicas basadas en principios de mercado que implican la actualización de viejas instituciones y creación de otras; la extensión de la democracia en la región, que ha demostrado a la elite la importancia de los marcos políticos y legales estables; y las violaciones generalizadas de derechos humanos durante las dos décadas anteriores, que subrayaron la importancia de tener mecanismos confiables y eficaces para controlar gobiernos.

2. Junto con otras agencias internacionales, el BID ha desempeñado un rol importante en el apoyo, promoción y conducción de este proceso. Desde la Conferencia realizada en Costa Rica para estudiar el rol del BID en reforma legal en 1993 hasta fines de 1999, hubo 23 préstamos y 46 operaciones de asistencia técnica diseñados para promover reformas legales en 18 de los 26 países miembros del BID con una inversión total de USD 435 millones. Otras organizaciones internacionales como el Banco Mundial, PNUD y varias agencias de cooperación bilateral también están activamente involucradas en el proceso de reforma legal y judicial. Sin embargo, el rol del BID es más prominente que el de otras agencias, tanto en cuanto al número de proyectos implementado

como en términos de cobertura de países. En todo caso, muchas de las observaciones contenidas en este trabajo también pueden aplicarse a los proyectos de otras agencias de cooperación.

Evaluación del proceso de reforma

1. Nuestro objetivo principal es evaluar la estrategia del BID en reforma legal y judicial. Como todos los préstamos del BID en este sector siguen vigentes, todavía no es posible hacer una evaluación final. Además, debido a la naturaleza de la tarea y el hecho de que nos concentramos en cinco países, nuestras observaciones en este estudio se refieren principalmente a los países que visitamos. Por ende este estudio no es un sustituto por una evaluación completa del resto de los proyectos. Esperamos, sin embargo, que éste contenga sugerencias útiles para el BID y otros especialistas respecto de temas estratégicos en el proceso de reforma, especialmente sobre cómo mejorar su implementación.

2. Como esta es un área nueva y compleja, no es sorprendente que hayamos encontrado ciertos problemas en la concepción, diseño y ejecución de proyectos. Sin embargo, estamos convencidos de que el BID y otras instituciones multilaterales deberían reafirmar y fortalecer su compromiso con la reforma legal y judicial, porque éstos son componentes esenciales para mejorar la calidad de la gobernabilidad en la región. No obstante, es necesario abrir un debate amplio sobre la mejor forma de obtener estos fines. Este estudio espera contribuir a esto con algunas recomendaciones para fortalecer la política del BID en esta área.

Metodología

1. El trabajo para este proyecto incluyó dos visitas a la sede del BID en Washington, durante las cuales entrevistamos a funcionarios a cargo de la implementación de proyectos en el sector justicia. Durante nuestra visita también entrevistamos a altos funcionarios del Banco Mundial y USAID que trabajan en reforma legal y judicial. Los países que elegimos para nuestras visitas fueron: Argentina, Colombia, Honduras, y Uruguay. Las dos últimas tienen instituciones y sistemas judiciales fuertes que tienen como fama el ser independientes y honestos. La situación de Argentina es muy especial, puesto que un proyecto importante negociado por la administración de Carlos Menem fue sumariamente cancelado poco después de que el presidente Fernando de la Rúa

llegó al poder. Por su parte, Colombia ha introducido reformas constitucionales importantes en los últimos años y también ha implementado una reestructuración de su sistema legal en un intento de enfrentar el dramático aumento de violencia y criminalidad. Honduras, uno de los países más pobres de América Latina, fue la seleccionada para recibir un importante préstamo para reestructurar sus sistemas legales y judiciales.

Estos países ofrecen una buena muestra para evaluar el progreso de programas de reforma judicial y legal apoyados por el BID.

2. Realizamos una revisión minuciosa de los documentos oficiales y publicaciones del BID en el área de reforma legal y judicial, y también examinamos los archivos de los proyectos que fueron puestos a nuestra disposición en los países que visitamos. También entrevistamos a los participantes en los proyectos y a otros individuos claves, entre ellos, altos funcionarios de los gobiernos, jueces de Cortes Supremas y Cortes de Apelaciones, jueces de tribunales inferiores, abogados, cientistas sociales, periodistas, académicos y funcionarios locales del BID y otras agencias de desarrollo. Aparte de las entrevistas, visitamos un Centro de Mediación en Uruguay, una Casa de Justicia en uno de los barrios de Bogotá, Escuelas Judiciales en Costa Rica y Uruguay, los locales de Cortes financiados por el BID en Honduras y Facultades de Derecho en Colombia y Uruguay.

3. La principal dificultad que identificamos durante la preparación de este estudio fue la falta de información útil y estudios empíricos sobre cómo realmente funcionan los sistemas legales en la región. Es posible que esta debilidad sea atribuible al hecho de que abogados formados en la tradición del derecho civil no valoran, o no

tienen mucha experiencia con estudios empíricos. Los pocos disponibles solamente ofrecen estadísticas generales sobre el número de casos manejados por algunas categorías de cortes. Prácticamente no hay trabajos que examinen cómo las cortes en distintos países y distintas áreas del derecho cumplen sus funciones. El rol de los abogados y otros profesionales involucrados en la operación de los sistemas legales tampoco ha sido el objeto de estudios serios. Las instituciones legales y judiciales de la región también han sido ignoradas por los politólogos que se especializan en América Latina. Tampoco existen evaluaciones de los proyectos en el área de justicia, aunque algunas agencias internacionales han estado invo-

La principal dificultad que identificamos durante la preparación de este estudio fue la falta de información útil y estudios empíricos sobre cómo realmente funcionan los sistemas legales en la región.

lucradas en proyectos en esta área por más de dos décadas¹. Como consecuencia, los diseños de proyectos se basan generalmente en modelos que se encuentran en textos básicos de economía y/o derecho constitucional.

4. Estamos conscientes de que este estudio tiene muchas limitaciones. No obstante, esperamos que contribuya a promover un debate sobre este importante tema.

II. DERECHO Y POLÍTICA: ASPECTOS CONCEPTUALES

Un área políticamente sensible

1. Reforma legal es un área de actividad nueva para el BID. Enrique Iglesias, presidente de la institución, ha dicho que la participación del Banco constituye un rechazo de la visión excesivamente economista que ignora la incidencia de los factores políticos, sociales e institucionales en el proceso de desarrollo². Esta área, sin embargo, es políticamente delicada, porque el derecho es un componente esencial del sistema político. En efecto, es preciso recordar que una de las razones por las cuales el BID y otros bancos de desarrollo no estaban involucrados en el tema legal era porque lo consideraban fuera de su jurisdicción, por ser un tema de carácter más político que técnico.

2. La percepción popular mayormente negativa de la ley en la región subraya su carácter político. La ley es vista como una herramienta de dominación de las elites y no como un instrumento para resguardar la libertad y autodeterminación. Esta perspectiva negativa se expresa en el dicho "para mis amigos: todo; para mis enemigos: la ley" (atribuido al presidente brasileño Getulio Vargas). Esta visión cínica de la ley por la elite es complementada por una percepción igualmente cínica que corresponde a la mayoría de las personas comunes en la región, quienes creen que la ley siempre favorece a los ricos y que en el caso del derecho penal es mejor ser culpable y rico que ser pobre e inocente.

La percepción popular mayormente negativa de la ley en la región subraya su carácter político. La ley es vista como una herramienta de dominación de las elites y no como un instrumento para resguardar la libertad y autodeterminación.

3. Aunque la reforma legal es un área legítima de actividad para el BID, ésta sigue siendo un área delicada. El éxito del BID en este ámbito debería contribuir al fortalecimiento de sistemas políticos y conllevar mejores resultados de desarrollo. Sin embargo, un fracaso podría exacerbar las fallas de los sistemas políticos y socavar su legitimidad. Es por esta razón que la participación del BID en la reforma legal requiere de prudencia y cautela extrema.

Lecciones de la experiencia

1. La mayoría de los países en la región tienen considerable experiencia en reformas legales. La introducción de éstas generalmente se asocia con grandes cambios en políticas económicas. Por ejemplo, el ajuste político después de la Gran Depresión de los años 30 coincidió con importantes cambios legales. También hubo varias campañas para modernizar sistemas políticos durante los años 60, esfuerzos que se desarrollaron conjuntamente con iniciativas de políticas inspiradas por la Alianza para el Progreso. Más recientemente, la mayoría de los países en la región ha implementado reformas legales importantes para adaptar sus sistemas legales con las reformas económicas orientadas hacia el mercado. Desafortunadamente ni los académicos ni quienes diseñan políticas públicas han intentado evaluar sistemáticamente estas experiencias, aunque hay algunos estudios valiosos de casos específicos³.

2. Sin embargo, se aprendieron algunas lecciones en los años 60 cuando USAID (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo) pretendió introducir la reforma legal en la agenda internacional de cooperación. Este intento duró poco porque sus proponentes se desilusionaron al darse cuenta de que la ley no es fácil de reformar. Según una evaluación de esta experiencia, preparada por sus principales proponentes académicos, el fracaso fue mayor debido al hecho de que la ley en países en vías de desarrollo está tan condicionada por factores políticos que cualquier intento a fortalecer el sistema termina robusteciendo las mismas relaciones de poder, lo que explica las debilidades de los sistemas políticos y legales prevalecientes⁴.

¹ Para una evaluación BID de proyectos sobre justicia, ver Assessment of Selected Activities Related to the Administration of Justice, IDB Internal Document, preparado por la Inter-American Bar Foundation, 3 de febrero de 1999. Para una evaluación de las actividades de USAID en el sector de la justicia, ver Gary Hansen, Weighing in on the Scales of Justice, USAID, Center for Information Documentation and Evaluation (1995). El libro sobre Perú de Linn A. Hammergren también contiene una evaluación detallada del proceso de reforma en varios otros países latinoamericanos. Ver The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America (Boulder, Colorado, 1998). También ver Lawyers Committee for Human Rights, Building on Quicksand - The Collapse of the World IDB's Project in Perú, disponible en www.lchr.org/pubs

² Enrique Iglesias, "Law, Justice and Development in Latin America in the Nineties" en Justice and Development in Latin America and the Caribbean, (IDB 1993), p 7.

³ Entre estos estudios valiosos están: Linn Hammergren, The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America; The Peruvian Experience in Comparative Perspective (Boulder, Col. 1998) y Margaret Popkin, Peace without Justice: Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador (Pennsylvania 2000).

⁴ David M. Trubek y Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", en Wisconsin Law Review (1974) p. 1062. Ver también John Henry Merryman, "On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement" en American Journal of Comparative Law Vol. 25 (1977) p. 457.

¿Por qué el derecho hoy?

1. La preocupación del BID por la reforma legal comenzó cuando los funcionarios del Banco se dieron cuenta de que los objetivos de desarrollo económico frecuentemente se frustran debido a las fallas y debilidades de las instituciones legales.⁵ Como la ley tiene un rol clave en el marco institucional y penetra cada aspecto de las políticas públicas, es natural que el BID se interese en la reforma legal y judicial. Las nuevas políticas económicas orientadas hacia el mercado implementadas a lo largo de la región, han venido a subrayar la importancia del derecho y su papel en la regulación del mercado.

2. Sin embargo, existe una corriente de opinión algo escéptica acerca de la relación entre el desarrollo económico y los sistemas legales, o que por lo menos cuestiona, debido a la falta de información empírica, si existe verdaderamente una relación de causalidad entre las estructuras económicas y legales⁶. Este tema debería ser objeto de mayor debate e investigación, pero con respecto al resultado todavía hay una justificación final para involucrarse en reforma legal en el sentido de que, como enfatiza un documento del Banco Mundial, un sistema legal eficaz es un fin, un bien público justificado en sus propios términos⁷.

Un artefacto complejo y ubicuo

1. Si el derecho es un componente tan importante en el proceso de desarrollo tenemos que preguntarnos qué entendemos por derecho. La respuesta a esta interrogante no es obvia. El derecho incluye las normas en actas legislativas, en los códigos y reglamentos. Pero también incluye las prácticas formales e informales que acompañan la interpretación y aplicación de las reglas. Por ende, el derecho o el sistema legal, comprende un grupo complejo de actores sociales e instituciones especializadas: cortes, fiscalías, y la profesión legal. El derecho también involucra una forma de razonamiento que requiere de especialistas. Finalmente, el derecho es también una ideología que expresa aspiraciones que no siempre son realizadas.

La preocupación del BID por la reforma legal comenzó cuando los funcionarios del Banco se dieron cuenta de que los objetivos de desarrollo económico frecuentemente se frustran debido a las fallas y debilidades de las instituciones legales.

2. El derecho es así un artefacto complejo. Su complejidad es aún más complicada por el hecho de que la ley del Estado o el sistema legal formal, no siempre es el único orden legal en una sociedad. A menudo hay las que compiten entre sí -generalmente, pero no siempre reconocidos por los sistemas legales oficiales- que tienen que ser acomodados. La coexistencia de varios órdenes legales -comúnmente conocido como pluralismo legal- añade otro nivel de complejidad al proceso de reforma legal. Una de las varias manifestaciones de pluralismo legal en América Latina y el Caribe es el orden legal de comunidades indígenas⁸.

3. El derecho también es ubicuo. Aunque hay instituciones legales especializadas -como las cortes- el derecho también es un componente de cada política pública y como tal contribuye a la formación de una amplia variedad de políticas relacionadas a los impuestos, el comercio, la competencia, reducción de pobreza y las relaciones laborales. La ley está, entonces, presente en todas partes aunque no siempre tiene un rol prominente.

4. Como el derecho y la ley son artefactos complejos compuestos por una red de instituciones y procesos interrelacionados, quienes diseñan la reforma legal deben tener en cuenta todas las interconexiones dentro del sistema legal para obtener buenos resultados⁹. Por ejemplo, no siempre será posible resolver los problemas de justicia penal enfocándose solamente en cómo las cortes aplican la ley penal. La Legislatura y el Poder Ejecutivo no pueden ser descuidados porque ellos también desempeñan roles importantes en decisiones sobre la formación de las políticas públicas en justicia penal. Muchas veces un enfoque excesivo o exclusivo en una sola institución -como la judicatura- sólo ofrece una visión parcial de los problemas.

La ley y la política: una relación difícil

1. Los procesos legales y políticos son diferentes, pero están íntimamente relacionados. Generalmente se reconoce que la ley deriva su autoridad y eficacia del proceso político, y por ende se dice a

⁵ Ver Edmundo Jarquín y Fernando Carillo (eds.), La Economía Política de la Reforma Judicial (BID, 1997).

⁶ Por ejemplo, Richard Messick del Banco Mundial, opina que se sabe muy poco del enlace entre la función económica y la reforma judicial. "Judicial Reform and Economic Development: A Survey of Issues", en The World Bank Research Observer, vol. 14, No. 1 (febrero 1999), pp. 117-36. Richard Posner comparte esta posición, afirmando que "...economic progress is possible without much - perhaps without any law." "Creating a Legal Framework for Economic Development, The World Bank Research Observer, Vol. 13, No. 1 (febrero 1998) pp. 1-11. Pero Posner sí admite que "If it is not possible to demonstrate that as a matter of theory that a reasonably well-functioning legal system is a necessary condition of a nation's prosperity, there is empirical evidence showing that the rule of law does contribute to a nation's wealth and its rate of economic growth." p 3.

⁷ Legal Vice-Presidency, World Bank, Initiatives in Legal and Judicial Reform, mayo 2001, p. 6.

⁸ Sobre el pluralismo legal en América Latina ver, por ejemplo, Raquel Yrigoyen, "Judicial Treatment of Cultural Diversity and the Special Jurisdiction in Perú" en Beyond Law, Vol. 7(23) 2001, pp. 195-221.

⁹ Néstor Humberto Martínez se refiere a esta interrelación y la necesidad de considerar factores no judiciales cuando afirma "¿Cuánto se invierte en cultura de paz? ...En el mediano y largo plazo es más rentable un dólar invertido en el sector extrajudicial que aquel que hoy se orienta a indigestar de funcionarios judiciales." Diez Pecados de la Reforma Judicial en América Latina, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 1997, p. 9.

menudo que el derecho es la práctica de la política por otros medios. Sin embargo, el derecho también es considerado como la personificación de la justicia y la neutralidad.

2. No es fácil establecer la delimitación precisa entre el derecho y la política. Jueces y otros operadores del sistema legal aplican estándares técnicos para interpretar la ley y se supone que esto los protege de las presiones directas del sistema político. Sin embargo, la interpretación legal no es un proceso mecánico de deducción lógica a partir de reglas generales. También responde y refleja las presiones sociales, políticas y económicas del ambiente. Como resultado, el sistema legal necesariamente refleja los atributos del sistema político al cual pertenece. Los países que cuentan con un sistema político estable y fuerte tienden a tener buenos sistemas legales mientras que aquéllos con sistemas políticos débiles e inestables generalmente carecen de sistemas legales eficaces. Debido a la estrecha relación entre sistemas legales y políticos, cualquier intento serio y comprensivo de reforma legal involucra necesariamente una reforma al sistema político. Por lo tanto, para tener éxito, los promotores de reformas legales deben siempre tomar en cuenta la dimensión política del derecho.

El problema de los incentivos para la reforma

1. Reformar es difícil, a menos que haya una voluntad política para reformar sistemas legales. La idea de crear incentivos para la reforma provoca problemas para las agencias externas, porque esto puede ser visto como una interferencia en las políticas internas del país involucrado. Es necesario tener presente que lo mismo podría decirse respecto de la reforma legal.

