

La nueva agenda de la justicia penal en América Latina

¿Cuál será la gesta de nuestra generación?

Julián Alfie

La nueva agenda de la justicia penal en América Latina

¿Cuál será la gesta de nuestra generación?

Julián Alfie

© 2025 - Ediciones del Instituto

Talcahuano 256 1º piso,
Ciudad de Buenos Aires, Argentina

INECIP@INECIP.ORG

Diseño gráfico: Lucía Ronderos



Índice

I.	Introducción: Mejorar la justicia penal para mejorar la calidad de la democracia	7
II.	Una nueva agenda para un nuevo contexto	10
III.	Aprendizajes del movimiento reformista de las últimas décadas	17
IV.	Las tres generaciones de reformas a la justicia penal	22
V.	Si ya tenemos sistemas acusatorios, ¿para quién cantamos nosotros entonces?	27
VI.	¿Qué deudas buscamos saldar? Los problemas centrales de la justicia penal que debe abordar nuestra generación	36
VI. 1.	El avance de los mercados ilegales ante Estados ineficaces	37
VI. 2.	La falta de respuestas ante la victimización masiva (especialmente por razones de género)	43
VI. 3.	El neo-autoritarismo y la falsa eficacia político-criminal	48
VI. 4.	La dependencia e ineficiencia del Poder Judicial, dos caras de una misma moneda	51
VI. 5.	La ineffectividad estructural de la defensa penal ante el encarcelamiento masivo	55
VI. 6.	La enseñanza del derecho anclada en un paradigma obsoleto	58
VII.	Los ejes de la nueva agenda de la justicia penal	60
VII. 1.	La disputa por la eficacia político-criminal de los Ministerios Públicos	62
VII. 2.	La diversificación de respuestas para una tutela judicial efectiva	73
VII. 3.	Repensar la agenda de la independencia judicial	78
VII. 4.	Un Sistema de Defensa Penal para una defensa penal efectiva	82
VII. 5.	Rearmar la enseñanza universitaria del derecho	85
VIII.	¿Es posible lograr estos cambios?	88
	Bibliografía	89

Colección **Fichas del INECIP**

La colección “Fichas del INECIP” (o “Fichas para el trabajo universitario del INECIP”) nació hace más de dos décadas como una herramienta de difusión de artículos, debates e investigaciones sobre las áreas de trabajo del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias y Penales (INECIP). Desde ese entonces, su objetivo ha sido promover el desarrollo, la comprensión y el debate respecto de los distintos programas que conforman la agenda de trabajo del INECIP.

Los textos se encuentran dirigidos a estudiantes y profesores universitarios, pero también a quienes integran u operan el sistema de justicia, a periodistas y comunicadores, a organizaciones sociales y de base y a los y las principales tomadores de decisiones pertenecientes a todas las órbitas del Estado.

Hoy continuamos con esa línea histórica, con el objetivo de seguir facilitando las discusiones en torno a aspectos medulares del funcionamiento de los sistemas de justicia de la región.

PUBLICACIONES ANTERIORES DE LA COLECCIÓN

- 2001 Alberto M. Binder,**
“La lucha por la legalidad - La sociedad fragmentada”
Silvina Ramírez et al,
“Justicia indígena: el desafío de la construcción de un estado pluricultural”.
Ariel H. Colombo,
“La rebelión y sus formas”.
2004 Carlos Santiago Nino vs. E. Raúl Zaffaroni,
“Un debate sobre la Pena”.
Luigi Ferrajoli,
“Jurisdicción y democracia”.
2008 Paula Andrea Toro, Victoria Darraidou y Francisco Godínez Galay
(coord.), “Relevamiento

periodístico sobre el Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego”.

Carola Concaro, Diego Brandy, Gustavo Quintana y Hernán Olaeta, “Las estructuras de mercado en el fenómeno de la criminalidad: una medición estructural del mercado ilegal de armas de fuego”.

- 2020 Julián Alfie y María Victoria Llorente,**
“¿Quiénes dirigen los Ministerios Públicos Fiscales?”.

La nueva agenda de la justicia penal en América Latina

¿Cuál será la gesta de nuestra generación?

Julián Alfie*

I. Introducción:

Mejorar la justicia penal para mejorar la calidad de la democracia

Hace ya 40 años, en plena ebullición de las renacientes democracias, un novedoso movimiento de reformas a la justicia penal surgió en América Latina. Fue la reacción de una generación de jóvenes juristas ante la pasividad que los sistemas judiciales habían mostrado frente a los gobiernos autoritarios y los conflictos internos que atravesaron el continente durante las décadas anteriores¹.

*

Director Ejecutivo del INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales),
WWW.INECIP.ORG.

1 Así lo analizaba Perfecto Andrés Ibáñez en 1988 al reseñar el proyecto de Código Procesal Penal para Argentina surgido 5 años después del retorno de la democracia, conocido como "Proyecto Maier": "Quizá no sea un exceso de voluntarismo pensar que pasos hacia adelante como el representado por el proyecto Maier sólo pueden darse bajo el impulso y en la acuciante proximidad de experiencias del grado de inhumanidad y de oprobio de la vivida por el pueblo argentino en años recientes", Perfecto Andres Ibañez, «Derecho después de la barbarie», *El País*, 15 de junio de 1988, sec. Internacional, https://elpais.com/diario/1988/06/15/internacional/582328810_850215.html.