2. Los políticos carecen de incentivos suficientes para dedicar tiempo y esfuerzo a la reforma judicial porque:

- A diferencia de una nueva escuela o un centro de salud o carretera, ésta no produce un beneficio electoral inmediato.
- Ofrece pocas oportunidades para los tipos de clientelismo que acompañan, por ejemplo: la construcción y las obras públicas.

Reformar es difícil, a menos que haya una voluntad política para reformar sistemas legales.

- Según las encuestas, la opinión pública quiere que se capture y castigue severamente a los delincuentes, sin tomar en cuenta que esto puede ser contrario a los principios del Estado de Derecho y así, los políticos susceptibles al populismo no tienen incentivos para apoyar una reforma más amplia.
- Los políticos que deben implementar políticas de austeridad económica generalmente no dan prioridad a la reforma judicial, porque ésta es parcialmente financiada por el presupuesto nacional.
- El aumento en la independencia y autoridad de la judicatura no entusiasma a los políticos, ya que ello reduce su poder discrecional.

3. La formación de una coalición para la reforma tiene que proceder caso por caso dependiendo de los niveles de compromiso identificados a todo nivel, desde los políticos a los abogados: incluso, como en el caso de El Salvador, el proceso puede incluir la movilización de estudiantes de derecho como agentes de reforma.

4. Sin embargo, la opción de esperar hasta que se cree una voluntad política debe descartarse, porque podría llevar a una postergación indefinida de la reforma. Un proceso inicial de reforma con objetivos limitados, pero siempre con el apoyo de aliados en el sistema político y legal puede, en el mediano plazo, derivar en un proceso de reforma generalizado. Éste es el argumento de Linn Hammergren, una de las expertas más influyente. Ésta fue también la política de USAID en la década de los noventa¹⁰.

Independencia judicial

1. El concepto de independencia judicial, uno de los pilares centrales del constitucionalismo moderno, condensa la compleja relación entre los procesos legales y políticos. Mientras que reconoce que la función judicial es clave para el Estado, el constitucionalismo asigna esta función a instituciones especializadas, que deben permanecer separadas y diferenciadas de los otros dos órganos del Estado. Dentro de este esquema, la judicatura como órgano del Estado forma parte del sistema político y, como tal, su responsabilidad está establecida en la Constitución. Sin embargo, dada la naturaleza de sus funciones debe gozar de independencia y autonomía¹¹.

¹⁰ Ella ha escrito, por ejemplo, que "Despite the warnings that justice reform should not be attempted until 'will' is adequate, Latin American projects have managed to make progress by building will as implementation proceeds. Their experience suggests another reason for not delaying reforms - the potential for introducing counter-hegemonic changes (especially as regards heightened judicial independence and professionalism) before elites realize their full implications." Linn Hammergren, *Political Will. Constituency Building, and Public Support in Rule of Law Programs* (USAID, PN-ACD-023) agosto 1998. P2.

¹¹ Para un buen estudio teórico de la relación entre independencia y democracia, vea Christopher M. Larkin, "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis" en *American Journal of Comparative Law* Vol. 44 (1996), pp. 605-626. Para un estudio general del problema de independencia judicial en América Latina, vea José María Rico, *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina* (México, 1997) pp. 178-208.

2. En cierta manera, la definición de independencia judicial es simple. Significa que las cortes deben operar libres de intervención gubernamental. Sin embargo, como éstas forman parte de un complejo de instituciones estatales, los límites exactos de su independencia no siempre son fáciles de identificar. Un Estado en el cual la administración de la justicia está politizada y es llevada a cabo por jueces sin experiencia técnica, sin autonomía financiera y designada arbitrariamente por el gobierno, es claramente un Estado en el cual no existe la independencia judicial. La dificultad, sin embargo, radica en que algunos Estados permiten que la judicatura tenga un margen de autonomía en ciertas áreas “no políticas” mientras reservan las áreas más políticas (como seguridad nacional, por ejemplo) para tribunales controlados por el Poder Ejecutivo. Por ende, aunque es fácil saber cuándo no existe independencia judicial, el concepto de independencia judicial no puede ser determinado a través de indicadores cuantitativos precisos.

3. Aparte de sus aspectos constitucionales, el concepto de independencia judicial involucra por lo menos a otros dos aspectos que frecuentemente se olvidan: la independencia de los jueces frente a las partes que aparecen ante las cortes, y en la relación jerárquica dentro del Poder Judicial. Cuando las cortes no son percibidas como agentes honestos -o sea, cuando son vistas como entidades que siempre favorecen a los que tienen poder e influencia- su legitimidad y autoridad se deteriora. Del mismo modo, si los jueces no se sienten libres cuando emiten sentencias o porque no gozan de la seguridad de inamovilidad o por la cultura autoritaria dentro de la judicatura, no se puede afirmar que sean verdaderamente independientes. De esta manera, no son sólo los gobiernos los que potencialmente constituyen una amenaza a la independencia judicial. Desigualdades dentro de la sociedad civil o un régimen autoritario dentro de la judicatura también menoscaban la independencia judicial.

La cultura legal

1. A menudo se usa el concepto de cultura legal para referirse a las peculiaridades de los sistemas legales. Se trata de las ideas, actitudes, expectativas y opiniones sobre el derecho de los miembros de

una comunidad¹². Se expresa, por ejemplo, en el tipo de razonamiento jurídico, en el formalismo excesivo de opiniones legales, la prominencia de notarios públicos en ciertos sistemas legales, la tendencia de individuos de resolver sus disputas a través de las cortes, el contenido y estilo de la educación legal y las creencias populares sobre la autoridad de la ley en general.

2. Aunque impreciso, el concepto de cultura legal se refiere a la forma en que se hacen las cosas a nivel local. En el contexto de la reforma legal se emplea éste para advertir a los que implementan las reformas que los modelos de ley o razonamiento legal importados no siempre son fáciles de trasplantar. En otras palabras, se invoca la noción de cultura legal para hacer notar que modelos universales de reformas legales no siempre ofrecen la mejor solución y que probablemente no funcionarán cuando son trasplantados de un país a otro. Aunque en los debates sobre reforma legal se tiende a exagerar la importancia de cultura legal, éstas son reales y hay que tomarlas en cuenta porque constituyen barreras invisibles, que frecuentemente frustran los objetivos de la reforma legal. Su importancia es confirmada en un estudio reciente sobre sistemas legales financiado por el Banco Asiático para el Desarrollo¹³.

...se invoca la noción de cultura legal para hacer notar que modelos universales de reformas legales no siempre ofrecen la mejor solución y que probablemente no funcionarán cuando son trasplantados de un país a otro.

Conclusiones

1. Hemos emprendido esta evaluación con un sentido de lo que se puede lograr en esta área. No se puede esperar que un país desarrolle un sistema legal que exceda el nivel general de desempeño de su sistema institucional en general. Un país con un sistema político débil y graves inequidades de recursos económicos y poder, no desarrollará un sistema legal capaz de corregirlas¹⁴. No hay ninguna receta universal de “mejores prácticas” que sea inmediatamente aplicable a todos los países. Ninguno tiene un sistema legal perfecto. La reforma legal es un tema de debate político y controversia incluso en los más desarrollados. Otras agencias - como el Banco Mundial y USAID- tampoco tienen un récord de grandes logros. El objetivo del BID debería ser participar en la reforma legal para que ésta se convierta en una plataforma desde la cual el país pueda desarrollar su propio programa de refor-

¹² Sobre el concepto de cultura legal ver Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York, 1975) pp. 15-16.

¹³ K. Pistor y P. A. Wellons, *The Role of Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995* (Oxford, 1998), p. 283.

¹⁴ Arturo Israel del Banco Mundial ha dicho que “it is unlikely that a social program could be operated at a level of performance superior to that of the average for the country”. A Guide for the Perplexed: institutional aspects of social programmes, SOC- 105, p. 24. Este punto también puede ser aplicado a sistemas legales.

mas legales. Según lo ha dicho Alberto Binder, se trata de alcanzar un punto de no retorno¹⁵.

2. El BID tiene prestigio y autoridad considerable en la región, por esto está en condiciones de influir positivamente en la dirección de la reforma legal¹⁶.

3. Nos gustaría reiterar algunas observaciones que son temas recurrentes en este informe:

- No existen muchos estudios empíricos sobre los resultados de procesos de reforma. Será difícil, si no imposible, mejorar el diseño de los proyectos a menos de que este problema sea corregido. Además, el enfoque de los estudios que se realicen debería ser integral. Los proyectos de reforma deberían estudiarse como parte de procesos generales dentro de un amplio contexto político, social y económico, y no en forma aislada.
- La falta de una evaluación adecuada resulta en una tendencia general de aceptar ciertas suposiciones que no han sido sujetas a verificación empírica. Por ejemplo, la independencia judicial es correctamente considerada un elemento indispensable de la justicia. Sin embargo, hay que definirla con mucho cuidado, hay que ubicarla dentro del contexto nacional institucional en general y tiene que ser balanceada con responsabilidad. Una corte constitucional con jurisdicción excesiva puede socavar instituciones representativas -como el Congreso- que son frágiles y que requieren de fortalecimiento¹⁷.
- Lo que es apropiado para un país no siempre es adecuado para otro. En esta área siempre existe el riesgo que los promotores de la reforma presuman que existe un modelo único que sirve igual a todos los países. El éxito de la reforma legal depende en gran parte del contexto político y generalmente es éste el que delinearé el perfil de la reforma legal en cada país.

III. ESTRATEGIA Y PRÁCTICA: UNA EVALUACIÓN GENERAL

Evaluación del sector

1. La evaluación general del BID de los sistemas legales de los países de la región podría ser resumida de la siguiente forma: la mayoría de las leyes y reglamentos están obsoletos y no son aplicados de una forma adecuada; la capacitación de los jueces es deficiente y ellos a menudo desconocen la ley y a menudo también son corruptos; las cortes tienen sobrecarga de trabajo, están mal administradas y el público no las respeta. Como resultado, los derechos constitucionales fundamentales no son protegidos, hay un aumento de violencia y criminalidad y la seguridad legal y personal sigue deteriorándose¹⁸.

2. La intervención del BID en reformas legales y judiciales, que se basa en esta evaluación, ha incluido una variedad de actividades, entre ellas:

- La redacción de leyes y reglamentos en diversas áreas del derecho como, por ejemplo, comercial, bancario, penal, administrativo y derecho de la familia.
- Financiamiento para mejorar la infraestructura de los tribunales.
- Financiamiento para introducir sistemas informáticos modernos, especialmente para la compra de computadores.
- Apoyo para el establecimiento de Consejos de la Judicatura, para mejorar las estructuras administrativas y políticas de recursos humanos de las judicaturas.
- Apoyo y diseño de programas de capacitación para jueces y personal de apoyo.
- Promoción de métodos alternativos para la resolución de conflictos (MARCAs) para mejorar el acceso a la justicia y alivianar la carga de trabajo de las cortes.
- Diseño de programas de educación cívica.
- Apoyo y diseño de políticas públicas para prevenir la violencia.

¹⁵ Señala que "It is necessary to analyse the process to see at what stage there is a 'point of no return' - a point at which one can say that the process of reform has been consolidated as such. ... But this does not mean that this point is defined by a reduction in the number of problems facing the judiciary. On the contrary, it could be the opposite - a new judicial system, full of new problems, of new actors, of new instruments - but with a clear future, taken out of the blind alley in which it had been placed by its historical and political development." Informe para el PNUD, en prensa, 2001, pp. 705-6.

¹⁶ La relación con la democracia fue subrayada en una entrevista con Graciela López, la Directora de la Unidad de Prevención de Crimen en el Ministerio del Interior de Uruguay. "We need this kind of help to aid us to sustain democracy. There are many tensions in Uruguay as a product of the period of dictatorship - having the involvement of third parties helps to overcome those tensions." Entrevista, Montevideo, marzo 2001.

¹⁷ Otra suposición hecha sin mucha verificación es el rol del sistema legal en el desarrollo económico. La veracidad de esto en la práctica y las formas que podría tomar aún no han sido demostradas. Sin embargo, Douglass Webb del Banco Mundial ha reportado un avance: "We do have some interesting recent work by Ross Levine of the University of Virginia who has provided research indicating that, 1 Better functioning financial markets cause faster economic growth and 2 countries whose laws protect minority shareholder rights and where the regulatory system rigorously encourages corporate information disclosure tend to have better developed financial markets. This research suggests that the characteristics of national legal and regulatory systems exert a major influence on stock market development and on the quality of bank lending and therefore on economic growth." De "Legal and Institutional Reform Strategy and Implementation: A World Bank Perspective" en Law and Policy in International Business (invierno 1999). Richard Posner, una figura importante del movimiento de derecho y economía, afirma que es posible que la eficiencia económica no sea amenazada incluso en países que desvían de la idea capitalista del Estado de Derecho. "One need only reflect on the economic success... of East Asian nations such as China and Vietnam in which the rule of law is weak; and on the fact that England, with one of the finest judicial systems in the world, was for many decades among the poorer economic performers in the industrial world". Richard A. Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", en The World Bank Research Observer, Vol. 13, Nº 1 (febrero 1998) p. 2.

¹⁸ Estas opiniones son expresadas en Hugo Eyzaguirre, Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America, IDB, DPP Working Paper, No. 103, febrero 1996, pp. 6-13; ver también Malcolm Rowatt, "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Operational Implications for the Bank" en M. Rowat, W.H. Malik, y M. Dakolias, Judicial Reform in Latin America and the Caribbean, World Bank, Technical Paper No. 280 (1995); "I think the principal obstacles to private sector development, in terms of the functioning of the courts, are inefficiency and delays, corruption and a lack of transparency and predictability in decisions".

La base conceptual de la política del BID

1. Para el BID el proceso de reforma legal y judicial se ubica dentro del marco más amplio de la modernización del Estado. Según lo establece un informe oficial del Banco (Report on the Eighth Replenishment), la reforma legal y judicial es un proceso integral que comprende todos los aspectos del sistema legal: el diseño y creación de estructuras regulatorias adecuados, la implementación de políticas a través de agencias públicas, adjudicación de disputas civiles, y aplicación justa y equitativa del derecho¹⁹.

2. Este enfoque de la reforma legal es integral y constituye un rechazo de enfoques legalistas y tecnocráticos que conciben la reforma legal sólo como el reemplazo de normas anticuadas por modernas. Reconoce que las leyes no se hacen respetar solas y que no operan en un vacío. De acuerdo con esta perspectiva, la reforma legal no sólo involucra el diseño de legislación nueva²⁰. Aunque puede parecer obvio, mencionamos este punto porque en los últimos años otras agencias internacionales y varios donantes bilaterales que se han involucrado en la reforma legal, han concentrado la mayoría de su energía en el diseño de nueva legislación, ignorando la etapa de implementación.

3. La visión de BID es acertada. La redacción de leyes es sólo un componente del proceso de reforma y muchas veces no es siquiera necesario. Para tener vigencia, las normas en los códigos y reglamentos deben ser interpretadas, aplicadas y ejecutadas. Este proceso presupone un marco complejo de instituciones y personal especializado como servidores públicos, jueces y funcionarios de policía y de las cárceles. Por ende, es completamente apropiado que el BID ubique la reforma legal y judicial en el marco más amplio de la modernización del Estado. Según uno de los documentos estratégicos del BID publicado en 1996, la modernización del Estado debe ser integral y cubrir todo el marco institucional dentro del cual se desarrollan las actividades económicas, sociales y políticas²¹.

4. Otro aspecto importante del enfoque del BID es que no concibe el derecho sólo como el conjunto de leyes promulgadas por el Estado, sino que lo considera como un vehículo que facilita y da forma a la interacción social. De allí el énfasis que pone el BID en el fortalecimiento de formas de vida asociativa que expresan y promuevan la auto-determinación de los individuos y los grupos en sus relaciones económicas, políticas y culturales. En otras palabras para el BID la modernización del Estado y el fortalecimiento de la sociedad civil son procesos complementarios²².

Reforma legal y el proceso de desarrollo

...la reforma legal y judicial es un proceso integral que comprende todos los aspectos del sistema legal: el diseño y creación de estructuras regulatorias adecuados, la implementación de políticas a través de agencias públicas, adjudicación de disputas civiles, y aplicación justa y equitativa del derecho.

1. Como ya hemos anotado, la participación del BID en la modernización del Estado y la reforma legal se basa en el diagnóstico de que instituciones débiles producen resultados deficientes en materia de desarrollo económico. Según esta perspectiva, la reforma institucional no es un fin sino un elemento instrumental en el proceso de alcanzar otro objetivo: el desarrollo económico. Entonces, ¿cómo relaciona el BID sus actividades en el área de reforma legal con el proceso de desarrollo?

2. El BID adopta un enfoque amplio en esta área, pero aún no ha producido un análisis detallado de lo que ello involucra. Los dos documentos centrales del BID que hacen referencia a este tema (*Eighth Replenishment Document* y *Frame of Reference Documents*) claramente relacionan la reforma legal y judicial con la reforma institucional general. En este respecto, la intervención del BID responde a una preocupación general con el mejoramiento de la calidad de gobernabilidad. Según este enfoque, sin embargo, la intervención del BID en reforma legal podría incluir -y en la práctica incluye- prácticamente todas las áreas de procedimiento y sustancia de la ley desde derecho civil, derecho comercial, finanzas, derecho medioambiental, la familia, relaciones laborales y hasta derecho penal y las instituciones centrales del sistema legal tales como los sistemas nacionales de cortes, agencias administrativas, Defensorías del Pueblo, comisiones sobre igualdad,

¹⁹ IDB Board of Governors, Report on the Eighth General Increase in the Resources of the Inter-American Development Bank (agosto 1994) pp. 23-29.

²⁰ Aunque uno debería hacer notar que algunas autoridades afirman que habría que enfatizar el diseño de leyes: "Legal reform is an important part of the modernization process of poor countries, but the focus of such reform should be on creating substantive and procedurally efficient rules of contract and property rather than on creating a first-class judiciary or an extensive system of civil liberties", Posner, Op. Cit. p. 9.

²¹ IDB Strategic Planning and Operational Policy Department, Frame of Reference for Bank Action in Programs for Modernization of the State and Strengthening of Civil Society, (marzo 1996) p. ii.

²² Ibid. p. 5.

servicios carcelarios, la policía y el sistema educacional. La lista de instituciones es vasta debido al hecho de que según este enfoque la reforma legal y judicial forma parte de lo que se ha descrito en décadas anteriores como desarrollo político.

Reforma legal y acceso a la justicia

1. La frase acceso a la justicia es utilizada en los documentos de préstamo, para referirse a los objetivos del proyecto de reforma específico o identificar uno de sus componentes. Éstos generalmente incluyen tanto medidas como el establecimiento de oficinas de defensa pública, además de varias actividades diseñadas para introducir o aumentar la provisión de asistencia legal a los pobres. Sin embargo, estas actividades generalmente no son componentes importantes en los préstamos. Es más, no siempre es fácil determinar cómo cada uno de éstos se vincula con el resto del proyecto.

La frase acceso a la justicia es utilizada en los documentos de préstamo, para referirse a los objetivos del proyecto de reforma específico o identificar uno de sus componentes.

2. Lo importante no es si el enfoque al acceso a la justicia del BID es nuevo, sino si es realista y coherente con otros componentes de los proyectos de reforma. Para saber qué se puede alcanzar en cada país de una forma realista es esencial tener más información y un mejor entendimiento de los sistemas políticos y legales del país.

3. Se podría afirmar, por supuesto, que todo lo que el BID hace en el área de la reforma legal y judicial está diseñado para aumentar el acceso a la justicia. Pero, ¿tiene un significado más preciso el término "acceso a la justicia"? Generalmente se usa el término en un sentido procesal para describir el acceso igualitario a la justicia. Pero, incluso como una meta exclusivamente procesal, igualdad en la justicia es un ideal que incluso los países más ricos no logran alcanzar. Entonces, ¿cómo podría echar raíces en sociedades que sufren de inequidades sociales y económicas? ¿No debería el acceso a la justicia en tales sociedades incluir algo más que sólo un objetivo procesal? ¿No deberían programas también buscar entender cómo la distribución desigual de recursos afecta resultados legales y judiciales? ¿No es paradójico que mientras la mayoría de los países en la región tienen un excedente de abogados, la mayoría de los ciudadanos en estos países carecen de asistencia legal? Sin duda estas interrogantes no pueden ser ignoradas si la meta general de los programas de reforma legal es mejo-

rar sistemas de justicia y la calidad de gobernabilidad en los países que los reciben.

4. Hace poco el BID co-auspició en Costa Rica un taller sobre acceso a la justicia²³. Aunque éste no fue diseñado para producir una estrategia sobre acceso a la justicia, las ponencias presentadas reúnen varios puntos interesantes. Al desarrollar esta estrategia el BID no debe concentrarse exclusivamente en el acceso a las cortes. Debería tomar una perspectiva más amplia y explorar junto con abogados y académicos de la región, la posibilidad de introducir medidas para eliminar la jerga técnica innecesaria de textos legales y eliminar las formalidades excesivas que caracteriza la práctica legal en la mayoría de los países de la región. También debería desarrollar políticas para capacitar asistentes sociales y otros profesionales en temas legales. El objetivo del BID debería ser asegurar que las medidas de acceso a la justicia sean ampliamente concebidas y estén adecuadamente integradas en la estrategia general de reforma para cada del país.

Reforma legal y resolución de conflictos

1. Como parte de su trabajo en el área de reforma legal y judicial, el BID también ha estado involucrado en la promoción de mecanismos alternativos de la resolución de conflictos (MARC). Una evaluación provisoria de estas actividades se encuentra en el informe preparado para FOMIN por Fernando Mantilla-Serrano²⁴.

2. Hay por lo menos tres razones que explican la popularidad de los MARCs entre los funcionarios del BID y los de gobiernos: primero, a menudo son proyectos independientes y, como tales, son relativamente baratos y fáciles de administrar; segundo, es fácil persuadir a las Cámaras de Comercio y otras asociaciones privadas de comercio de apoyar estos proyectos porque involucran una promesa de la reducción o eliminación de los costos judiciales; y, tercero, son percibidos como importantes en el mejoramiento de la eficiencia de cortes ordinarias. En todos los países que visitamos los MARCs habían sido introducidos hace poco bajo los auspicios directos del BID (p.ej. Colombia, Uruguay, Costa Rica y Honduras) o como parte de programas financiados por otras agencias (Argentina).

²³ J.Thompson, Acceso a la Justicia y Equidad, Estudio de Siete Países de América Latina, San José, 2000.

²⁴ Fernando Mantilla Serrano, Consultoría para la Evaluación de los Primeros Tres Años de Programas de Mediación y Arbitraje Comercial Aprobados por el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), Washington, s.f.

3. No hay duda alguna de que los MARCs pueden desempeñar un rol importante en cualquier programa de reforma legal. Sin embargo, el BID simplemente ha transferido modelos de MARCs desarrollados principalmente para su uso en los Estados Unidos, a países en la región sin constatar si tales modelos se adecuan a las condiciones locales o si son compatibles con otros componentes de proyectos de reforma legal. Frecuentemente los que proponen la introducción de los MARCs no hacen ningún esfuerzo por entender la naturaleza de los conflictos en comunidades específicas ni los métodos que las personas locales usan para resolverlos²⁵. Los proponentes de los MARCs también han demostrado escaso interés en el derecho del trabajo, área de derecho en la cual la mayoría de los países en la región tiene experiencia considerable con métodos informales de resolución de conflictos.

4. También es importante asegurarse que los MARCs sean coherentes con los objetivos de otros componentes del proyecto de reforma. Por ejemplo, los MARCs no deberían socavar el sistema de cortes que prevalece en el contexto, porque esto iría en contra del objetivo de fortalecer las judicaturas. En esta conexión es pertinente preguntar si los MARCs que remueven conflictos comerciales importantes de la jurisdicción de las cortes locales y los refieren a paneles de arbitraje en Nueva York, Londres, París, son coherentes con los MARCs propuestos por el BID. No es sorprendente entonces que muchos de los abogados y jueces que entrevistamos expresaron serias reservas respecto de las virtudes de los MARCs. También hay temas políticos más amplios que deberían ser tomados en cuenta. Por ejemplo, los MARCs a veces pueden beneficiar a los grupos más poderosos o mejor organizados de la sociedad. Por otro lado, no es seguro que las cortes estén en condiciones para garantizar que los MARCs cumplan con los requisitos básicos del debido proceso.

5. Sin duda los MARCs pueden ser útiles para la reforma legal, pero no es fácil ni simple introducirlos en un nuevo contexto. Tendrán una mejor probabilidad de producir resultados a largo plazo si los que los promueven y diseñan tienen una mejor comprensión del funcionamiento de los sistemas

legales y políticos. De allí la urgente necesidad de efectuar dos tareas descritas en este capítulo: la clarificación de la relación entre reforma legal y el proceso de desarrollo y una evaluación detallada de los sistemas políticos y legales en los países en los cuales se implementa la reforma legal.

Los objetivos de reforma

1. La pregunta sobre los objetivos del BID en el sector justicia está íntimamente relacionada con el tema de los objetivos de desarrollo de reforma legal. ¿Está tratando de hacer más eficientes los sistemas judiciales y legales o está tratando de introducir cambios sustantivos a la ley y las instituciones legales? La respuesta es que el BID busca cumplir ambos objetivos: hacer más eficientes los sistemas existentes y también está comprometido con la introducción de cambios legales importantes para adaptar estructuras estatales a condiciones económicas y políticas contemporáneas. Sin embargo, en la práctica el BID pone mayor énfasis en hacer más efectivo el sistema legal y judicial vigente, relegando así a una posición secundaria la meta de alcanzar mejoras sostenibles y de largo plazo en la calidad de gobernabilidad.

2. Una proporción importante de los préstamos ha sido distribuido a áreas que ni los políticos ni jueces consideran controvertidas. Por eso se ha puesto énfasis en el desarrollo de sistemas informáticos para agencias estatales y cortes, y en la provisión de financiamiento para construir cortes. Éstas son áreas de políticas que habían sido ignoradas por la mayoría de los países en la región. No obstante, ni edificios ni sistemas de información nuevos pueden resolver los temas más amplios de gobernabilidad, que son la base sobre la cual el BID justifica sus actividades en el área de reforma legal²⁶.

3. El enorme atractivo de la informática y el desarrollo de infraestructura ha inducido al BID a enfocarse demasiado en la judicatura²⁷. Estas dos áreas no sólo son atractivas porque los políticos y jueces no las consideran amenazantes, sino también porque ofrecen la promesa de dar soluciones rápidas y simples a problemas antiguos que parecían imposibles de resolver: moras judiciales y la congestión de

**...el
BID busca (...)
hacer más eficientes los sistemas existentes y también está comprometido con la introducción de cambios legales importantes para adaptar estructuras estatales a condiciones económicas y políticas contemporáneas.**

²⁵ Para un estudio de cómo una comunidad local en Ayacucho está tratando de reconstituir la sociedad civil y el proceso de introducir MARCs interesantes, ver Faundez "Legal and Judicial Reform in Developing and Transition Countries: Making Haste Slowly" en Faundez, Footer and Norton (eds.), Governance, Development and Globalization, Londres, 2000, pp. 24-49.

²⁶ Comentando el impacto de computadores y nuevos edificios Vargas hace notar que: "...las cosas se siguen haciendo igual, pero en un falso ambiente de modernidad." Juan Enrique Vargas, Las Reformas Judiciales en América Latina Como Experiencia de Política Pública, (manuscrito, s.f.) p.84.

²⁷ Este punto ha sido notado por varios comentaristas. Ver, por ejemplo, Kevin Davis y Michael J. Trebilcock, "What Role do Legal Institutions Play in Development", octubre 1999 (ponencia preparada para el congreso IMF sobre reformas de segunda generación) p. 108. Disponible en el sitio Web del IMF. Néstor Humberto Martínez comparte esta opinión: "La reforma se ha formulado en un espacio vital reducido al poder judicial....se ha dejado de lado una acción comprensiva sobre el sistema legal mismo". Diez Pecados de la Reforma Judicial en América Latina, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 1997, p. 9.

las cortes. No cabe duda que la introducción de nueva tecnología y construcción de nuevos edificios son un primer paso bastante obvio en los países en los cuales los jueces todavía usan máquinas de escribir y trabajan en oficinas inadecuadas. Pero la congestión judicial y moras no se resuelven solamente con nueva tecnologías y edificios. Aquí conviene hacer notar que cuando países desarrollados como el Reino Unido han intentado mejorar el desempeño de las cortes no han empezado con la introducción de nuevas tecnologías sino con una evaluación cuidadosa y un debate amplio sobre las normas procesales²⁸. Otros países como los Estados Unidos han descubierto que ni la introducción de computadores ni la implementación de nuevos métodos de resolución de conflictos, necesariamente conducen a una mejora en la rapidez con la cual las cortes procesan los casos²⁹.

4. La experiencia sugiere, entonces, que no hay soluciones fáciles para mejorar el desempeño de las cortes. El BID debería asegurarse de que las medidas previstas en sus acuerdos de préstamos sean realistas y que tomen en cuenta la variedad de factores que afectan la eficiencia de las cortes. Como sugiere la experiencia de los Estados Unidos, estos factores son a menudo externos a la judicatura y tienen que ver con el proceso político o la forma en que la profesión legal responde a cambios en las normas de procedimiento judicial³⁰.

5. Debido a que el BID ha concentrado su trabajo casi exclusivamente en la judicatura, ha descuidado otras áreas del sistema legal o que su importancia haya sido minimizada³¹. Por ejemplo, no se ha prestado atención suficiente al derecho público y a la modernización de los procedimientos administrativos. Mejoras en esta área son importantes porque la legalidad de decisiones gubernamentales y la aplicación uniforme de las regulaciones son elementos claves para

Es urgente y necesario aclarar la posición del BID sobre los objetivos de la reforma y su relación con el proceso de desarrollo, para así fortalecer los aspectos operacionales de la reforma legal y judicial.

la buena gobernabilidad. Este tema es particularmente relevante en jurisdicciones de derecho civil, dada la importancia de la distinción entre derecho privado y público.

6. Otro aspecto que ha sido ignorado concierne a la educación legal y profesión legal³². En general se reconoce que la educación legal en la región es extremadamente pobre. El aprendizaje se basa en la memorización de reglas y los estudiantes no reciben capacitación alguna para mejorar sus destrezas analíticas o comprensión del rol de la ley en los sectores públicos y privados. Si el objetivo es mejorar el sistema legal, es esencial que se preste mayor atención a la educación de quienes tendrán a su cargo trabajar en el sistema legal reformado³³.

7. Otro tema estrechamente relacionado a la educación legal concierne al rol del Estado y de los colegios de abogados en la regulación de la profesión legal. Cambios recientes en la provisión de educación superior en la región han resultado en un aumento enorme en el número de escuelas de derecho y egresados. Hay una necesidad urgente de tomar en cuenta esta situación porque si no se resuelve se socavarán los objetivos del proceso de reforma.

8. Si la reforma judicial y legal permanecen firmemente en la agenda de desarrollo, entonces el BID debería jugar un rol más activo y central en el desarrollo, la promoción y diseminación de conocimiento y experiencia en esta área. Este acercamiento le permitiría al BID, mejorar su apoyo técnico de proyectos individuales y contribuir a la consolidación de gobernabilidad y reforma legal en la agenda de desarrollo.

Criterios Operacionales

1. Es urgente y necesario aclarar la posición del BID sobre los objetivos de la reforma y su relación con el proceso de desarrollo, para así fortalecer los aspectos operacionales de la reforma legal y judicial.

28 El informe interino y final de Lord Woolf están disponibles en el sitio Web del departamento del Lord Chancellor: www.open.gov.uk/lcd. Lord Woolf ha reseñado su informe en "Civil Justice in the United Kingdom", *American Journal of Comparative Law* Vol. 47 (1997) 709. Sobre los problemas que el Lord Chancellor está experimentando en Bretaña con la introducción de un plan de unos 319 millones de libras para introducir computadores en las cortes, ver Frances Gibb, *The Times*, 28 junio 2001, "Computer delay wrecks plan for swifter justice".

29 Para una reseña del Acto de Reforma Civil Estadounidense de 1990 ver Terence Dunworth and James Kakalik, "Preliminary Observations on Implementation of the Pilot Program of the Civil Justice Reform Act of 1990", *Stanford Law Review*, Vol. 46 (1994), pp.1303-1338. Una reseña útil de este artículo se encuentra en el sitio Web del Rand Institute for Civil Justice: www.rand.org/publications/RB/RB9022/. Para una evaluación definitiva del Acto de Reforma Civil ver *The Final Report to Congress by the Judicial Conference of the United States on the Civil Justice Reform Act of 1990* (www.uscourts.gov/publications/html).

30 Para un interesante estudio que explica porqué las estrategias de reforma que los Estados Unidos han intentado usar para agilizar casos en el área de justicia civil han fracasado, vea Michael Heise, "Justice Delayed?: An Empirical Analysis of Civil Case Disposition Time" en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 50 (2000), pp. 813-849. Según Heise, "civil case disposition time resists traditional reform efforts that focus on case management variables" (818). Para él, los variables que afectan el tiempo de disposición de casos caen fuera de la mira de intentos de reforma tradicionales que son orientados hacia el procedimiento. De allí su fracaso en términos de intentos de aumentar la rapidez con la cual se procesan los casos (848).

31 Es interesante hacer notar que algunos funcionarios del Banco han cuestionado la tendencia de crear préstamos que se concentran mayormente en la judicatura. Durante la etapa de diseño de préstamo CR-0073 a Costa Rica, el representante local del Banco criticó el proyecto alegando que se concentraba exclusivamente en la modernización de la judicatura en vez de atender a los problemas del sistema legal en general. Al final parecería que el Banco no consideraba estos comentarios de una forma adecuada.

32 Para una declaración reciente de la importancia de capacitación legal, vea Akua Kuenyehia, "Improving the Reform Process through Legal Training", en R. V. Van Puymbroeck, *Comprehensive Legal and Judicial Development* (World Bank, 2001) pp. 299-305.

33 "Because quality justice systems do not arise without directed, systematic, and energetic efforts, reform and reeducation must proceed hand in hand...Quality justice systems cannot be maintained and improved without real commitment to the systematic organization of a range of enterprises devoted to continuing learning". Neil Gold, "Legal Education in Changing Societies", en M. Rowat, W.H. Malik, and M. Dakolias, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, World Bank, Technical Paper No. 280 (1995). Pp. 113-124.