La premisa, presente desde el pionero “Proyecto Maier” de Código Procesal Penal de la Nación de 1986², era clara y novedosa: “No es posible una democracia de calidad sin una administración de justicia de calidad”³. Ese postulado central del proceso de reformas es una derivación de un diagnóstico que ya había popularizado con anterioridad Vélez Mariconde: el divorcio entre los regímenes procesales penales latinoamericanos y los principios democráticos y liberales que consagraban las constituciones de la región desde sus orígenes⁴.

Cuatro décadas después, esa premisa y esa vocación de transformación deben ser retomadas para construir una nueva agenda de trabajo para la justicia penal. Atravesamos un contexto regional muy distinto al de entonces. Latinoamérica tiene democracias aparentemente consolidadas, sostenidas por períodos récord para la mayoría de los países. Pero esos sistemas de gobierno también atraviesan tensiones permanentes en nuestra región y en todo el mundo, causados principalmente por sus promesas incumplidas en distintas materias. Aún no sabemos si los signos de cri-

2 “Si el sistema vigente se encuentra en colapso, es porque él no sirve ni al Estado ni al individuo, no favorece la persecución de los delitos, ni garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales. Toda sociedad necesita -y la nuestra aún más imperiosamente- corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica. Se puede decir, entonces, que el sistema nacional de enjuiciamiento penal, en la medida de su doble ineficacia, desorienta al cuerpo social, desvirtúa las bases valorativas de nuestra convivencia y, favoreciendo la impunidad o logrando el castigo a costa de la renuncia de otros principios fundamentales, contribuye a fomentar muchos de aquellos males estructurales de nuestra sociedad, que impiden construir una democracia justa y acorde con las circunstancias del mundo moderno”. Julio B. J. Maier, *El proyecto de código procesal penal de la Nación*, Doctrina Penal. Teoría y Práctica. 1 (Buenos Aires: Depalma, 1987).

3 Alberto M. Binder, «Congreso Homenaje al 25° aniversario de la promulgación del Código Procesal Penal de Paraguay» (Congreso Nacional de Paraguay, 2023), <https://inecip.org/documentos/binder-en-el-congreso-por-el-25-aniversario-de-la-promulgacion-del-codigo-procesal-penal-paraguay/>.

4 Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal* (Marcos Lerner Editora Córdoba, 1981), 18.

sis que presentan las democracias son pasajeras o permanentes⁵. En este contexto, la lucha por mejorar la calidad de la justicia es necesaria no sólo para mejorar la calidad de la democracia, sino también para luchar por su propia vigencia.

¿Por qué es necesaria una “nueva” agenda para la justicia penal? Porque las implicancias políticas, el contexto social, el sistema institucional, las tecnologías y los actores de cambio se modificaron drásticamente respecto al período 1980-2020. Por lo tanto, es necesario diseñar e iniciar una nueva etapa de cambios. Una etapa con continuidades y rupturas, que sea capaz de recoger los aprendizajes de las últimas cuatro décadas.

Nuestros predecesores construyeron una verdadera gesta al alcanzar las reformas judiciales planteadas por los fundadores de las Repúblicas latinoamericanas desde comienzos del siglo XIX. Esos proyectos que, como señalamos, habían quedado plasmados en las primeras constituciones políticas, nunca se habían implementado en la práctica. Haberlos logrado, más de 100 años después, fue un gran logro, con todos sus méritos y sus enormes deudas. Ahora, es hora de moldear nuevos contenidos, objetivos, estrategias y metodologías.

5 Se ha instalado en la agenda pública la existencia de una crisis de la democracia y una creciente e irrefrenable insatisfacción con ese sistema de gobierno, por su presunta incapacidad de cumplir con demandas sociales cada vez más amplias y con exigencia de cumplimiento inmediato. Así y todo, siguen pasando los años de esta era en la cual, como nunca antes, la enorme mayoría de los gobiernos del planeta se presentan como democráticos y cumplen, en mayor o menor medida, con premisas básicas de ese modelo. Al mismo tiempo, aparecen señales de alerta cada vez más usuales sobre el quiebre de distintas reglas democráticas básicas, escritas o no escritas. En cualquier caso, sigue siendo adecuada la pregunta que se hacía Guillermo O'Donnell en 2007, cuando los cambios tecnológicos aún no habían profundizado la ansiedad política de la ciudadanía: “¿Podría ser que la propia democracia está intrínsecamente caracterizada por un sentido perpetuo de crisis, o más precisamente, por tensiones permanentes que son preocupantes y a la vez un testimonio para sus mejores cualidades y, en efecto, para sus capacidades más fuertes?”. Sin dar una respuesta definitiva, el autor señalaba: “La democracia siempre proyecta un horizonte de esperanza e insatisfacción” (Guillermo O'Donnell, «Las crisis perpetuas de la democracia», *Polis* 3, n.º 1 (junio de 2007): 11-20). Para una síntesis más reciente sobre el estado de la discusión respecto a la crisis de la democracia a nivel global, ver: Adam Przeworski, *Las crisis de la democracia: ¿a dónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?* (Siglo XXI, 2022).

En otras palabras: nuestra generación, la generación de jóvenes latinoamericanos y latinoamericanas que naturalizamos la democracia como sistema de gobierno, que nos vemos interpelados por sus cuentas pendientes y, en particular, por la calidad de la justicia penal, debe ser capaz de construir una nueva gesta. Una gesta que acerque la realidad de nuestros sistemas de justicia a lo que la democracia requiere de ellos.