2. En 1996 el BID en su *Strategy Paper* estableció varias consideraciones operacionales, de las cuales las más importantes son:

- Empezar evaluaciones generales y sectoriales del Estado en cada país para posibilitar que la autoridad del país y el BID identifiquen prioridades programáticas y la secuencia a seguir.
- Asegurarse de que los programas establecidos sean compatibles entre sí y con la estrategia general del BID para ese país.
- Desarrollar programas que, aunque comprensivos, sean también selectivos y contengan medidas secuencialmente organizadas de una forma adecuada para asegurar su continuidad y sostenibilidad.

3. Estas consideraciones operacionales son claras, pero el BID no las ha cumplido estrictamente. En cambio, las operaciones de campo en el BID se han apoyado en diagnósticos que, como explicaremos a continuación, no se basan en una comprensión íntima y detallada de la evolución y el rol de las instituciones políticas y legales. Estos diagnósticos son generalmente evaluaciones que comparan el desempeño de sistemas legales reales con estándares de un modelo ideal³⁴.

4. La capacidad del BID para establecer criterios claros para la selección de áreas de actividades, su secuencia y sostenibilidad también ha sido afectada por la falta de evaluaciones cuidadosas del sector.

5. Por ejemplo, el préstamo concedido a Argentina contenía un gran número de actividades y se asemejaba más a una lista de compra que a una estrategia coherente para la reforma. La decisión de excluir a la Corte Suprema del proyecto, la que sin duda fue vista en el momento como una inteligente medida táctica, no funcionó como se esperaba. Exacerbó tensiones políticas tanto dentro de la judicatura como entre ésta y el gobierno. Por otro lado, la incorporación de la asociación de cortes provinciales en el proyecto parece haber sido un mero gesto que no fue debidamente discutido con las partes involucradas³⁵.

6. En Honduras el diseño del préstamo, plantea interrogantes respecto de si la decisión sobre la secuencia de medidas bajo el proyecto fue seriamente considerada. El préstamo propone varias actividades, entre ellas el diseño de un nuevo

Código de Procedimiento Civil y uno de la Judicatura. Un componente importante del préstamo es la capacitación relacionada con los nuevos códigos. Aunque el período del préstamo está por terminar, el diseño de éstos todavía no ha comenzado. Por ende, parece que no se consideraron debidamente las secuencias de las medidas cuando el proyecto fue diseñado.

7. El préstamo a Honduras también plantea interrogantes sobre hasta qué punto la sostenibilidad de proyectos fue debidamente considerada durante la etapa de diseño. En este caso, el tema está relacionado al lugar de la Corte Suprema dentro del sistema político. Los miembros de la Corte Suprema de Honduras son elegidos por el Congreso y cambian cada cuatro años después de cada elección presidencial. El método y momento en que se efectúa la selección de estos miembros plantea dudas acerca de la independencia política de la Corte. Su falta de independencia -además de otros problemas- es bien conocida dentro de Honduras y recientemente han sido documentadas completamente y con autoridad en un informe bien publicitado preparado por la respetada Oficina de Derechos Humanos³⁶. Por ende, es sorprendente que de acuerdo a las cláusulas del préstamo el presidente de la Corte Suprema, a través de la Unidad Ejecutora, (UE) que está ubicada en la Corte Suprema y bajo su control directo, tiene asignando control efectivo sobre los componentes del préstamo. El poder del presidente de la Corte Suprema de controlar las actividades de la UE se ve fortalecido porque la Oficina del BID en Honduras no tiene experiencia alguna en el área de justicia. De esta manera, el proyecto queda en manos del presidente de la Corte quien, por su parte, permanece en su cargo hasta las próximas elecciones presidenciales. Dado este contexto no es sorprendente que el proyecto se haya concentrado mayormente en el desarrollo de infraestructura, mientras el diseño de dos Códigos cruciales y la capacitación han sido ignorados. Dadas estas condiciones, tenemos serias dudas sobre la sostenibilidad del proceso de reforma en Honduras a largo plazo.

8. Los temas de sostenibilidad y secuencia son problemáticos incluso en Costa Rica, un país en el cual el préstamo de modernización de justicia ha funcionado bien. Una proporción importante del préstamo (más del 40%) ha sido dedicado a la introducción de un sistema de computación para el des-

³⁴ Juan Enrique Vargas, un experimentado consultor para agencias multilaterales, afirma que diagnósticos tienden a ser demasiado alejados de las realidades políticas además de aburridos, largos y repetitivos. Juan Enrique Vargas, *Las Reformas Judiciales en América Latina Como Experiencia de Política Pública*, (manuscrito, s.f.) p.122.

³⁵ Assessment of Selected Activities Related to the Administration of Justice, documento interno BID preparado por la Inter-American Bar Foundation, 3 de febrero 1999. El apéndice sobre Argentina menciona que las cortes provinciales fueron añadidas al proyecto en una etapa muy tarde después del colapso de una propuesta para crear un Centro para Estudios de la justicia. P. 5. Esto fue confirmado durante nuestras entrevistas con jueces provinciales en Buenos Aires en marzo de 2001.

³⁶ Comisionado Nacional de Derechos Humanos, *La Necesidad de Proteger la Independencia Judicial: Informe Especial*, Tegucigalpa, 6 de abril, 2000. Ver también Comisionado Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos: Dos Años de Realidades y Retos 1998-1999*, Tegucigalpa (1999), pp. 39-40, 57-59.

pacho judicial en Goicoechea, un suburbio de San José, cuyas cortes representan 20% de las cortes del país. El acuerdo del préstamo describe este componente como un proyecto piloto y, como tal, se espera que una vez terminado sea cuidadosamente evaluado antes de proceder a la próxima etapa.

9. Dado el tamaño del proyecto, Goicoechea sorprende que sea descripto como piloto. El BID ya está planificando un segundo préstamo para extender este componente del proyecto al resto del país sin emprender la evaluación comprensiva contemplada en el documento del préstamo. La única evaluación del proyecto Goicoechea sobre la cual recibimos información fue comisionada por la UE y no fue preparada por un experto en computación³⁷. Aunque nuestra impresión general del proyecto es positiva, como señalamos en la próxima sección, hay varios aspectos que el BID debería investigar antes de apoyar la extensión de la experiencia Goicoechea al resto del país.

Los Instrumentos - Préstamos y Cooperación Técnica

1. En general se acepta que el proceso de reforma legal es largo. Sin embargo, los plazos estipulados en los préstamos para la ejecución de los proyectos son bastante cortos. Es claro que el marco temporal que el BID maneja está determinado por el ciclo político de cada país. Sin embargo, los objetivos de los préstamos en el área legal no pueden ser alcanzados dentro de este plazo. Por lo tanto recomendamos que el BID considere nuevas modalidades que permitan períodos de compromiso más largos.

2. El rol y la forma de asistencia técnica también deberían ser reexaminados. Aunque la cooperación técnica no-reembolsable del BID es más pequeña que el portafolio de préstamos, no deja de ser importante.

3. Aunque a veces la cooperación técnica se usa para desarrollar o complementar actividades contempladas en los préstamos, en la mayoría de los casos es utilizada para financiar congresos o desarrollar MARCs en el área comercial. Ésta no es

usada lo suficiente para ayudar a formular proyectos o apoyarlos cuando estos enfrentan problemas. Los vínculos entre la cooperación técnica y los préstamos deberían ser más estrechos. Como explicamos en más detalle en la próxima sección, en nuestras entrevistas descubrimos que el personal local involucrado en los proyectos constantemente pide más apoyo del BID en la etapa de ejecución de los proyectos. Lo ideal sería que el BID considere aumentar los recursos destinados a la cooperación técnica y use estos recursos para apoyar las actividades contempladas en los préstamos.

El BID y el Proceso de Reforma

1. Recientemente el BID introdujo cambios importantes a su estructura interna para responder al aumento en la demanda de préstamos en el área de gobernabilidad y reforma legal. Sin embargo, el BID sigue aplicando un enfoque tradicional en la implementación de los préstamos. Entrega ésta a Unidades Ejecutoras locales, las cuales se supone usarán consultores para resolver los problemas técnicos que surjan durante la vida del proyecto. Este modelo supone que las UE locales pueden fácilmente acceder a un cuerpo de conocimiento técnico en esta área. Sin embargo, a diferencia de la ingeniería civil o la hidrología, no existe conocimiento científico o práctico que pueda ser fácilmente utilizado por quienes están a cargo de ejecutar la reforma. Aunque consultores externos pueden proveer y de hecho facilitan ayuda valiosa en algunos aspectos de los proyectos, es un error presumir que la mayoría de los problemas que enfrenta un proyecto, puede ser solucionado por ellos, quienes muchas veces no conocen bien los aspectos centrales del sistema legal y político. Dadas estas condiciones no sorprende que en vez de ofrecer consejos genuinos, los consultores externos simplemente transplantan modelos legales foráneos que normalmente vienen de sus propios países sin hacer un intento serio de adaptarlos a las condiciones locales. Como los proyectos normalmente dependen de varios consultores de distintos países, sus recomendaciones fragmentadas a veces incluso se contradicen y pueden socavar seriamente la coherencia del proceso de reforma³⁸.

En general se acepta que el proceso de reforma legal es largo. Sin embargo, los plazos estipulados en los préstamos para la ejecución de los proyectos son bastante cortos.

³⁷ Santos Pastor, Informe sobre el Segundo Circuito de San José (Goicoechea), abril 2001.

³⁸ El peligro de importar reglas de procedimiento de una forma no cuidadosa ha sido estudiado a fondo por Mirjan Damaska ("The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45(1997), pp. 839 - 852). Vale la pena citar sus conclusiones sobre la importación de reglas de investigación: "The transplantation of fact-finding arrangements between common and civil law systems would give rise to serious strains in the recipient justice system. The interaction between the contemplated transplant and the new environment must be carefully studied, and the question must always be considered whether the recipient culture is prepared - or can be readied - to live with the wider effects of contemplated reform. As the examples in the changes of proof-taking methods demonstrate, these wider effects cannot easily be contained: various elements of fact-finding activity are too closely intertwined. In seeking inspiration for change, it is perhaps natural for lawyers to go browsing in a foreign law boutique. But it is an illusion to think that this is a boutique in which one is always free to purchase some items and reject others." (pp.851/2).

IV. EL PROCESO

Introducción

1. El BID ha estado involucrado en el sector justicia desde mediados de la década del noventa. Ha tenido un programa de actividades muy amplio que cubre casi todos los aspectos del sistema legal, como la asistencia en el diseño de códigos, el mejoramiento de la administración de justicia, la ayuda para desarrollar MARCs y políticas para promover el acceso a la justicia para los pobres.

El BID ha estado involucrado en el sector justicia desde mediados de la década del noventa. Ha tenido un programa de actividades muy amplio que cubre casi todos los aspectos del sistema legal...

2. Los ítems que representan la mayoría de los gastos son la construcción de infraestructura (US\$ 60 millones), administración general (US\$ 54 millones) y sistemas de información (US\$ 44 millones). Los otros ítems importantes en el presupuesto general de US\$ 213 millones son capacitación (US\$ 26 millones) y proyectos específicos de modernización de la justicia (US\$ 20 millones). Actividades relacionadas con acceso a la justicia representan casi US\$ 58 millones del total. Existen 22 proyectos en marcha que tienen un componente de acceso³⁹. Esta es una cobertura impresionante y considerando que fueron desarrollados en un período relativamente corto, no sorprende que existan problemas en su implementación

3. Esta sección del informe explora el proceso de reforma en sus cuatro etapas: el diagnóstico inicial del problema, diseño del proyecto de reforma, proceso de implementación y finalmente la evaluación del proyecto.

El Diagnóstico

1. El BID considera la reforma legal como parte de la modernización general del Estado. Sin embargo, la evidencia demuestra que, en cada caso particular, frecuentemente no existe un análisis acabado sobre esta relación. Los diagnósticos se concentran casi exclusivamente en el sector judicial como

si fuera una entidad separada del resto de la estructura institucional nacional⁴⁰.

2. Como consecuencia se tiende a ofrecer un diagnóstico excesivamente técnico, y enfatizar aspectos formales o "legalistas" del sistema de justicia⁴¹. Se da por sentado que la meta es la independencia judicial, pero no se toma en cuenta que en ciertos contextos políticos ésta puede ser un problema. En Colombia, por ejemplo, muchos consideran a la Fiscalía como un Estado dentro del Estado que tiene metas propias que no siem-

pre coinciden con las otras instituciones del sistema legal⁴². La participación política de la judicatura de Costa Rica ha aumentado considerablemente a partir de la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema y ha sido acusada de socavar instituciones representativas como el Congreso.

3. A menudo, ciertos supuestos contenidos en los diagnósticos tienden a ignorar que los sistemas legales son el producto de una compleja evolución. En muchos casos se describen en forma muy negativa que tiende más a condenar que a explicar. Entender cómo los sistemas legales se han desarrollado e identificar sus méritos y deficiencias es esencial para un diagnóstico adecuado.

4. Por esta razón, recomendamos que los diagnósticos no sean hechos exclusivamente por abogados. Si la reforma legal es, como afirma el BID, una parte del proceso general de reforma estatal, debería ser efectuado por expertos en diversas áreas de las ciencias sociales. Por ejemplo, es necesario calcular los efectos que el ciclo electoral tendrá sobre el proyecto, lo que requiere de un especialista en ciencias políticas. Una de las dificultades que enfrentan los proyectos de reforma en Colombia, es que todos los años el Congreso tiene que cumplir un proceso complicado de votaciones para aprobar el presupuesto de la contraparte estatal. Existe, por lo tanto, una gran incertidumbre

³⁹ Christina Biebesheimer y Mark Payne, Assessment of Inter-American Development Bank Experience in Justice Reform (borrador documento SDS/SGC enero 2001) p. 16. Estamos muy agradecidos a Christina Biebesheimer, quien nos permitió leer esta contribución valiosa al debate sobre el rol del Banco en reforma de justicia. Al parecer una falta de recursos no es un problema importante para la mayoría de los países. Tampoco es cuestionable si hay una correlación entre recursos y eficiencia en esta área. "There is no clear correlation between judicial resources and judicial efficiency. Countries not suffering from delays and corruption and with a high degree of public satisfaction or confidence in their judiciary (such as Denmark, Japan, Germany and the Netherlands) tend to devote less of their government's budget to the judiciary than do Latin American countries such as Argentina, Brazil and Mexico which are in the bottom 20% of the public's confidence. More specifically, government spending in countries with a developed judicial system as a percentage of total government spending is as follows; Norway 0.8%, Netherlands 0.4%, Japan 0.5%, Denmark 1.2% and Germany 0.9%. By contrast, judicial spending in those countries with the heaviest backlog and longest delays are Venezuela 1.3%, Peru 1.5%, Ecuador 1.4%, Argentina 2.2% and Paraguay 5.1%. Edgardo Buscaglia y Thomas Ulen, "A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America" in International Review of Law and Economics (junio 1997) p. 282.

⁴⁰ Ver por ejemplo el diagnóstico en otros aspectos completos y admirables de Uruguay de Juan Enrique Vargas Viancos, "Diagnóstico de los Poderes Judiciales de la República Oriental del Uruguay", Informe de Consultoría julio 1994. Ver también William E. Davis, Colombia: Modernization of Justice Project: A Brief Analysis of Current Situation and Recommendations for Project Development Strategies (Informe preparado para el BID, 1993).

⁴¹ Alberto Binder, uno de los especialistas más prominentes en esta área, es muy crítico de la calidad de las diagnosis hechas por las varias agencias multilaterales, afirmando que tienden a ser "documentos cuasi empíricos, cuasi diagnósticos, que en realidad tienen una fundamentación muy endeble en la realidad y por lo general una muy fuerte fundamentación en el deber ser... Ello ha llevado a que en general los diagnósticos hayan tenido poca influencia en el inicio de los procesos de reforma judicial y poca influencia también en la determinación de sus contenidos por sus prioridades. Más bien han servido como un modo de legitimar o de formalizar el inicio de un programa de cooperación internacional. Inclusive se ha trabajado más en la elaboración conceptual de indicadores de evaluación sin notar que faltaba la información más básica sin la cual cualquier indicador dejaría de funcionar". Informe PNUD, pp. 688- 689.

⁴² Para una evaluación crítica de la Fiscalía, ver Rodrigo Uprimny, "El Desafío de la Reforma al Proceso Penal: Ajustes Puntuales o Reestructuración Integral de la Fiscalía y de la Investigación Criminal en Colombia", en A. Fuentes y J.E. Granados, Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal Penal en Colombia (Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 1999), pp. 74-99.

acerca de la sostenibilidad de la reforma, porque un cambio de liderazgo en el Congreso podría ser fatal para el futuro del proyecto. Un plan sobre seguridad ciudadana en Uruguay tiene grandes posibilidades de éxito debido principalmente a las buenas relaciones entre la unidad ejecutora del proyecto y los Ministerios de Educación y Trabajo. Esta colaboración es importante en proyectos que buscan reducir la criminalidad en la juventud. Un diagnóstico eficaz tiene que tomar en cuenta estos factores; si el éxito del proyecto depende de la colaboración de agencias fuera del sector de justicia, ¿cuán probable es que esto ocurra?

5. También es deseable que el diagnóstico refleje lo más completamente posible las opiniones de expertos locales. Los consultores internacionales, por muy capaces que sean, necesariamente carecen de conocimiento profundo de la institucionalidad local que es necesaria para la preparación de un diagnóstico que refleje fielmente la realidad nacional.