Ya sea desde el interior de los sistemas de justicia, impulsando grandes procesos de transformación o pequeñas pero costosas batallas por adaptar su funcionamiento institucional a postulados democráticos, en contextos muchas veces hostiles a esos cambios. O bien desde el rol de litigantes, con todas las limitaciones, pero también con las enormes posibilidades de incidencia sistémica que ese rol otorga. O desde las cada vez más diversas, heterogéneas e interdisciplinarias posiciones externas (la academia, la sociedad civil, las organizaciones de base, el rol docente, órganos gubernamentales o legislativos, el periodismo judicial, entre otros) que buscan incidir sobre el funcionamiento de la justicia. Desde el rol que sea, existe un amplio colectivo de jóvenes con la innegociable voluntad de continuar la histórica lucha por el cumplimiento igualitario de la ley en América Latina. Ante el cierre de un ciclo histórico, hoy nos toca continuar ese camino. Nos toca construir nuestra propia gesta.

II. Una nueva agenda para un nuevo contexto

La relación entre la calidad de la democracia y la calidad de la administración de justicia es particularmente visible cuando nos referimos a la justicia penal. Administrar justicia penal no es otra cosa que administrar el poder más extremo que tiene el Estado: el poder de ejercer violencia. Esa administración implica legitimar la “privación de libertad” de las personas, eufemismo con el que denominamos al enjaulamiento de seres humanos. Y, a veces, ni siquiera a eso: muchos detenidos de América Latina anhelarían la comodidad que ofrece una jaula en comparación a los espacios inhumanos en los que deben vivir.

Ese poder estatal extremo le da a esta área judicial un papel central en materia de calidad democrática. Un Estado que administra su violencia legítima en forma arbitraria y sin control estará más cerca de un modelo autoritario. Y uno que blinde de impunidad a graves violaciones a los derechos humanos afectará directamente la vigencia del sistema democrático.

Así era hace 40 años y así sigue siendo hoy, aunque por razones distintas, si tenemos en cuenta los enormes cambios que atravesaron la sociedad y la propia justicia penal en estas décadas.

La nueva agenda de reformas debe hacerse cargo de esos cambios externos e internos al sistema de justicia. Externos, ya que el problema que movilizaba a esa generación de reformistas de los años 80 era otro: el abuso extremo de poder estatal provocado por gobiernos autoritarios (generalmente, dictaduras militares) y la violencia social producida por los conflictos internos de raíz política. Binder sintetizaba en 1988, en los comienzos de ese movimiento reformista, cuál era la deuda que pretendían saldar, inicialmente en Argentina y luego en toda Latinoamérica:

“Asistimos, pues, al debate sobre el proyecto de reforma de la Justicia criminal. Un proyecto que remueve de raíces el actual sistema inquisitivo y burocrático, saldando, al menos en parte, la deuda con los miles de argentinos que no encontraron un juez que los defendiera de la fuerza brutal de los dictadores”⁶.

Hoy, la situación social sobre la cual los sistemas de justicia deben intervenir es otra. El problema que llama a la acción a quienes trabajamos por mejorar la justicia penal también es distinto. Seguimos teniendo abusos de poder estatal y grupos no estatales que generan situaciones de conflicto armado o de control territorial, pero las características de estas problemáticas son muy diferentes, y a ellos se les añaden otros fenómenos.

Por un lado, la violencia social de gran escala causada por el avance de los mercados ilegales y de formas de criminalidad con cierto nivel de organización. Esa violencia ya no responde a banderas políticas en el sentido tradicional ni es una herramienta utilizada para concentrar mayor poder y así imponer un modelo político o social distinto al imperante. Hoy, ese poder se orienta principalmente a fines económicos: controlar mercados ilegales y maximizar ganancias económicas, más allá de algunas tangenciales reivindicaciones políticas o culturales. La violencia es un recurso más dentro de los diversos recursos necesarios para la competencia económica dentro de mercados total o parcialmente ilegales. Generalmente, un recurso de última instancia, ya que puede afectar la rentabilidad.

6 Alberto M. Binder, «Poder comunitario y reforma de la justicia criminal», *Revista Crisis*, 1989, <https://revistacrisis.com.ar/notas/alberto-binder-poder-comunitario-y-reforma-de-la-justicia-criminal>

Desde esta perspectiva, la intervención de la justicia penal puede ser (y eso se espera) un obstáculo para el desarrollo de esos mercados. Pero, en la práctica, muchas veces se convierte en una herramienta que favorece a los actores de esos mercados, ya sea brindándoles impunidad, o incluso actuando direccionadamente para remover a otros actores que impliquen una competencia en términos de mercado. Es decir, concentrando el accionar de la justicia penal en ciertos actores de esos mercados ilegales, a través de procesos aparentemente lícitos pero ilícitamente direccionados a beneficiar a otro actor también ilegal, a quien se blinda con impunidad. Por lo tanto, la justicia penal latinoamericana está frente a la disyuntiva de cumplir con su deber de obstaculizar el avance de esos mercados ilegales, o bien facilitar su consolidación, ya sea por complicidad, miedo o por incapacidad.

Por otro lado, los abusos de poder estatal siguen existiendo, en gobiernos de todo signo político y, en algunos casos, en formas extremas, que rápidamente derivan en regímenes marcadamente neo-autoritarios. Esos regímenes ya no necesitan de golpes de Estado militares o de otro tipo, sino que pueden llegar al poder por vías democráticas y, una vez allí, impulsar reformas que barran los límites y controles republicanos. El fracaso de las políticas de control de la criminalidad minimalistas y democráticas suelen servir de plafón para el apoyo popular a estas experiencias de abuso de poder con aval electoral.