6. La etapa de diagnóstico se vería fortalecida si hubiese una idea más clara de cómo proceder de una etapa a otra. Por ejemplo, en Argentina se tomó la decisión de excluir a la Corte Suprema del proyecto de reforma porque se decía que ella estaba fuertemente politizada y que gozaba de poco respeto dentro y fuera del sistema legal. Pero esa decisión creó más tarde problemas para el desarrollo de otras instituciones parte del proyecto, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Magistratura, del cual el Presidente de la Corte Suprema era miembro de su consejo ejecutivo. En Colombia, las etapas de un proyecto destinado a mejorar la seguridad ciudadana a nivel municipal no coincidían con el ciclo electoral en Cali y Medellín, dos de las tres municipalidades involucradas en el proyecto, y ambas tuvieron problemas con los alcaldes nuevos, quienes no estaban dispuestos a aceptar los proyectos de sus predecesores. Como consecuencia, partes importantes del proyecto han debido ser canceladas.

7. Los diagnósticos deberían poner más énfasis en la capacitación. Por ejemplo, no se presta atención suficiente al área de capacitación judicial a través de las Escuelas Judiciales -ninguno de los países que visitamos otorga atención a estas instituciones y en algunos casos ellas son simplemente ignoradas-. La Escuela Judicial ha sido excluida por la Corte Suprema y privada de recursos, y eso a

pesar de contar con personas comprometidas y muy motivadas que están ansiosas por mejorar su calidad. Por supuesto que este tema está relacionado al enorme problema de la baja calidad y excesiva cantidad de egresados en derecho.⁴⁴ Pero la reforma de escuelas de derecho es un proyecto de tan largo plazo que las Escuelas Judiciales son esenciales para el éxito de la reforma en general.

8. Es común escuchar quejas de jueces y abogados sobre su falta de participación en la preparación de diagnósticos⁴⁵. Éstas provienen de jueces, tanto de cortes superiores como de inferiores, que están seriamente comprometidos con la reforma y que no los motivan los intereses personales, como a veces se tiende a caracterizar a los jueces en América Latina.

9. Los diagnósticos enfatizan que la solución al problema de ineficiencia judicial tiene que ver con la necesidad de más y mejor tecnología. En general, esta observación es acertada, pero es necesario también considerar la capacidad del sistema para absorberla, siendo posible que sea limitada. Estas limitaciones pueden ser técnicas, como en el caso del proyecto piloto en el Segundo Circuito en Costa Rica. Allí hubo largas demoras porque las conexiones de Internet del nuevo edificio no eran compatibles con el nuevo sistema informático.

10. Los aspectos "culturales" vinculados con la introducción de nuevas tecnologías no deben descuidarse. Varios jueces en Costa Rica se quejaron por no haber sido consultados sobre la introducción de nuevos sistemas informáticos y por la falta de capacitación adecuada. Como ellos -algunos los más partidarios de la reforma y progresistas en su profesión- siguen utilizando sus sistemas informáticos antiguos en lugar del nuevo. Si un choque cultural como este ocurre en una de las judicaturas más modernas y eficientes en América Latina, es fácil imaginarse la magnitud del problema en sistemas judiciales menos institucionalizados.

11. Es necesario también prestar más atención a la sostenibilidad de los sistemas informáticos. ¿Cómo se absorberá el costo de actualización? ¿Qué pasa si la compañía de software termina su contrato con la judicatura y los expertos locales no tienen suficiente experiencia para enfrentar nuevos problemas?⁴⁶

43 Este punto fue presentado por un miembro del Consejo, el juez Claudio Kiper durante una entrevista en Buenos Aires en marzo de 2001.

44 Un experto afirma que "The experience of judiciaries throughout the region demonstrates that judicial schools can do little to create knowledgeable and efficient judges if the law graduates have serious basic deficiencies in their legal training. Thus one finds that many judicial schools are primarily engaged in emergency basic legal training, trying to fill the educational vacuum that should have been filled by the law schools". Luis Salas, "From Law and Development to Rule of Law" en Pilar Domingo and Rachel Sieder, Promoting the Rule of Law (2001) p 29.

45 Esta afirmación fue repetida por los participantes de una reunión en Argentina con un grupo de más de veinte jueces y abogados y de nuevo en entrevistas con jueces en Costa Rica.

46 Una encuesta reciente del récord de nuevos sistemas computacionales arrojó una evaluación tenebrosa: "A US government-sponsored survey of court computerization continues to search for one court system where donor provided computers have been maintained". Rick Messick, International Support for Civil Justice Reform, (manuscrito 2001).

El Diseño

Apoyar y Crear Consenso para la Reforma

1. La etapa de diseño del proyecto es clave para el éxito general. Errores pueden resultar en distorsiones de las metas originales o incluso pueden interrumpir el proceso. Más allá de otras consideraciones, es necesario tomar en cuenta el contexto nacional político y legal. En otras palabras, el diseño del proyecto debe ser coherente con la estrategia general⁴⁷.

2. Para apoyar y crear consenso no es suficiente hablar con los actores principales al comienzo del proyecto. Éste es largo y complicado. Por ejemplo, el no haber llevado a cabo un proceso adecuado de consultas con las partes resultó en una crítica muy publicitada del préstamo del Banco Mundial a Venezuela⁴⁸. Durante esta etapa la presión por hacer el préstamo, como la describen algunos observadores, puede tener efectos perversos⁴⁹.

3. Las ONGs pueden jugar un rol importante como expresión de la voz local en el proceso de diseño. Tanto Argentina como Colombia tienen ONGs con expertos reconocidos y capaces de hacer una contribución muy positiva al debate y práctica de la reforma legal. Pero las ONGs no deberían ser consideradas como representantes de la comunidad en general o expresiones de un consenso social general. Las ONGs pueden o no ser representativas. Siempre hay un riesgo de que ONGs sean creadas, porque hay un proyecto importante que está siendo desarrollado que resultará en importantes consultorías.

4. La participación de la sociedad civil en proyectos de reforma legal es mencionada como algo deseable por todas las agencias que trabajan en esta área. Pero el proceso de participación es extremadamente complejo. Hay muchas preguntas sobre la definición de la sociedad civil y cómo organizarla para permitir una participación adecuada y representativa en los proyectos. Sobre este tema no hay reglas fijas. Mucho depende del contexto local, la naturaleza de las demandas, y la

manera en que la sociedad civil está organizada. Por ejemplo, en Uruguay, en nuestras entrevistas encontramos un nivel general alto de satisfacción con el sistema legal, pero muy poca presión de la sociedad civil para efectuar reformas. Al parecer esto no socava la legitimidad del proceso de reforma en aquel país.

La etapa de diseño del proyecto es clave para el éxito general. Errores pueden resultar en distorsiones de las metas originales o incluso pueden interrumpir el proceso.

5. Una de las metas expresadas por el BID, es que las reformas en el área legal deberían ser políticas del Estado y no del gobierno de turno⁵⁰. En algunos países parece extremadamente difícil alcanzar esta meta, como por ejemplo en Argentina. En aquellos casos es necesario proceder con cautela para garantizar la sostenibilidad del proyecto. Esto involucra consultas con una base amplia de actores fuera del gobierno. Es importante evitar la identificación del proyecto con un grupo político o partido determinado para que así la "propiedad" del proyecto sea verdaderamente nacional.

6. Nuestras entrevistas revelaron quejas repetidas sobre la escasa inclusividad del proceso de diseño. Los Colegios de Abogados en Argentina y Uruguay expresaron su apoyo a la reforma, pero sus miembros dijeron estar desilusionados por haber sido marginados del proceso. En Costa Rica, algunos jueces de la Corte de Apelaciones expresaron su preocupación por la falta de participación en el diseño del proyecto y la forma en la cual la Corte Suprema domina el proceso de cambio. En algunos países la comunidad académica también parece haber sido ignorada: el decano de la Escuela de Derecho en una importante universidad estatal en Uruguay no sabía que había un proyecto de modernización judicial. En contraste, la comunidad académica legal en Colombia ha participado activamente en diversas etapas de la reforma.

7. Un punto de partida del proceso de diseño debería ser apoyar el desarrollo de consensos. A menos que ya exista un cierto grado de éste antes del comienzo del proceso de reforma, esto creará problemas de sostenibilidad⁵¹.

47 Binder pone hincapié en este punto: "Lo que también va quedando claro es que la reforma judicial es un proceso que no puede darse el lujo de carecer de una estrategia. Ni la importancia del tema, ni las expectativas sociales, ni los escasos recursos con que cuentan nuestros países lo permiten. Un proceso de reforma judicial sin una estrategia de intervención tiene las más grandes posibilidades de fracasar - lo que sería grave - sino de ser superficializado - lo que sería todavía peor, porque agotaría las energías y la voluntad política y sacaría el tema de la preocupación pública por mucho tiempo con un gravísimo perjuicio para el desarrollo institucional de la región." Informe, p. 711.

48 Christina Biebesheimer insiste fuertemente en este punto en "Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB perspective", en Pilar Domingo y Rachel Sieder, Promoting the Rule of Law, (2001).

49 Banco Mundial, Ownership and Conditionality, p 10.

50 Edmundo Jarquin comentó esto en una entrevista en Washington en abril de 2001.

51 Como lo dijo un informe OECD, "Knowing the potential for support or opposition to legal reform amongst political elites and organised constituencies (such as bar associations, commercial associations and ngos) is especially crucial for deciding whether investments in legal and judicial reform can yield significant positive results". DAC Expert Group on Aid Evaluation, Evaluating Programmes Promoting Participatory Development and Good Governance, OECD 1997 p 28.

8. Por lo tanto, una parte importante del proceso de diseño debe ser determinar el grado y profundidad del consenso existente sobre la reforma. Se puede concluir que no es posible que un proyecto de reforma alcance sus metas sin un consenso y, por ende, no debería ser emprendido hasta que las condiciones cambien. Este punto es muy relevante en el caso de Honduras. Según un consultor, el objetivo principal de muchos proyectos desde hace más de diez años ha sido establecer una verdadera carrera judicial. Los altos funcionarios judiciales en este país decían estar de acuerdo con esta meta y eso les permitió obtener abundantes recursos para evaluar y capacitar al personal judicial. Sin embargo, doce años más tarde la meta aún está lejos de ser alcanzada⁵².

9. El costo de tratar de comenzar un proceso de reforma sin apoyo local no sólo puede llevar al fracaso del proyecto, sino también puede tener consecuencias negativas para el resto del sistema legal. Esto es particularmente importante en países pequeños con una capacidad limitada para absorber lo que para ellos son cantidades muy grandes de fondos que provienen de instituciones multilaterales y bilaterales, muchas veces sin ninguna coordinación.

10. La construcción de consenso puede ser fortalecida si hay una institución representativa con una base amplia involucrada en todas las etapas del proceso de diseño y por supuesto en las siguientes etapas del proceso de reforma. Por esto recomendamos que, en la medida que sea posible, se incorpore a las asociaciones de jueces y colegios de abogados en el diseño de la reforma.

11. A veces se plantea el problema como una cuestión de alternativas entre reformar las instituciones o cambiar la "cultura". Los que abogan por la segunda alternativa se concentran en la capacitación del personal -especialmente a niveles inferiores- ya que según ellos esto es más urgente que los cambios institucionales. Así, los recursos son canalizados hacia un grupo de jueces reformistas, quienes se presumen cambiarán la cultura irrespecto de la presencia o ausencia de reformas constitucionales o legislativas desde arriba⁵³. Este argumento se basa, sin embargo, en un número de supues-

tos problemáticos. Además no hay evidencia de que esta estrategia haya producido buenos resultados. La solución obviamente es combinar cambios en las estructuras de las instituciones con algunas culturales.

Prioridades para la reforma

Un buen diagnóstico es indispensable para identificar prioridades en las áreas para la reforma. En términos generales, sin embargo, la selección de áreas para reformar en los documentos de préstamo del BID tiende a asemejarse a una lista para las compras.

1. La selección de prioridades para reformar en sistemas legales que son deficientes en muchas áreas es difícil. Un buen diagnóstico es indispensable para identificar prioridades en las áreas para la reforma. En términos generales, sin embargo, la selección de áreas para reformar en los documentos de préstamo del BID tiende a asemejarse a una lista para las compras. Todos los ítems en la lista pueden ser deseables, pero no todos son alcanzables simultáneamente. Es indispensable hacer una selección sobre la base de criterios prioritarios claros.

2. También hay que considerar quién selecciona las áreas prioritarias. Es peligroso dejar la selección en las manos de un solo grupo, sean jueces o políticos. El proceso tiene que ser el producto de un proceso amplio de consulta.

3. La propuesta de establecer prioridades no implica una recomendación para la adopción de una política que fragmente las áreas de la reforma. Es indispensable no perder de vista que el Poder Judicial es una entidad y no la suma de partes. En otras palabras, es necesario considerar el impacto que la reforma en un sector de la judicatura podría tener en otros sectores. Por ejemplo, en Colombia se fortaleció la Fiscalía excesivamente hasta el punto de que hoy muchos la consideran como el cuarto poder del Estado. Sin embargo, no se tomó en cuenta la necesidad de apoyar los órganos de defensa pública (en Colombia, la Defensoría del Pueblo) de manera que el equilibrio de poder se tilda abiertamente en favor de la agencia de la Fiscalía⁵⁴.

4. El informe de Biebesheimer y Payne presenta la siguiente pregunta: ¿Debería el BID "hacer un poco de todo en el área de justicia -o sea, esencialmente adoptar una estrategia de responder a la demanda en el momento en que emerge- o debe-

⁵² Salas, Op Cit p. 7.

⁵³ Pero esta filosofía participativa ha fracasado frecuentemente. "First because judicial superiors are often afraid that reform judges may assume an inordinate amount of power and may even engender the seeds of judicial unions. Secondly, judicial turnover is very high, especially in those countries in which judicial independence is most threatened. Thirdly, while the theory of changing judicial culture through internal change sounds plausible, it has seldom been thoroughly tested, especially in third world settings." Ibid. p 25.

⁵⁴ Un miembro del Consejo de la Judicatura en Colombia nos expresó su preocupación por el exceso de poder de la Fiscalía y la expansión de su radio de actividades en el terreno puramente político.

ría buscar el desarrollo de excelencia de última generación en varias áreas (estrategia nicho o alguna que combine algo de ambos)? La respuesta es que “es importante que el BID tenga un menú amplio de experticia para ofrecer en proyectos sobre gobernabilidad en general y reforma de justicia en particular”⁵⁵. Seguramente esta respuesta es correcta porque es muy difícil separar los aspectos de la reforma legal sin considerar sus enlaces con otros sectores. Por ejemplo, el funcionamiento eficaz de los MARCs depende de cómo se relaciona con el sistema legal en general⁵⁶.

5. El caso de la Fiscalía en Colombia subraya otro problema, esta vez dentro de la institución misma. Aunque el poder de los fiscales ha aumentado, ellos no gozan de inamovilidad, porque carecen de una estructura en su carrera. Ellos son nombrados por el Fiscal, quien cambia cada cuatro años y remueve funcionarios en la Fiscalía con plena discrecionalidad. En estas circunstancias, los esfuerzos para capacitar fiscales se transforman en una gran pérdida de tiempo⁵⁷.

6. Muchas veces la “lista de compras” producida por el BID es incompleta: faltan algunos items, o le son dadas una importancia secundaria. Por ejemplo, hay una notable falta de atención a la capacitación de jueces y abogados, aunque sí se pone énfasis -correctamente a nuestro juicio- a la capacitación de los administradores de las cortes. También se presta poca atención al derecho administrativo, laboral y público. Para la mayoría de las personas estas áreas son de suma importancia en su vida diaria. Éstas podrían ser mejoradas mediante la introducción de MARCs, pero los MARCs no pueden reemplazar un marco regulatorio eficaz.

7. La capacitación de jueces y abogados es fundamental y particularmente importante cuando se efectúan cambios técnicos importantes. Nos impresionó el entusiasmo por los cambios demostrado por muchos jueces y abogados. Sin embargo, casi invariablemente estas mismas personas se quejaron de la falta de capacitación y ausencia de consulta sobre sus necesidades.

8. Es urgente prestar atención al hecho de que la capacitación no sólo es necesaria para abogados y jueces, sino también para los profesionales en áreas de servicio social. Éstos tienen una dimensión legal importante, como es el caso de la rehabilitación de delincuentes juveniles en los proyectos de seguridad ciudadana. La capacitación en aspectos básicos del derecho sería muy provechosa para asistentes sociales, especialistas en educación, profesionales en asuntos laborales y profesionales en el sector de la salud. Es importante promover acercamientos inter-disciplinarios a los problemas de la violencia y criminalidad, y los jueces mismos se beneficiarían de perspectivas desarrolladas en el área de política social. En las cortes constitucionales los jueces tienen que tomar en cuenta las posibilidades y realidades políticas. Los jueces en otras cortes se beneficiarían si tuvieran un mayor conocimiento de cómo otras profesiones contribuyen a fortalecer las instituciones legales. En algunas áreas las reformas funcionan bien -el caso de la reforma tributaria en el Perú- pero enfrentan grandes problemas cuando se enfrentan con problemas legales.

Creemos que las prioridades y etapas de la reforma deben ser estipuladas en forma clara. En este sentido creemos también que la capacitación debería tener especial prioridad...

9. Creemos que las prioridades y etapas de la reforma deben ser estipuladas en forma clara. En este sentido creemos también que la capacitación debería tener especial prioridad y no aparecer en los proyectos como un componente suplementario que no se ejecuta seriamente. Esto de nuevo llama la atención a la necesidad de tener una estrategia coherente que tome en cuenta los diversos componentes del proyecto de una manera integral y coordinada.

Coordinación de Donantes

1. Parecería obvio que no se debería emprender ningún proyecto de reforma legal sin tomar en cuenta los de otras agencias. Esto ocurre en algunos casos -aunque no siempre se mantiene durante la duración del proyecto. En su comienzo el plan para la modernización judicial en Honduras fue planificado en coordinación con otras agencias que estaban presentes en el país y sector, pero la coordinación terminó cuando otras agencias bilaterales entraron con sus propios proyectos de reforma legal.

⁵⁵ Op cit, pp. 21-24.

⁵⁶ Anthony Wanis-Smith, reportando sobre la experiencia boliviana, hace esta afirmación: "The excellent though limited results provided by the Centers (of ADR) are not channeled directly into any learning opportunities for the formal legal system and will have little, if any, discernible impact on the court systems in terms of emulation. An explicit linkage between the courts and the commercial ADR providers does not exist. If it did, the Centers would gain political access that can lead to leverage and advocacy, while the government would benefit from the lessons that could be applied to the court system... In the program design phase, impact of ADR programs should be an explicit part of strategic planning. Lateral links to law school faculties and students, bar associations, professional associations of ADR practitioners and the general public can all strengthen and multiply the positive effects of ADR programs by educating potential users, supporters and practitioners." "Implementing ADR in Transitioning States", Harvard Negotiation Law Review, Spring 2000.

⁵⁷ Alfredo Fuentes, decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, dijo en una entrevista que "It was badly designed even though it was the biggest reform of the legal system. It employs about 22000 people - it has immense power and a gigantic structure but there is no career structure so it is not efficient. The fiscales are appointed and this in an institution that has half of all judicial personnel". Interview, Bogotá, March 2001.

2. Se debe enfatizar que esto no es un elemento que limita a los proyectos del BID. Todas las agencias reconocen la necesidad de coordinación, y también admiten que en la práctica esto no ocurre.

3. Existen varias razones que explican esta situación, desde falta de información hasta la "caza furtiva de proyectos". Dada su influencia y autoridad en la región el BID debería tomar medidas para asegurarse que se compartía información entre las agencias de desarrollo y para que los proyectos se complementen y no cubran los mismos temas⁵⁸.

Excesivo Optimismo

1. Los préstamos del BID en el área de la justicia revelan un optimismo exagerado sobre lo que se puede lograr en un plazo relativamente corto. Esto no se justifica. Todos los proyectos que examinamos estaban sujetos a demoras, que a veces eran importantes.

2. Un proyecto significativo - como el de la modernización judicial en Argentina- fue cancelado por el gobierno⁵⁹. Otro - para la seguridad ciudadana en Colombia- tiene una tasa de desembolso mínima, debido a los problemas políticos del entorno.

3. Esto plantea una interesante interrogante: ¿por qué no se toma en cuenta la lentitud y complejidad del proceso de reforma? Cualquier respuesta a esta pregunta tendría que proceder sobre una explicación que va caso por caso, para construir una imagen general. En el caso de la judicatura en Uruguay el diagnóstico no tomó en cuenta los obstáculos políticos relacionados con la implementación del proyecto. Es más: también parece claro que la Corte Suprema -un órgano muy tradicional- estaba en desacuerdo con algunos aspectos del proyecto y por eso demoró su aprobación. Es casi imposible evitar demoras y hasta cancelaciones, a menos que exista voluntad política y un compromiso con el proceso.

4. Parece errado medir la rapidez de la implementación enfatizando un promedio de aumento de casos que proceden en las cortes. Es razonablemente fácil medir este elemento en comparación con otros indicadores del funcionamiento de las

cortes. Pero éste crea una impresión engañosa de progreso ya que frecuentemente el progreso en un sector judicial puede traer consigo congestión en algunos casos y demoras en otros.

5. Una vez más, estas dificultades subrayan la importancia de un buen diagnóstico que tome en cuenta los factores -tanto legales como no- que causan tales demoras.

Flexibilidad

1. El cambio institucional no es sólo complicado. Muchas veces las distintas etapas tienen consecuencias no anticipadas que deben ser tomadas en cuenta antes de proceder a la próxima. Es indispensable que la respuesta a estos problemas sea flexible y que el BID esté involucrado en ella, tanto a nivel local como en la sede en Washington.

2. Esto apunta a la mayor participación de las instituciones centrales del BID en la administración del proceso de reforma, ya que los cambios durante el periodo del proyecto pueden alterar su naturaleza. Por ejemplo, en Colombia el proyecto de apoyo a la Fiscalía tuvo un cambio importante de dirección cuando se abandonó la meta de crear una carrera funcionaria para asegurar estabilidad a los fiscales y en su lugar los recursos se usaron para fortalecer el poder del jefe del servicio. Aunque los recursos transferidos no fueron considerables, el cambio de dirección sí lo fue. Es aquí donde se hace necesario una interacción más cercana entre las oficinas locales y la sede central del BID para asegurarse que los proyectos no pierdan su rumbo.

3. La necesidad de participación más cercana en los proyectos por parte de los órganos centrales del BID es una aspiración generalizada que está reflejada en el documento interno del BID titulado Task Force on Country Office Work Procedures. La percepción en las oficinas locales del BID es que la sede central en Washington no se interesa en lo que ocurre después de la aprobación del proyecto. Según este informe, lo que las oficinas locales piden es más apoyo técnico⁶⁰.

4. Una interacción más cercana entre la sede y las oficinas locales por una parte y los encargados

Los préstamos del BID en el área de la justicia revelan un optimismo exagerado sobre lo que se puede lograr en un plazo relativamente corto.

⁵⁸ Luis Salas comenta que "it is surprising that donors stress the need to establish sophisticated information systems and databases for recipient judiciaries, have failed to do the same among themselves." En "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America" en Domingo y Seider (en prensa) pp. 14-45.

⁵⁹ El cuento de cancelación es complicado. Algunas partes del proyecto funcionaban bien. En una entrevista Mariano Ciafardini de la Unidad de Políticas Penales del Ministerio de Justicia dijo que "Our component -criminal justice- worked well and we could not have done what we did without the support of the IDB. Indeed we wanted to continue our part of the project but the Minister of Justice would not accept it -so the project ended". Interview Buenos Aires March 2001. También nos han comentado que muchos componentes del proyecto han sido continuados por el gobierno actual con sus propios fondos. Sin embargo, la carta del gobierno de Argentina que cancelaba el préstamo es una fuerte crítica del proyecto y cómo fue manejado. No sabemos qué respuesta se dio a esa carta, ni si ha sido objeto de una evaluación en el Banco a nivel local o central.

⁶⁰ IDB, Task Force on Country Office Work Procedures and New Delegations, Final Report June 2000, p 7.

de administrar proyectos, por la otra, ayudaría a prevenir cambios no deseables y a facilitar aquéllos que sí lo sean. Además esto permitiría que los cambios se realicen en un marco de mayor responsabilidad y transparencia.

Implementación

La Unidad Ejecutora

1. La Unidad Ejecutora (UE) es clave para la implementación exitosa de los proyectos. Es el punto de contacto entre el sistema legal local y el BID. La forma en que se diseñan los términos de referencia y la manera en que se selecciona el director de la UE son de suma importancia. Además su ubicación institucional es también importante⁶¹.

2. Los proyectos de reforma legal son amplios en alcance y cubren varias instituciones. El ubicar a la UE dentro de una institución puede crear resentimiento entre las otras. Conviene hacer notar que la alternativa de tener una UE en cada una de las cinco instituciones involucradas en el proyecto -como en el caso del proyecto cancelado en Argentina- fue una mala idea que no funcionó en la práctica.

3. Al ubicar la UE en la Corte Suprema se corre el riesgo de "captura" por la Corte. La falta de entusiasmo por la reforma de la Corte Suprema en Uruguay se manifestó en sus intentos por controlar la autonomía de la UE, especialmente mediante el nombramiento de funcionarios de su confianza a la UE⁶².

4. En el caso de Costa Rica el progreso del proceso de reforma ha sido exitoso en muchos aspectos. Un presidente de la Corte Suprema progresista y un director de la UE eficiente crean una fuerza dinámica para la reforma. Pero la cercanía entre los dos significa que la UE tiende a reflejar las perspectivas de la Corte. Áreas de menor interés para la Corte, que nosotros creemos merecen mucho más atención -como la Escuela Judicial- no ocupan un lugar privilegiado en la agenda de la UE.

5. Esto plantea un dilema difícil. El caso de Costa Rica demuestra las ventajas de las buenas relaciones entre la Corte Suprema y la UE, pero al mismo tiempo aclara que esto puede afectar la autonomía de la UE. Mientras que la judicatura de Costa Rica tiene real independencia dentro del sis-

tema político, la autonomía de los jueces frente a la jerarquía institucional del Poder Judicial no es tan clara. Si la UE carece de autonomía es difícil evitar situaciones, como en el caso de Colombia donde el fiscal despidió al director de la UE y nombró en su lugar a alguien de su exclusiva confianza.

6. En general, es aconsejable que la UE esté ubicada dentro de la institución que está siendo reformada. Sin embargo, es igualmente aconsejable que el BID ejerza cierto control en el proceso de diseño de los términos de referencia de la UE y en el mecanismo de selección de su personal. Sería posible, por ejemplo, fortalecer la autonomía de la UE mediante la creación de un consejo consultivo compuesto por miembros de distintas áreas del sistema legal. Este modelo se adoptó en Costa Rica. El Comité Nacional para Mejorar la Administración de Justicia (CONAMAJ) en Costa Rica está compuesto por altas autoridades de los tres poderes del Estado, miembros del colegio de abogados y profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica. La tarea de éste es coordinar todos los aspectos del proyecto. Aunque en la práctica el Comité Nacional no funcionó muy bien, el modelo, en términos generales, parece adecuado.

7. También hay un problema con la escala de sueldos pagados a los miembros de la UE, que generalmente son considerablemente más altos a los que prevalecen en el sector justicia. Esta disparidad puede crear resentimiento y obstaculizar la labor de la UE.

Relaciones entre las Oficinas Locales y la Sede

1. Estamos conscientes de las muchas tareas que ejecutan las oficinas locales y de la complejidad de los proyectos del sector legal. Proyectos en este sector requieren de mucho tiempo, atención, paciencia y experiencia. A diferencia de proyectos de infraestructura, que aunque tengan problemas de implementación por lo menos pueden ser evaluados al final del proceso, es difícil medir el éxito de un proyecto de reforma legal.

2. En la sede central del BID en Washington hay un departamento cuya misión es proveer el marco intelectual para reformas en este sector. Mientras ésta es una función indispensable, la aplicación de estas ideas a las circunstancias específicas de los

⁶¹ Un oficial del Banco Mundial con mucha experiencia argumenta que la UE debería ubicarse dentro de la institución que se está reformando en pos de la sustentabilidad. Existe mucha argumentación a favor de esta forma de organización puesto que ayuda a la institución a "tomar propiedad" del proyecto, lo que puede ayudar a crear consensos para la reforma. Por otro lado, otro experto, Alberto Binder, argumenta en contra de esto y nota que el peligro de poner la UE en la Corte Suprema con la explicación de que la CS es el producto de una estructura excesivamente vertical y que por ende tiene poco sentido aumentar tal verticalidad al poner la UE bajo su control.

⁶² El director de la Corte Suprema reconocido por sus intenciones reformistas afirmó en una entrevista que el director de la UE debería ser el Director General de Administración de la judicatura. Entrevista con Jorge Marabotto, ex presidente de la Corte Suprema, Montevideo, marzo de 2001. Pero el igualmente reformista director general nombrado para dirigir el proyecto del Banco tuvo problemas con la CS y fue reemplazado por el actual (marzo 2001) titular, quien fue un candidato algo reticente y quien dijo en una entrevista que "my field is not administration and certainly not dealing with the IDB". Interview Tavare de Gregorio, Montevideo March 2001.

distintos países es una operación engorrosa. Esto requiere atención por parte de la sede para evitar que el marco conceptual de los proyectos se diluya durante la etapa de implementación.

3. Las oficinas locales no tienen recursos suficientes para dar apoyo técnico adecuado durante la implementación de proyectos. Para solucionar este problema, funcionarios de la sede deberían mantener contacto cercano con las oficinas locales. Esto aseguraría mejor coordinación entre las etapas de diseño e implementación.

4. También es necesario que las oficinas locales tengan acceso a las experiencias de otros países. Nos impresionó el número de funcionarios que expresaron el deseo de tener más oportunidades para intercambiar perspectivas e información con sus pares en otras oficinas de la región. Un sitio intranet accesible sería un paso positivo hacia este fin.

5. La necesidad de dar más capacitación al personal de las oficinas locales fue un tema mencionado a menudo en nuestras entrevistas. Los proyectos de reforma legal y judicial son complicados y requieren de un personal que entienda tanto los temas políticos como los legales que estén en juego. La mayoría de los que no son abogados consideran que el trabajo de lidiar con temas legales es complejo. Si la meta es tener proyectos que funcionen bien, hay una necesidad obvia de mayor capacitación para los que administran los proyectos en todos los niveles⁶³.

Control y Responsabilidad

1. El proceso involucrado con la reforma de instituciones, en las cuales hay un ambiente de corrupción es difícil y delicado. Sin embargo a menudo la corrupción es un síntoma de debilidad institucional, de falta de independencia y controles no apropiados en la esfera judicial. Para reducir los niveles de corrupción es necesario corregir estas deficiencias.

Las oficinas locales no tienen recursos suficientes para dar apoyo técnico adecuado durante la implementación de proyectos. Para solucionar este problema, funcionarios de la sede deberían mantener contacto cercano con las oficinas locales.

2. Un área aún más delicada es el tema de cómo el mal manejo financiero y la corrupción podrían afectar los proyectos del BID. El Banco Mundial y USAID han reconocido estos problemas y establecido mecanismos para promover denuncias de fraude. El Banco Mundial tiene un Comité especial que se encarga de este asunto: el Oversight Committee on Fraud and Corruption. Éste examina todas las denuncias de fraude y corrupción, y determina cuándo y cómo deben ser investigadas. Tiene también una línea telefónica que opera día y noche y a la que se puede llamar gratis desde cualquier lugar en el mundo. USAID hace uso del Inspector General's Office, entidad que cuenta con un presupuesto anual de USD \$30 millones, para investigar casos de administración financiera, corrupción y fraude -y su sitio web ofrece información sobre cómo contactarse con la organización para realizar una denuncia⁶⁴.

3. Ésta es un área en que se deberían tomar todas las medidas posibles para maximizar la transparencia, y donde debería dejarse claro a quién y cómo se pueden dirigir las quejas sobre corrupción.

El Rol de Consultores

1. No hay ninguna duda sobre el rol indispensable que juegan las consultorías en el proceso de reforma. Sin embargo, cuestionamos el gran número de consultorías que los proyectos han generado. También debatimos el gran número de consultores extranjeros, ya que a nuestro juicio los locales conocen mejor el contexto institucional y político y además sus honorarios son más razonables⁶⁵.

2. La crítica más común que encontramos fue acerca del número de consultorías que el BID requiere para cada proyecto. Casi todos los entrevistados tenían las mismas quejas. Las principales son:

- Las consultorías hacen más lento el proceso de implementación⁶⁶.

⁶³ El documento interno del BID Assessment of Selected Activities Related to the Administration of Justice, que fue preparado por la Inter-American Bar Foundation el 3 de febrero 1999 hace otro punto sobre la necesidad de continuidad en la participación de personal del BID (p.17).

⁶⁴ Hay un comentario interesante en un documento sobre Argentina del Banco Mundial. "Much is being said about corruption in Argentina. On a global scale the Bank's program is well designed to reduce incentives and scope for corruption. Still, there have been allegations of corruption in Bank projects. Management seems ready to act aggressively to deal with this problem. It has used the Bank-wide hotline to receive denunciations, which, to this moment has not produced any evidence of wrongdoing." In the footnote it adds. "The complaints are received by the Oversight committee, reviewed/discussed with the Buenos Aires office in terms of validity, after which a decision is made on whether to pursue further investigations. The BA office also gets complaints and allegations directly - usually by mail or fax without an identifiable contact. These are also submitted to the Oversight committee." World Bank, Operations Evaluation Department, Argentina Country Assistance Evaluation July 2000, p.7.

⁶⁵ Por supuesto esto no se limita a la experiencia del BID. Douglass Webb del Banco Mundial afirma que: "In Guatemala the Bank was asked in 1966 by the government to consider financing a judicial reform program. There was no lack of information about the problems of the judicial sector. By our count there had already been more than 50 reports on various aspects of the judicial system, financed by 22 donors - this for a country of 10 million and with 419 judges. More than \$17million had already been spent, mostly to meet the costs of foreign experts, study tours and some training. Yet there had been very little involvement by members of the Supreme Court in any of this activity, and little sign of improvement in the functioning of the judicial system.... The Bank's recommendation which was accepted by the government was that rather than further studies there should be a process of community consultation" then describes a full programme of consultation with all sectors, involving over 30% of the judges attending one or more workshops - and for a cost of \$50,000." "Legal and Institutional Reform Strategy and Implementation: A World Bank Perspective" en Law and Policy in International Business Winter 1999.

⁶⁶ Según el equipo Seguridad Ciudadana en Bogotá, entrevistas de marzo de 2001.

- Ocupan tiempo valioso del personal judicial⁶⁷.
- Muchas veces cubren el mismo tema y hacen necesario repetir las mismas explicaciones a distintos consultores⁶⁸.
- Consultores externos no saben lo suficiente sobre el contexto local⁶⁹.
- Las diferencias de sueldo entre consultores internacionales y locales causan resentimiento⁷⁰.
- Hay resentimiento sobre el uso excesivo de empresas consultoras estadounidenses importantes en lugar de consultoras locales⁷¹.