Esa es la realidad social y política por la cual nos moviliza la mejora del sistema de justicia penal. Por un lado, una política criminal que osciló entre la ineficacia de gobiernos progresistas y la falsa eficacia de gobiernos neo-autoritarios. Por el otro, el retroceso permanente de las garantías logradas al comienzo de las reformas procesales penales. Retrocesos que a veces fueron manotazos de ahogados de gobiernos progresistas ante la ineficacia de su política criminal y, en otros casos, planes sistemáticos de gobiernos conservadores o autoritarios, aunque también de otros gobiernos pretendidamente progresistas. La polarización política no es tan lineal en materia político-criminal.

Ya sea que lo veamos desde la perspectiva de la eficacia en el control de la criminalidad, o bien desde la del respeto a las garantías básicas, el diagnóstico es similar. Los Estados latinoamericanos son cada vez menos capaces de cumplir con esos dos objetivos centrales que debe tener un sistema de justicia penal en una sociedad democrática: gestionar la con-

flictividad social, reduciendo los niveles generales de violencia, que incluyen tanto a la violencia social como a la violencia estatal.

El otro gran cambio que justifica el diseño de una nueva agenda es intrínseco a los sistemas de justicia. Estos sistemas son, en su interior, muy distintos a los que conoció la generación de reformadores iniciada en los 80. Esas diferencias responden, justamente, a los cambios conseguidos por ese movimiento reformista durante las últimas tres décadas. El contenido de esa reforma tenía un objetivo claro: erradicar la matriz inquisitorial de la justicia penal, que se personificaba en los jueces de instrucción y que se materializaba en el expediente, como síntesis de la cultura del trámite⁷.

Hoy, la mayoría de los sistemas judiciales que buscamos transformar carecen de esos dos símbolos inquisitoriales. El juez de instrucción ha muerto definitivamente en América Latina. Salvo contados países en donde esa figura ya se encuentra en vías de extinción, la idea de un juez que se dedica a investigar ha sido exitosamente erradicada de nuestra región. El expediente, por su parte, está formalmente suprimido de muchos sistemas, aunque de sus vicios reaparecen en los legajos o carpetas fiscales, más allá del cambio de soporte que implica la digitalización, que muchas veces no hace más que profundizar esa cultura.

Pero la matriz inquisitorial de los jueces y la lógica del trámite de todos los actores del sistema todavía persisten y explican, en buena medida, que los sistemas judiciales sigan sin parecerse a lo que la sociedad necesita y demanda de ellos: sistemas eficaces, confiables y respetuosos de derechos básicos.

Tanto el avance de la criminalidad y el resurgimiento de los abusos estatales sistemáticos, como el crecimiento institucional (y hasta presupuestario) de los sistemas de justicia penal, generan que estos sistemas hayan adquirido una nueva centralidad política. La justicia penal y, principalmente, la política criminal, son claves para el funcionamiento de las democracias. Su ineficacia puede ser la principal causa de fracaso de un Gobierno o de crisis de un Estado, mientras que su eficacia puede compensar otros problemas políticos y convertirse en una herramienta electoral clave. Hay una mayor demanda social hacia la justicia penal y, por lo tanto, sus éxitos

7 Alberto M. Binder, *Hermenéutica del proceso penal*, Primera edición, Derecho procesal penal, Tomo 1 (Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 2013), 337.

y sus fracasos son más determinantes para un proyecto político que hace algunas décadas.

Todas estas diferencias conllevan un desafío adicional. La justicia inquisitiva era tan ineficiente y débil institucionalmente, que quienes cometían delitos relativamente complejos —por ejemplo, delitos económicos o corrupción— no necesitaban esforzarse en cooptarla activamente. La impunidad de los sectores medianamente poderosos era una característica estructural que no requería acciones concretas ni planes secretos. Pensar al sistema penal como un riesgo para los partícipes de esos fenómenos criminales era tan inimaginable que ni siquiera la dogmática penal era capaz de estudiar adecuadamente los tipos penales vinculados al poder.

Esto puede haber funcionado como una ventaja para los reformistas de antaño: esos sectores poderosos los “dejaron hacer” reformas, porque una justicia penal más eficaz ante delitos del poder ni siquiera era imaginable como un riesgo cierto. En todo caso, las reformas eran percibidas como un cambio de dinámica, pero no del contenido ni del sentido de la política criminal. Permitiría encarcelar con mayor velocidad a los usuarios tradicionales del sistema penal (homicidas, ladrones), sin modificar la selectividad tradicional del sistema. A pesar de que esa era una de las propuestas del movimiento reformista, probablemente no haya sido tomada en serio por los grupos que se verían afectados por ese cambio de rumbo.

Hoy, en cambio, los sistemas de justicia penal son instituciones que ya les han “mostrado los dientes” a esos sectores de poder. Todavía en forma aislada, pero lo cierto es que se lograron investigaciones e incluso condenas que antes eran impensadas: políticos y empresarios de los más altos niveles han visto cómo los mismos sistemas que antes sólo perseguían a “ladrones de gallinas”, ahora podían alcanzarlos e incluso afectar a su patrimonio.