3. Estos puntos nos parecen válidos. El proceso de creación de consensos y el trabajo de capacitación mejoraría si se aumentara el número de consultorías nacionales y redujera el de internacionales. En lo posible los consultores locales deberían ser elegidos entre las instituciones que tengan la capacidad de beneficiarse de la consultoría y usarla para construir futuras actividades de investigación en esta área⁷².

4. Encontramos también quejas repetidas sobre el proceso de licitación internacional para consultorías, ya sobre ciertos montos ellas discriminan injustamente en favor de consultoras grandes con sede generalmente en los Estados Unidos. Ésta fue complementada por la denuncia adicional de que al ganar la licitación las consultoras grandes contratan a consultores locales en posiciones subordinadas. Es necesaria una mayor transparencia en el área de la contratación de consultores⁷³.

cuantitativos son más acertados. En el ámbito de la educación, por ejemplo, un aumento o una disminución en la tasa de matriculas puede ser tomado como un indicador más o menos fiel del impacto del proyecto. Se puede medir la calidad a través de exámenes estandarizados de desempeño de los alumnos en, por ejemplo, idiomas o matemáticas. Se pueden también utilizar encuestas de los apoderados como otro indicador del nivel de satisfacción con la mejora de provisión educacional.

2. Los indicadores cuantitativos, sin embargo, juegan un rol limitado en reformas legales. Una mejora en la velocidad del proceso judicial podría decir poco o nada sobre la calidad de justicia. Es más, dada la interrelación entre los varios componentes en el sistema legal, mejorar el procesamiento en un área puede simplemente aumentar los cuellos de botella en otros. El procesamiento más expedito de casos en el área de política penal y el aumento en el número de sentencias puede ser contraproducente si las cárceles tienen un serio problema de hacinamiento y una administración tan mala que sirven principalmente como escuelas para el crimen.

La evaluación de proyectos legales no puede basarse en la metodología de una sola disciplina.

3. Mejoras en informática pueden producir indicadores satisfactorios a nivel cuantitativo y también pueden ayudar a producir lo que parece ser una tasa de desembolso satisfactoria del préstamo BID. En la práctica, sin embargo, tales indicadores no son adecuados para medir la calidad de justicia o la sostenibilidad del proceso de reforma.

Monitoreo y Evaluación

1. La importancia de la evaluación es fundamental no sólo para cada proyecto particular, sino también como fuente de lecciones para mejorar la planificación de nuevas reformas. A menos que exista un sistema adecuado de evaluación no será posible tener información acertada sobre lo que funciona y lo que no en una reforma legal específica. Si esto no ocurre no habrá aprendizaje institucional, que contribuya a mejorar el proceso de reforma legal.

Los Problemas

1. La evaluación de la reforma legal es más compleja que las evaluaciones de otras reformas institucionales, porque en otras áreas los indicadores

4. La evaluación de proyectos legales no puede basarse en la metodología de una sola disciplina. Los economistas pueden medir el éxito de una reforma económica específica, pero el proceso de evaluación de la reforma legal requiere no sólo análisis legal, sino también análisis político, económico y de otras ciencias sociales.

5. Reforma legal también es un proceso muy largo, y es difícil -si no imposible- evaluarla de una forma adecuada antes de que las reformas hayan tenido tiempo para incorporarse como parte de la cultura del sistema legal, y eso puede ser una cuestión de una generación y no solamente de unos pocos años.

⁶⁷ Según Graciela López, de la Unidad de Prevención de Crimen en Montevideo, entrevista de marzo 2001.

⁶⁸ Según Juez Kliper del Consejo de la Magistratura, Buenos Aires, marzo 2001.

⁶⁹ Según Roberto Saba y Marcos Salt, profesores de derecho, Buenos Aires, marzo 2001.

⁷⁰ Este punto fue mencionado en entrevistas en todos los países.

⁷¹ Según Héctor Chayer de la ONG FORES en Buenos Aires, entrevista, marzo de 2001.

⁷² Luis Salas afirma que "Rule of Law projects are seldom awarded to local NGOs - the bulk go to large consultancy firms whose commitment to reform is limited by the availability of funds", Op. Cit., p. 31.

⁷³ "Local bidders must meet demanding financial and project management requirements which restricts bidders to major international firms who have the financial capability and implementation experience.", Op. Cit. p 32.

6. El informe del Task Force on Country Offices manifestó su preocupación sobre la calidad de las evaluaciones del BID. Éste señala que son deficientes⁷⁴. Cabe hacer notar, sin embargo, que ni USAID o el Banco Mundial lo hacen mejor en esta área⁷⁵. El tema de la calidad del monitoreo del progreso de proyectos no sólo es clave para el éxito de un proyecto específico, sino también para aprender de experiencia para mejorar diseño de proyectos para el futuro.

Midiendo Desempeño

1. Actualmente, se mide el desempeño casi exclusivamente en términos del monitoreo de desembolsos y en detrimento de aspectos cualitativos del proyecto. Según el informe del Task Force on Country Offices, las evaluaciones del BID se enfocan más a los desembolsos que al impacto de los proyectos⁷⁶.

2. ¿Cómo evitar evaluaciones simplistas y lograr que ofrezcan un cuadro más exacto del proyecto de la realidad? Una forma es pedir ayuda a los que están directamente involucrados en el sistema legal, como usuarios o participantes en el proceso de la administración de justicia. Existen varias estrategias para efectuar esto. Es común usar encuestas generales de opinión pública sobre la posición de la judicatura relativa a otras instituciones del Estado, como una reflexión de confianza pública. Otra alternativa es realizar encuestas entre los jueces y abogados. Esto es más valioso, pero es posible que tanto los jueces como los abogados tengan intereses específicos y sus opiniones pueden por lo tanto carecer de objetividad. Otra estrategia es efectuar una encuesta de expertos, pero aquí hay problemas relacionados de cómo saber cuán representativas son las opiniones de los expertos. Sin embargo, el uso de este tipo de información es útil siempre que la evaluación de los datos sea sistemática y longitudinal.

3. El uso de indicadores cuantitativos es también valioso (aunque hay que proceder con mucho cuidado). Éstos incluyen, como indica el documento de Christina Biebesheimer y Mark Payne, información sobre el número de casos pendientes, tiempo que toma la resolución de los casos, número de casos resueltos, los resultados de las apelaciones y el número de jueces sometidos a procedimientos

disciplinarios⁷⁷. Sin embargo, los autores afirman que esta información no permite evaluaciones cualitativas sobre la justicia ni de la imparcialidad de las decisiones de las cortes.

4. El BID ha desarrollado una técnica de monitoreo con su metodología del Marco Lógico, la cual provee una lista de factores que pueden ser chequeados mientras avanza el proyecto. Sin duda esto es valioso para los que están involucrados en la administración directa del proyecto y quienes están encargados de la fiscalización general. Sin embargo, es más fácil medir los factores que se prestan a evaluación cuantitativa (el número de personas capacitadas, computadores instalados, un aumento en la rapidez con la cual se procesan los casos). Es menos claro que si el Marco Lógico evalúa el resultado final del proyecto en términos de mejoras generales en el sistema legal, de un aumento en el acceso a la justicia, en términos de las metas de desarrollo económico o de la disminución del nivel de conflicto social. El Marco Lógico permite medir la administración efectiva del progreso del proyecto, pero es menos útil para medir su impacto sobre la calidad y eficiencia del sistema legal. Esto subraya una vez más el hecho que la evaluación sólo se puede construir sobre la base de un diagnóstico adecuado. Mejor desempeño de las instituciones judiciales no necesariamente implica un mejor ejercicio del sistema legal.

5. La evaluación de los cambios en la informática requiere cuidadosa atención. Estos componentes son extremadamente caros y muchas veces se enfrentan con problemas de adaptación, especialmente por parte del personal. Al parecer, proyectos como el piloto del Segundo Circuito en Costa Rica tienen sólo un consultor involucrado en su monitoreo, lo cual no parece suficiente dada la magnitud de los cambios que se están implementando y la dificultad de asegurar sostenibilidad de largo plazo.

6. Es importante distinguir entre los objetivos del préstamo y el impacto del proyecto en el sistema legal. Esta distinción implica que debería haber un grupo de objetivos específicos para el desempeño del préstamo, pero que hay que considerar el impacto de desarrollo general del proyecto, lo cual requiere el reconocimiento de factores más amplios. También hay que enfatizar que mientras sea posible

El Marco Lógico permite medir la administración efectiva del progreso del proyecto, pero es menos útil para medir su impacto sobre la calidad y eficiencia del sistema legal.

⁷⁴ Task Force Report, p 23.

⁷⁵ Cuando preguntamos sobre la evaluación en una reunión con personal de USAID en Washington nos dijeron que se había hecho poco en los últimos diez años en parte porque simplemente no tenían el tiempo ni el personal suficiente para hacerlo bien. Y se expresó la opinión de que lo que hicieron fue demasiado limitado a éxitos o fracasos específicos administrativos. Entrevista, abril de 2001.

⁷⁶ Task Force Report, Annex III p1.

⁷⁷ Christina Biebesheimer y Mark Payne, Assessment of Inter-American Development Bank Experience in Justice Reform, documento borrador enero 2001, p. 8.

estimar el desempeño del préstamo en un sentido limitado dentro de un plazo relativamente corto, determinar su impacto en el desarrollo general es un proceso mucho más largo. Al final el objetivo de estos proyectos tiene que ver con efectuar cambios en culturas legales, y se trata de un proceso lento y complicado incluso en los países más desarrollados. Dados los enormes cambios recomendados para los sistemas legales latinoamericanos es necesario ser realistas sobre lo que pueden lograr y tener paciencia, ya que el proceso de cambio se desarrollará en un período de varios años.

V. SOBRE EL FUTURO

1. No cabe duda de que los proyectos BID en reforma legal y judicial han tenido logros importantes. Han puesto la ley y la reforma legal en la agenda de desarrollo; creado conciencia sobre la importancia política y económica del derecho; elevado el perfil y estatus económico de los jueces; introducido medidas para proteger grupos vulnerables y actualizar estándares legales en algunas áreas claves.

2. Estos son logros impresionantes. Pero no es fácil discernir su impacto a un largo plazo sobre la gobernabilidad o el proceso de desarrollo. Los componentes del proyecto de reforma podrían fácilmente revertirse o simplemente dejar de existir una vez que el apoyo financiero externo termine, a menos que exista una comprensión clara de cómo contribuye a mejorar la gobernabilidad. Sin duda que es imposible eliminar este riesgo. Sin embargo, una estrategia clara para la reforma puede hacer mucho para minimizarlo. Además permitiría al BID tener un estándar para seleccionar áreas prioritarias para la reforma y decidir si debe o no involucrarse en áreas delicadas y controvertidas como son otorgar financiamiento para la construcción de cárceles o para capacitar a la policía.

3. El BID debería aclarar su estrategia y asumir un rol más prominente en el desarrollo y diseminación de conocimiento sobre la reforma legal y judicial. Esto no debería ser considerado un ejercicio meramente académico. El BID está de hecho involucrado en este tipo de actividad a través de su trabajo en economía de desarrollo. Por ende, en el área de reforma legal y judicial, también debería asumir la responsabilidad de mejorar y diseminar conocimiento sobre el rol de la ley e instituciones legales en el proceso de desarrollo. Hay un déficit importante de investigación en esta área, y la mayoría de las publicaciones disponibles son excesivamente doctrinarias o teóricas. Muchos supuestos no han sido probados empíricamente. El BID podría hacer mucho para promover investigación empírica en este tema.

El BID debería aclarar su estrategia y asumir un rol más prominente en el desarrollo y diseminación de conocimiento sobre la reforma legal y judicial.

4. Nuestra conclusión es que el BID debe seguir trabajando en el área de reforma legal y judicial, pero con cautela. Se trata de un área delicada. Además el derecho es un artefacto complejo que puede servir muchos objetivos, tanto buenos como malos. De allí la necesidad de proceder con cautela. ■

ACRÓNIMOS

AT: Asistencia Técnica.

CS: Corte Suprema.

DS: Desarrollo Sostenible.

BID: Banco Interamericano de Desarrollo.

MARC: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

ME: Modernización del Estado.

OL: Oficinas Locales.

PPMRs: Project Performance Monitoring Report (Informe de Monitoreo de Ejecución del Proyecto).

UE: Unidad Ejecutora.

USAID: United States Agency for International Development.

En busca de una Justicia Distinta. Experiencias de reforma en América Latina

Luis Pásara (compilador), varios autores,
Consortio Justicia Viva,
Lima, abril de 2004, 601 páginas.

Bajo la atenta mirada de Luis Pásara, compilador de esta edición, junto a la colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y el Consortio Justicia Viva de Perú, fue posible que diez reconocidos estudiosos y expertos de los procesos de reforma a los sistemas de justicia, nos entreguen su visión y las características más importantes de estos cambios acontecidos en esa área desde hace ya más de dos décadas.

De esta forma, y no antes de la revisión del artículo titulado *Reformar la Justicia: ¿de qué se trata?*, a cargo de Roberto G. Mac Lean U., quien a través de una exhaustiva recopilación de notas y entrevistas con jueces, funcionarios y usuarios de diversos países del orbe, durante las misiones del Banco Mundial, y otras que forman parte de su archivo personal, entrega "explicaciones jurídicas sobre el amor, para reformadores entusiastas, jueces valientes, legisladores responsables, juristas perceptivos y abogados empeñosos", en el que asevera que la única meta con sentido político, económico o social de las reformas es el mejorar el servicio que da el sistema a los usuarios, el primer capítulo da cuenta de las experiencias de reformas nacionales de Brasil, Colombia, Chile, México, Perú y Venezuela, mientras que el segundo revisa temas generales asociados e inherentes a los cambios estructurales en los sistemas de justicia reformados.

María Tereza Sadek, doctora en Ciencia Política y profesora de post grado del departamento de Ciencia Política de la Universidad de Sao Paulo, entrega un diagnóstico de la situación actual del país en el tema, y examina las principales propuestas de reforma existentes en el país, que permitan hacer del sistema de justicia una prestación jurisdiccional más eficiente.

En el caso de Colombia, se analizan las tendencias recientes entre los años 1993 a 2003, tal como lo dice el título del artículo escrito por Alfredo Fuentes Hernández, doctor en Derecho, Master en Derecho de la Universidad de Harvard y master en Economía de la Universidad de Boston. El autor comienza por describir las características de las

reformas a la justicia adoptadas en la Constitución de 1991, para luego evaluar los avances y las limitaciones de las reformas, en que se anexan indicadores que describen, entre otros, el esfuerzo financiero, y los progresos en materia de políticas de acceso alternativo a la justicia. El artículo además señala los problemas existentes en la administración de justicia en un contexto de conflictividad criminal a la que se ve enfrentada la sociedad colombiana debido a las acciones terroristas y de violación de derechos humanos.

Mauricio Duce, es el autor del artículo que describe la situación actual del proceso de implementación de la reforma procesal penal en Chile, comenzando por los inicios de la gestación de reforma, describiendo el contexto general, el impulso al cambio dado por la sociedad civil chilena, y las distintas instancias de trabajo por las que atravesó la reforma, así como también las resistencias a este proceso de cambios. Duce, magíster en Derecho por la Universidad de Standford, y coordinador de capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, relata en su artículo los alcances de la reforma y sus principales características, para terminar enumerando los principales desafíos y avances obtenidos luego de tres años de funcionamiento gradual de este nuevo sistema de justicia criminal chileno.

La experiencia y los movimientos de reforma en México son descritos y contextualizados por Héctor Fix-Fierro, abogado licenciado por la Universidad Autónoma de México y Doctor en Derecho por la Universidad de Bremen, quien antes de iniciar su artículo advierte el cambio que se ha producido en la esfera de la discusión en torno al tema, señalando que si bien hace diez años no existía un amplio debate público o científico sobre el tema, - como ya se hacía en otros países de Latinoamérica- con el cual pudiera iniciarse el debate hoy esa situación ha cambiado de manera importante.

Héctor Fix-Fierro parte repasando los cambios sufridos en el sistema judicial a partir de 1917, luego se refiere a la "transición judicial" que se produce

entre el 1987 y 1994, "ya que a partir de la reforma acontecida en el 87 se marca un nuevo rumbo en las instituciones judiciales", señala. No en vano, Fix-Fierro titula a este capítulo "... de Poder de Tercera a Tercer Poder".

En las siguientes páginas, el autor reflexiona sobre el proceso de reforma mismo, y sus perspectivas para el corto plazo, tomando en cuenta un análisis del comportamiento y las propuestas de cambio de importantes actores.

Linn Hammergren, a través del sugerente título, "La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras", adelanta en los sustantivo cuál es el contenido de su trabajo. En efecto, revisa los últimos 30 años de experiencia en Perú, evalúa su impacto en el Poder Judicial, y entrega algunas conclusiones relativas a las prioridades de estos momentos, a la vez que enuncia algunos métodos que pueden usarse para lograr un avance en el tema.

Finalmente, para concluir esta primera parte, Rogelio Pérez Perdomo, Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana de Caracas, entrega una descripción del funcionamiento del sistema judicial hasta 1998, para después introducirse en la década del 90 y sus cambios en el sistema judicial.