Esto genera un nuevo desafío: ahora, la reforma de la justicia penal es vista como una amenaza directa por parte de sectores de poder cuyos negocios son total o al menos parcialmente ilícitos, y que requieren de cierto margen de impunidad para garantizar sus ganancias, en una región en donde los límites entre la economía legal y la ilegal son particularmente difusos. Por lo tanto, la resistencia al cambio adquiere otro nivel, y la disputa de poder se torna aún más cruda y hasta sangrienta.

Antes, el movimiento reformista tenía un lugar reservado para personas sin muchos ánimos beligerantes, ya que la reforma era todavía un tema

judicial, abogadil, que permitía discusiones centralmente técnico-jurídicas, sin que sus implicancias políticas fueran tan evidentes. El poder que se disputaba, a priori, era el poder al interior de los sistemas de justicia, pero no estaba claro que fuera una reforma capaz de afectar el tablero de poder general de un país. En consecuencia, la resistencia al cambio estaba focalizada, centralmente, en los jueces de instrucción, los principales perdedores de poder en la reforma. Era un grupo poderoso, pero institucionalizado y respetuoso de ciertas normas básicas.

Hoy, en cambio, ya está claro que cuando discutimos reformas a la justicia penal estamos discutiendo un reparto de poder de altísima centralidad para la dinámica política y económica (legal e ilegal, que en los hechos se entremezclan) de un país. Por ende, tomarse seriamente el desafío de reformar la justicia requiere enfrentar fuertes intereses corporativos, que incluyen desde cámaras empresarias hasta organizaciones criminales, pasando por buena parte de la dirigencia política y sectores del sistema judicial cada vez menos apegados a las reglas institucionales.

Pero la nueva agenda de la reforma genera también un abroquelamiento y una resistencia cada vez más fuerte por parte de todos los actores que integran los sistemas judiciales, incluso de aquellos lejanos a cualquier vinculación con sectores criminales. Esto se debe a que los problemas de los sistemas de justicia ya no se reducen a un solo actor, como antes podrían ser los jueces de instrucción. Ya no hay un chivo expiatorio al cual el resto de la “familia judicial” pueda echarle la culpa. Hoy, criticar seriamente el desempeño de los sistemas de justicia penal implica criticar a todos sus estamentos, sin excepción: desde jueces de todos los niveles hasta fiscales y defensores, pasando por administradores y empleados de rango bajo. Todos y todas tienen una cuota de responsabilidad, y nadie puede hacerse seriamente el desentendido.

Esto obstaculiza la participación en los movimientos reformistas por parte de quienes integran los sistemas de justicia, especialmente quienes ya tienen “un cargo”. La reforma de la justicia dejó de ser una actividad complementaria y atractiva para actores judiciales con ímpetu crítico. Por el contrario, ese espíritu inconformista se limita, en el mejor de los casos, a una crítica puramente estructural al sistema, que exima de responsabilidad a sus integrantes, quienes son cuidadosamente presentados como víctimas de esos problemas sistémicos. Llamativamente, esa actualización de la tendencia criminológica “*nothing works*”, hecha desde las propias

entrañas del sistema, en muy pocos casos deriva en una renuncia a formar parte de él. Funciona, más bien, como una forma de expiación gremial.

En este contexto, el movimiento de la reforma de la justicia penal se convirtió, definitivamente, en un lugar incómodo. Esto puede alejar a muchas personas. Pero también puede convertirse en una motivación para otras, especialmente jóvenes, en un contexto general de falta de sentido y de ausencia de proyectos colectivos.

En ese sentido, resulta fundamental convocar a los y las jóvenes que integran los sistemas de justicia, pero aún no alcanzaron la siempre peligrosa comodidad individual que pueden ofrecer ciertas posiciones de poder. Quienes observan las instituciones de las que forman parte, encuentran un enorme margen de mejoras y tienen la invaluable voluntad de concretarlas, pero no encuentran las vías para canalizarlas, con todo el desánimo y el riesgo de acostumbramiento que eso puede generar. En última instancia, quienes no quieren resignarse a ser engranajes de una maquinaria rota, sino verdaderos operarios de su reparación.

Para toda esta generación de jóvenes, el principal desafío que enfrentamos es el de construir nuevas redes regionales. Contamos con una facilidad que nuestros predecesores no tenían: la sencillez de la comunicación a la distancia, que ya no exige gastar tiempo y dinero en viajar miles de kilómetros para articular un trabajo regional.

Pero esa hiperconectividad es también la causa de uno de nuestros principales desafíos. El exceso de información y la proliferación de disputas que aparecen y desaparecen en un abrir y cerrar de ojos, la primacía de la velocidad por sobre la profundidad y el marcado individualismo hedonista e inmedatista, son factores que atentan contra la posibilidad de generar un proyecto colectivo relativamente homogéneo y de largo plazo, con capacidad de dar una batalla tan profunda como la de la justicia penal.

Sin embargo, nada de esto debe llevarnos a un autoflagelo generacional que derive en un pesimismo paralizante. Ejemplos recientes demuestran que nuestra generación también es capaz, a su manera, de transformaciones significativas y profundas, como la del feminismo en su cuarta ola, uno de los cambios sociales y de sentido más importantes de las últimas décadas, logrado en buena medida gracias a quienes hoy transitan sus jóvenes 20, 30 o 40 años. O la de los movimientos ambientalistas que, con enormes dificultades, han logrado disputarle al sistema capitalista una cuota de su sentido común exclusivamente economicista.

¿Podremos lograr lo mismo con la cuestión penal? El futuro está en nuestras manos y, como siempre, en el pasado encontramos herramientas para orientarnos.