El capítulo II y como antes lo mencionáramos agrupa los tres *Grandes Temas*, que trae consigo la reforma judicial, esto es, el acceso, la independencia y la eficiencia, todos ellos planteados desde la experiencia regional.

El primero, "Acceso a la justicia", escrito por Álvaro Fernandino, Abogado costarricense, Coordinador del Programa de Justicia de USAID en Guatemala, en el que señala la noción teórica y el marco normativo de acceso, para después ahondar en un análisis estratégico del mismo. Los mecanismos de acceso a la justicia es otro punto importante en el que profundiza Fernandino, para terminar con las conclusiones correspondientes.

El tema del fortalecimiento de la independencia judicial está a cargo de Margaret Popkin, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso Legal, quien tomando como premisa la independencia judicial, como precondition para la imparcialidad, hace un resumen de algunas reformas emprendidas para el fortalecimiento de la misma y sus resultados, además de analizar el motivo por el cual las reformas no obtienen los resultados esperados.

Para cerrar el capítulo, Juan Enrique Vargas, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, analiza primero el significado de la Eficiencia Judicial, y el cómo se ha enfrentado la congestión judicial, para en segundo lugar hacer una revisión de las medidas para aumentar la capacidad de respuesta de los sistemas de justicia. En tercer lugar se vislumbra cómo los criterios de eficiencia deberían incorporarse a una definición del espacio propio del poder judicial, para finalizar con algunas de las lecciones aprendidas que dejan los cambios en la gestión.

Por último, Luis Pásara, compilador del libro, extrae a manera de conclusiones el análisis de los textos contenidos en esta edición, capítulo en el que plantea una interrogante al titular su artículo: *Lecciones ¿Aprendidas o por Aprender?*

Por **Ximena Catalán**

CEJA

ximena.catalan@cejamericas.org

| El Salvador, San Salvador

Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica se reunieron en VIII Cumbre

En el tema referente a los Sistemas de Información Estadística fue encargado a CEJA promover la capacitación en las unidades estadísticas de los poderes judiciales.

Durante dos días debatieron las autoridades asistentes a la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia celebrada en San Salvador, El Salvador, lugar en el que se discutieron y analizaron los principales desafíos y dificultades a los que se enfrenta la administración de justicia en los diversos países de Iberoamérica.

Con la asistencia de representantes, autoridades invitadas y observadores de 22 países, se realizó este foro que entre otros temas pasó revisión a los actuales temas y preocupaciones hemisféricas, entre ellos, la carrera judicial, escuela judicial, financiación de la justicia, globalización y seguridad jurídica, lucha contra la corrupción y sistemas de información estadística.

Cinco fueron las reuniones preparatorias que dieron forma a la agenda temática de la reunión, a la documentación de trabajo y de sustentación, y las declaraciones finales definitivas.

En específico, el caso de los sistemas de información estadística, que por primera vez formó parte de la agenda temática, se aprobó como una acción para el logro de las declaraciones, "el promover la capacitación de los miembros de las unidades estadísticas en los poderes judiciales de Iberoamérica en procura de la especialización de sus integrantes con la colaboración entre otros, del Centro de Estudios de Justicia de las Américas".

Los documentos y declaraciones definitivas finales pueden encontrarse en www.iberius.org

| Santiago, Chile

X Reunión del Consejo Directivo de CEJA

Los días 9 y 10 de diciembre de 2004 se realizó la reunión anual del Consejo Directivo, el máximo órgano del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Está integrado por siete miembros elegidos a título individual por la Asamblea General de la OEA, por un término de tres años. La tarea del Consejo es definir estrategias y políticas de la institución y aprobar anualmente el plan de trabajo que, de acuerdo a las directrices de las Reuniones de Ministros de Justicia de las Américas (REMJA), presentó el Director Ejecutivo de la entidad.

| AG de la OEA

Fue elegido nuevo miembro del Consejo Directivo de CEJA

En la última sesión plenaria realizada en el marco del XXXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, fue elegido como nuevo miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas el Dr. Germán Garavano de la República de Argentina.

Junto con la elección de otras autoridades que deberán representar a algunos órganos del sistema interamericano, se procedió a votar por la candidatura del Dr. Garavano, quien actualmente es Juez y Consejero del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Dr. Garavano, asumirá su cargo a partir de enero, durante el período 2005-2008.

| Revista Sistemas Judiciales

III Reunión Anual del Comité Editorial

El encuentro se realizó el pasado 10 de diciembre en Santiago de Chile con el objetivo de hacer una evaluación y revisión de la revista y sus políticas editoriales. También fueron ejes del trabajo del Comité Editorial las temáticas, fuentes de información y posibles autores de las ediciones futuras.

| Conferencia internacional en Canadá

La enseñanza judicial en un mundo de retos y cambios

Del 31 de octubre al 5 de noviembre se desarrolló en Ottawa, Ontario, Canadá, la *II Conferencia Internacional sobre Capacitación del Poder Judicial: La enseñanza judicial en un mundo de retos y cambios*, proyecto realizado en conjunto entre la International Organization for Judicial Training (IOJT u Organización Internacional de Capacitación Judicial) y el National Judicial Institute of Canada (NJI o Instituto Judicial Nacional de Canadá). Al evento asistieron jueces y otros dirigentes de la enseñanza judicial de todo el mundo, con el fin de discutir e intercambiar opiniones y experiencias sobre una variedad de cuestiones relativas al origen y forma de impartir esta instrucción, además del desempeño eficaz de las

organizaciones educativas judiciales y su acercamiento a la población.

Entre los temas se trataron la educación para jueces nuevos, el uso de contexto social, y cómo crear una organización internacional para estos fines. También se profundizó sobre los acercamientos comparativos a la educación del personal y administradores de las cortes, y su rol en promover independencia y ética judicial.

Mayores informaciones del programa y asistentes dirigirse a la página de la Conferencia: www.nji.ca/internationalForum

| Viña del Mar, Chile

Encuentro de las Américas para la Resolución Pacífica de Conflictos

Más de 400 asistentes de 13 países de la región participaron en el III^o Encuentro de las Américas, inaugurado el miércoles 22 de septiembre en Viña del Mar, Chile, por el presidente de la Corte Suprema de Chile, Marco Libedinsky, y el Ministro de Justicia de ese país, Luis Bates, quien realizó posteriormente una clase magistral.

Durante el evento se abarcó el tema de la mediación entendida como un mecanismo de ayuda a las personas en la resolución de disputas en forma rápida y económica, en comparación a los procesos judiciales, ya sea en cuestiones de negocios, entre vecinos, familiares, dentro de una comunidad o en disputas en el interior de organizaciones.

El evento permitió conformar un espacio de intercambio de experiencias e información en el área de la mediación, en distintos ámbitos de aplicación dentro de la región. Para esto contó con grandes expertos internacionales que encabezaron las mesas de trabajo del Encuentro, divididas en mediación familiar, penal, escolar, político-social y formación de profesionales.

La actividad fue organizada en conjunto por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), el Ministerio de Justicia de Chile, la Fundación Mediadores en Red, y la Universidad Diego Portales.

Acceda a las exposiciones desarrolladas en el evento en: www.cejamericas.org

| Organizado por CEJA

Finaliza tercera etapa del programa interamericano de capacitación

Considerado como la tercera etapa del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, durante la semana del 13 al 17 de septiembre se realizó en Santiago, Chile, el curso Destrezas de Litigación en un Sistema Oral, en el que participaron profesionales de 19 países de las Américas.

El programa de capacitación, que cuenta con el financiamiento de la Agencia Canadiense de Cooperación Internacional (CIDA), comenzó en marzo de 2004 con un curso básico e introductorio, para continuar durante los meses de julio a agosto con la etapa intermedia que funcionó a través de la modalidad de E- Learning.

A partir de ahora, la idea es que los alumnos capacitados repliquen sus conocimientos en sus respectivos países.

Para conocer más detalles acerca de este programa visita la página www.cejamericas.org/capacitación

| San Pedro Sula, Honduras

II Seminario Interamericano sobre Género y Justicia

Cómo se persiguen los delitos sexuales en los nuevos sistemas de justicia de las Américas, fue una de las principales interrogantes a responder en este encuentro.

Con el tema de la persecución penal de los delitos sexuales como eje central, se realizó los días 25 y 26 de noviembre en San Pedro Sula, Honduras, la segunda versión del Seminario Interamericano sobre Género y Justicia, evento que contó con el patrocinio de la Corte Suprema del país anfitrión, y que tuvo por objeto generar una discusión y análisis en torno a la persecución de los delitos sexuales, en los casos cuyas víctimas son mujeres.

El objetivo de esta actividad organizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas fue dar respuesta a una serie de inquietudes en relación a la perspectiva de género y administración de justicia, que despiertan los nuevos sistemas acusatorios que se han dado lugar en la región.

El I Seminario Interamericano se realizó en noviembre del 2003, y tuvo como sede de encuentro la ciudad de Viña del Mar, Chile, oportunidad en la que GTZ actuó como coorganizador.

| En Buenos Aires, Argentina

Se lanzó la Red Nacional para el Desarme

El 18 de noviembre quedó formalmente organizada la "Red Argentina para el Desarme. Por una sociedad sin violencia", conformada por INECIP junto a otras entidades de la sociedad civil que, conjuntamente, han llegado a la conclusión de que las armas de fuego agravan la situación de inseguridad y violencia que afecta a las personas cotidianamente, y que las políticas públicas hasta ahora existentes son insuficientes para dar una solución efectiva a este problema.

La "Red argentina para el desarme. Por una sociedad sin violencia", se nutre de la labor de organizaciones que vienen trabajando desde el año 2000 en redes regionales del interior del país y de manera aislada e independiente en todo el territorio nacional, y está formada por INECIP, Espacios, FLACSO-PPGA (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales), Red Solidaria -todas organizaciones miembros de la Red Mundial IANSA-, La Comuna (Rosario), Espacios Santa Fe, APP (Asociación para Políticas Públicas), Asociación Civil La Casa del Sur y Fundación Lebensohn.

La Red fue presentada en una conferencia de prensa en la que participaron representantes de las distintas organizaciones que la conforman, y que fueron acompañados por Rebecca Peters, directora de IANSA (International Action Network on Small Arms), la red de control de armas de fuego más grande del mundo; Lidia de Burry, la abuela platenense que desde hace tres años canjea armas; Marcia Lisboa, de Desarme.org de Brasil, donde se está llevando a cabo una exitosa campaña sobre el tema; y por el periodista Diego "Chavo" Fucks.

| San Juan, Puerto Rico

Se realizó la XIV Reunión de Cortes Supremas de Justicia de Centroamérica, El Caribe y México

En el evento CEJA presentó los informes estadísticos por países encargados por las Cortes Supremas en la XIII Reunión efectuada en Santo Domingo, República Dominicana, el año 2003.

Con la aprobación de la Declaración de San Juan, finalizó la Decimocuarta Reunión de Cortes Supremas de Justicia de Centroamérica, El Caribe y México, cuyo objetivo fue conocer los avances judiciales y los desafíos futuros que cada uno de los poderes judiciales asistentes enfrentan en sus respectivos países.

Además de la revisión de la situación judicial actual de los países participantes, se incluyeron temas como los fundamentos del sistema acusatorio garantista, la capacitación de los actores procesales, la experiencia del Centro Interamericano para la Administración de Justicia y de Política Pública, el financiamiento privado de la Justicia, y la presentación de Informes Estadísticos a cargo de CEJA. Las autoridades reunidas reafirmaron entre otras cosas la relevancia de compartir las herramientas informáticas y experiencias de cada Poder Judicial con objeto de "dotar a los sistemas judiciales de tecnología moderna y eficiente, que agilice la adjudicación de controversias judiciales, facilite el acceso a la ciudadanía a la justicia y viabilice la transparencias de los procesos judiciales".

La exposición de los informes por parte de CEJA respondió a la solicitud hecha en la XIII Reunión de recopilar y presentar indicadores judiciales con el fin de conocer el estado de la administración de justicia en algunos países.

Fue precisamente en cumplimiento de ese mandato que CEJA organizó un taller de estadísticas judiciales en Honduras, en agosto del presente año, en el que hizo entrega a los representantes de cada país un modelo de recolección de estadísticas judiciales (matriz), y un documento explicativo para su utilización, relevando de esa manera la información para la elaboración de los indicadores exhibidos durante la Reunión.

Acceda a las resoluciones de la Reunión en www.cejamericas.org

| Buenos Aires, Argentina

Se creó la Escuela Judicial del INECIP

Frente al escenario de transición por el que atraviesan la mayoría de los sistemas judiciales de la Región, y con el objetivo de enriquecer y profundizar la reflexión acerca de la capacitación judicial que dicho contexto requiere, se creó la Escuela Judicial del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

La Escuela Judicial del INECIP apunta a analizar y desarrollar nuevos modelos organizacionales para los Centros o Escuelas Judiciales, que respondan adecuadamente a las necesidades y condiciones del contexto Latinoamericano; profundizar y renovar tanto la teoría como la práctica en materia de capacitación judicial; y establecer vínculos entre quienes trabajan en el ámbito de la capacitación judicial promoviendo el intercambio de información y proyectos desarrollados en el área.

Entre los servicios que la Escuela brinda se encuentran el diseño de programas de capacitación y asistencia técnica para la implementación y seguimiento de proyectos; el asesoramiento y consultoría en gestión de la capacitación; la formación de capacitadores; la promoción y difusión de artículos, bibliografía y novedades; y la detección de necesidades de capacitación.

En vigencia nuevo Código Procesal Penal

La nueva legislación implica profundos cambios en el sistema de procedimiento penal, que desde el mixto pasará al acusatorio.

La justicia de República Dominicana cuenta a partir del último trimestre del año 2004, con un nuevo Código Procesal Penal, que establece la obligatoriedad del juicio oral para sancionar a cualquier ciudadano a una pena o medida cautelar. Además, el Ministerio Público será el encargado de la investigación, la persecución y la acción penal con el auxilio de la Policía.

Queda establecido que la audiencia preliminar será oral y pública y que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de 10 días, ni mayor de 20 después de concluida la investigación. En este sistema, el juez de la instrucción tendrá una función de control o garantía, ya que velará por el buen desarrollo de la fase de instrucción, debiendo decidir sobre las solicitudes de medidas cautelares realizadas por el fiscal; garantizar los derechos del inculgado, la víctima y de los demás intervinientes en el proceso; y resolver todos los incidentes que se promuevan durante esta etapa y en la Audiencia Intermedia.

El Código tiene, entre sus principios fundamentales, la garantía de una justicia rápida y cumplida, y la creación de opciones para solucionar conflictos, a fin de que casos menores se resuelvan sin que lleguen a

juicio. El Presidente de República Dominicana, Leonel Fernández, declaró durante la ceremonia de presentación del nuevo Código al medio periodístico dominicano RD Noticias que la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal no es suficiente y agregó: "La reforma judicial va acompañada de una reestructuración profunda de la Policía, y una reforma carcelaria que, a su vez, forman parte de la modernización del Estado, la economía y la sociedad en la República Dominicana".

Fue el actual presidente quien en 1997, formó una comisión de juristas y académicos, junto a activistas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con el fin de constituir el foro de Apoyo a la Reforma Procesal Penal.

La coordinación de ese comité fue asumida por la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), la cual solicitó la asesoría del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), con sede en Buenos Aires, Argentina.

Vea el sistema de justicia de República Dominicana en el Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas de CEJA, en www.cejamericas.org/reporte

07 al 11 de marzo de 2005 | Washington, D.C., Estados Unidos

Séptima reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción

Contacto: Comité Organizador, e-mail:SDSouza@oas.org

Idiomas: Español

Organiza: Organización de los Estados Americanos (OEA)

En el 2001 se reunieron los Estados Parte en la Convención Interamericana Contra la Corrupción a fin de establecer un Mecanismo de Seguimiento para la implementación de dicha Convención. A partir de esa fecha, y establecido el Mecanismo de Seguimiento, se han realizado varias reuniones exploratorias sobre el estado de implementación de la Convención en los países firmantes. En su séptima reunión, el Comité considerará los proyectos de informes de México, Trinidad y Tobago, Honduras, El Salvador, República Dominicana y Bahamas. Dicho proceso continuará en las siguientes reuniones, de acuerdo con la secuencia adoptada para la primera ronda de análisis.

10 al 13 de marzo de 2005 | Punta del Este, Uruguay

3° Congreso Interamericano de Defensorías Públicas - 1° Congreso de la AIDEF

Contacto: Secretaría del Congreso; aidef2005@personas.com.uy

Idiomas: Español

Organiza: Asociación Interamericana de Defensorías Públicas - AIDEF

Patrocina: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.

Este congreso convocará los siguientes temas:

- Niños y adolescentes en conflicto con la ley penal
- Derecho de familia y cooperación entre defensorías públicas de la AIDEF
- Extradición
- Derecho alternativo y minorías étnicas
- Estatutos del trabajador inmigrante
- Responsabilidad médica
- Análisis comparativo de las leyes de violencia doméstica en la región
- Derecho humanos. Pacto de San José de Costa Rica
- Defensa gratuita obligatoria del indagado
- Independencia y calidad de la defensa pública.

Página Web del Congreso www.aidef2005.com

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

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.

- 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

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 Prensa
y Comunicaciones 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

Paula Mallimaci Barral

[Coordinadora de Edición]

Ediciones del Instituto
(INECIP)
Talcahuano 256, 1º Piso (C1013AAF)
Buenos Aires, Argentina
Tel./Fax: (54-11) 4372-0570
E-mail: ediciones@inecip.org