III. Aprendizajes del movimiento reformista de las últimas décadas

Las reformas judiciales conseguidas en las últimas décadas, en particular las penales, implicaron una verdadera gesta histórica. Su velocidad y sus alcances resultaban impensables en sus comienzos, hace tan solo 30 años. Estas reformas lograron eliminar de todo un continente una figura antes todopoderosa y con siglos de tradición como sostén: los juzgados de instrucción. Ese logro —por no mencionar los que lo acompañaron y sucedieron— merece destacarse por sí solo.

Ni siquiera los fundadores de los Estados latinoamericanos habían conseguido implementar esa reforma, pese a haber sido uno de los ejes de la agenda revolucionaria, tal como lo evidencia la recurrente referencia al juicio por jurados en casi todas las constituciones originarias de cada país⁸. Para ellos, implementar el juicio por jurados implicaba erradicar la vieja justicia inquisitorial y colonial para establecer una justicia oral, adversarial y con participación ciudadana. Casi dos siglos después, y pese a que la instauración del jurado popular es un logro aún en proceso, Latinoamérica sí logró la eliminación del juez de instrucción, y la oralidad y la adversarialidad son una realidad casi indiscutible. También lo son otras reformas antes impensables, como la reorganización institucional, la incorporación de respuestas diversificadas y composicionales, la consolidación de las defensas públicas, la limitación de las detenciones sin control judicial, por mencionar algunos de los cambios más relevantes.

Antes de desagregar y analizar las distintas dimensiones de las reformas obtenidas en estas décadas, es conveniente recuperar los aspectos metodológicos que permitieron ese éxito, siempre parcial e inconcluso, con muchas cuentas pendientes, pero no por ello menos destacable.

8 Andrés Harfuch y Cristian Penna, «El juicio por jurados en el continente de América», *Sistemas Judiciales (CEJA-INECIP)*, n.º 21 (2019): 112-20.

Como señalamos, las transformaciones impulsadas tenían un objetivo claro: luchar contra la inquisición para construir una justicia de calidad, entendida como un requisito indispensable para construir una democracia de calidad. Esta comprensión de la agenda judicial como una cuestión política central era novedosa, al menos para el siglo XX⁹. Si bien los movimientos independentistas del siglo XIX habían puesto a la erradicación de la justicia colonial inquisitorial como uno de los pilares de la construcción de las repúblicas, esa idea fue lentamente perdiendo terreno. Así, la cuestión judicial quedó relegada a un segundo plano. Las ideas democráticas y republicanas avanzaron en otras áreas, como lo demuestra la progresiva universalización de los derechos electorales. Pero las instituciones judiciales permanecieron prácticamente sin transformaciones de fondo durante más de un siglo y medio, conservando las características heredadas de la época colonial¹⁰.

La novedad de esta generación de reformistas iniciados en 1980 fue entender que no era el progreso de la democracia el que impulsaría una mejora de la calidad de la justicia. Por el contrario, era necesario mejorar la calidad de la justicia para lograr democracias sólidas y duraderas. Casualmente o no, las reformas judiciales conseguidas coinciden con el período democrático más largo y consolidado de la historia de la mayoría de los países de la región, más allá de los vaivenes y los enormes desafíos pendientes.

En Latinoamérica, la mayoría de los profesionales vinculados con la justicia penal (abogados/as, científicos sociales, administradores/as, etc.) nacieron a la luz de las democracias. En toda la región (salvo en Costa Rica), esa generación ya es mayoritaria, respecto a la que vivió largos períodos de autoritarismo y/o violentos conflictos internos. El conjunto de —siendo arbitrarios— sub-45 fue formado por otra generación, la de la transición democrática, que, de la mano de Baigún, Maier, Binder y sus aliados a lo largo y ancho de Latinoamérica y El Caribe, entendió rápidamente al dere-

9 Alberto M. Binder, «La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo», en *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, de Farid Samir Benavides Vanegas y Carolina Villadiego Burbano (Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016).

10 Julio B. J. Maier, «Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal», 1994.

cho como lucha¹¹. Fue esa generación la que promovió que cientos de profesionales del derecho tomaran parte en la transformación de sistemas de justicia cuyo desapego por los valores democráticos había quedado demostrado al permitir (por acción u omisión) graves violaciones a los derechos humanos cometidos por el propio Estado.

Nuestra generación de penalistas, hija de las democracias, se caracteriza por una pulsión muy poco usual en la abogacía (como lo evidencia la relativa lentitud de las reformas en otros campos, como la justicia civil): la comprensión del sistema judicial como un campo maleable, como un terreno de disputa sujeto a cambios permanentes, donde está en juego algo más profundo que un caso. Tenemos claro que lo que está en juego es la calidad democrática.

Esa perspectiva se conjuga con otros aprendizajes metodológicos en materia de reforma. Por un lado, una visión continental, latinoamericanista, que entiende que esa lucha por la legalidad y, en última instancia, por la consolidación democrática, tiene un alcance regional. Esto no significa que la reforma haya sido un proceso de trasplante jurídico de un modelo único de sistema penal hacia todos los países¹². Menos aún que ese modelo-tipo sea el estadounidense, como muchas veces se ha querido sostener. Basta con ver la heterogeneidad que presentan los actuales sistemas de justicia penal latinoamericanos para entender que se trató de un proceso que conjugó la exitosa difusión de ciertas ideas nucleares con la flexibilidad para adaptarse a las particularidades de cada país.

Existen fuertes motivos para mantener ese regionalismo flexible, al menos, en materia judicial y penal. Todos los procesos políticos vinculados con el fortalecimiento republicano y, más adelante, democrático, tuvieron en nuestra región una perspectiva latinoamericanista, desde las luchas por la independencia en adelante. Esto responde tanto a un sentimiento de fraternidad como a la necesidad táctica.

11 Alberto M. Binder, *La lucha por la legalidad* (Ediciones del Instituto, 2001).

12 Paul Carlos Hathazy, «Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal de Argentina, Chile y mas allá», en *Reforma de la justicia penal en América Latina* (Didot, 2020), <https://notablesdelaciencia.conicet.gov.ar/handle/11336/144804>.

Pero a esa razón histórica, aún vigente, se le añaden factores coyunturales. Por un lado, un contexto geopolítico de retraimiento de la globalización y aumento del proteccionismo¹³. Esto afecta desproporcionadamente a los países en desarrollo, que deberán buscar en los aliados regionales los apoyos que antes brindaban las grandes potencias. Por otro lado, la creciente transnacionalización de los mercados ilegales, que impiden pensar en políticas exitosas de control de la criminalidad que sean exclusivamente nacionales. Y, por último, un inevitable fenómeno de regionalismo epistémico. Las comunidades de conocimiento, a la hora de pensar en políticas judiciales innovadoras, suelen referenciarse en primer lugar en las experiencias comparadas de países cercanos, por diversos motivos, como las características socioculturales comunes y la facilidad en el intercambio de información.

Esto genera, a su vez, que los gobiernos latinoamericanos también tiendan a basar sus políticas —incluidas las judiciales— en las experiencias de países vecinos o cercanos. No solo es deseable, sino también inevitable, que lo que suceda en un país de Latinoamérica repercuta en los demás, tanto en términos sociales como académicos y políticos.

Binder sistematiza otras novedades metodológicas del proceso de reforma de la justicia penal¹⁴ que deben servir de aprendizaje para nuestra generación. Por un lado, el quiebre del fetichismo normativista, según el cual basta con cambiar las leyes para transformar la realidad. La reforma normativa (por ejemplo, de un Código Procesal Penal o de una ley orgánica) es, en muchas ocasiones, una herramienta fundamental e imprescindible para impulsar ciertos cambios. Pero eso no significa que tenga por sí sola la capacidad de cambiar las prácticas. Por el contrario, como toda política pública, se requieren estrategias específicas de implementación que garanticen que los objetivos de esos cambios legislativos logren impactar sobre la realidad. La vieja idea de que reformar la justicia era simplemente aprobar un nuevo Código ya quedó definitivamente desterrada.

13 Luis Leandro Schenoni y Andrés Malamud, «Sobre la creciente irrelevancia de América Latina», *Nueva sociedad*, n.º 291 (2021): 66-79; José Antonio Sanahuja Perales, «América Latina: una región ausente en un orden internacional en crisis», en *América Latina: Transiciones ¿hacia dónde?. Informe anual 2022-2023* (Fundación Carolina, 2022), 105-20.

14 Binder, «La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo».

Esta idea debe ser revisitada por nuestra generación, en un contexto sustancialmente distinto. En muchos países, las normas dejaron de ser un obstáculo para el correcto funcionamiento de los sistemas de justicia penal, tras sucesivas reformas que fueron ajustándolas. Pero eso no significa que debamos olvidar por completo esta dimensión. Hay países que aún tienen cuentas pendientes en materia normativa, y otros que sufrieron contrarreformas sumamente problemáticas. Dentro de la primera categoría, encontramos centralmente:

- Leyes orgánicas de Poderes Judiciales, Ministerios Públicos o defensas públicas vetustas, que son la contracara de las deudas en materia organizacional.
- Reglas que limitan excesivamente la facultad de las fiscalías de seleccionar casos (reguladas generalmente como criterios de oportunidad), impidiendo el desarrollo de una política de priorización y diversificación eficaz en materia de persecución penal.
- Limitaciones a las investigaciones patrimoniales y a las medidas vinculadas al recupero de activos.
- Códigos Penales con penas desproporcionadas y un sesgo que favorece la criminalización basada en la vulnerabilidad, con penas excesivas para delitos relativamente menos graves, y penas muy bajas para delitos vinculados al poder.

Por otro lado, los retrocesos suelen observarse en el abuso de la prisión preventiva, en la remoción de ciertos plazos máximos de duración de las investigaciones o del proceso (eliminación que perjudica tanto a víctimas como a imputados, que comparten el interés en evitar la mora judicial), en la habilitación de excepciones a la oralidad, o lisa y llanamente en la eliminación de garantías básicas, en casos extremos.

Por lo tanto, la dimensión normativa no debe ser sobreestimada, ya que no en todos los países es, actualmente, el núcleo de los problemas. Pero sí debe ser tomada en cuenta, ya sea para revertir esas contrarreformas o para avanzar en ciertas cuentas pendientes.

Otro aprendizaje es la visión de ajustes parciales, según la cual la transformación de la justicia debía salir de la disyuntiva entre las revoluciones y las imposibilidades. Ni la única vía para reformar la justicia es “cambiar todo de raíz y al mismo tiempo”, lo cual suele ser imposible; ni la alternativa a ello es que “entonces cualquier cambio real es imposible”. El proceso

de reforma es de avances y retrocesos. Asumir esto no significa esperar que los avances sucedan solos o pecar de poco ambiciosos, ni tampoco aceptar acríticamente los retrocesos. Por el contrario, implica que nuestras estrategias de cambio deben contemplar que los avances serán siempre parciales —sin perder la ambición— y que inevitablemente existirán resistencias y retrocesos —sin dejar de criticarlos.

Por último, la dimensión política de la reforma debe conjugarse con la dimensión cultural: la tradición inquisitorial, imperante durante casi toda la historia de los sistemas de justicia penal de nuestra región, sigue teniendo efectos en la práctica. La cultura del trámite está impregnada a nuestros sistemas judiciales, incluso los reformados. Esto conlleva a una plaga de difícil erradicación, que es la tendencia a la reconfiguración inquisitorial. Como reformistas de las justicias penales, debemos tener un radar permanente de esas tendencias, para abordarlas antes de su reconsolidación. Esa experiencia acumulada, con sus luces y sombras, debe alimentar el impulso reformista de nuestra generación.

IV. Las tres generaciones de reformas a la justicia penal

Pasó casi una década desde la publicación del texto “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”¹⁵, en el que Alberto Binder sintetizó las notas distintivas de la reforma de la justicia penal. El texto distingue analíticamente tres generaciones de problemas, que dieron lugar a tres generaciones de reformas.

La idea de analizar distintas generaciones de reforma no responde a una visión incremental, según la cual los problemas se han ido superando a través de un progreso constante. Por el contrario, parte de la ya mencionada visión de avances y retrocesos permanentes. Es decir, un

15 Versión reducida en Benavides Vanegas et al. *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, ed. Catalina Niño Guarnizo, Primera edición, Programa de cooperación en seguridad regional (Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016), disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf> y versión ampliada en Binder *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*, 1a ed (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019).

proceso atravesado por reformas que, cuando alcanzaban sus objetivos, relevaban nuevas problemáticas que dan lugar a otras líneas de acción. O que, en otros casos, no lograban esos resultados, obligando a revisar lo hecho y pensar nuevas soluciones. Y, por último, que se encontraban con resistencias que derivaban en una contrarreforma, llevando a un estado de situación igual o aún más gravoso que el original.

Es, obviamente, una perspectiva que reconoce la reforma judicial como un proceso centralmente político. Como tal, qué constituye un avance o un retroceso, o qué puede ser definido como un problema o como una, responde a un proceso valorativo e ideológico. El proceso de reformas fue impulsado por sectores con un núcleo de coincidencias sobre el sentido político de esta reforma, que responde a una cierta mirada sobre la sociedad y sobre el rol del Estado. Sin embargo, junto a ese eje de coincidencias, existían miradas sumamente heterogéneas, tanto sobre el propio campo penal como sobre la política en sentido amplio. Esa heterogeneidad fue una virtud, ya que permitió que las reformas pudieran ser aplicadas por gobiernos o instituciones judiciales de distinto perfil. Pero, a su vez, fue también fuente de discordancias en el rumbo y en las decisiones tomadas. Esto forma y seguirá formando parte del proceso, como en cualquier política pública de largo plazo.

A continuación, se presenta un resumen, intencionalmente sintético, de esas generaciones de problemas y reformas. Esta brevedad tiene por objetivo promover la lectura íntegra del texto citado, imprescindible para quien quiera pensar el futuro de las justicias penales en nuestra región, ya que también puede orientar la lectura de otros materiales sobre esa temática.

>>>

REFORMAS CENTRALES

1. **Separación de las funciones de juzgar e investigar:**
Desaparición de la figura del juez de instrucción y aparición o transformación de los Ministerios Públicos.
2. **Incorporación de la oralidad:**
A través del juicio oral.
3. **Diversificación de salidas y respuestas:** Reglas de flexibilización de la acción e incorporación de mecanismos compositivos.
4. **Reconocimiento del rol de la víctima:**
Regulación normativa de derechos y creación de oficinas aisladas de atención.
5. **Fortalecimiento del sistema de garantías:**
Reconocimiento normativo de garantías que operativizan aspectos básicos del derecho de defensa.
6. **Desarrollo de las defensas públicas.**
7. **Incorporación de mecanismos de control de la duración de los procesos:** Tanto a nivel normativo como de gestión.

PROBLEMAS IRRESUELTOS O EMERGENTES

1. **Reconfiguración inquisitorial del sistema:** Persistencia de prácticas similares a las del sistema inquisitivo.
2. **Problemas con la oralidad:**
Alta tasa de suspensión de juicios y, cuando se realizaban, litigio y conducción de audiencias de baja calidad.
3. **Investigación burocratizada y deficiencias en investigaciones complejas:**
Las fiscalías conservaron la lógica del trámite y la cultura del expediente, impidiendo lograr los resultados esperados en materia de eficacia.
4. **Tradición inquisitorial en los operadores:** Se identifica la fortaleza de la cultura inquisitorial y la incapacidad de las capacitaciones de transformarla.
5. **Abuso de la prisión preventiva:**
Los límites se diluyeron a través de contrarreformas legislativas o de interpretaciones jurisprudenciales.
6. **Preocupación superficial por las víctimas:** Las reformas evidencian que la victimización es mucho más compleja y masiva que lo esperaba, tornando insuficientes las políticas diseñadas.
7. **Descontrol de la duración del proceso:** La falta de herramientas de gestión generaba demoras que, en lugar de ser resueltas con una mejor gestión, eran avaladas con la flexibilización de los plazos legales

SEGUNDA
GENERACIÓN

2º

1. **Profundización del carácter adversarial y litigioso del proceso de conocimiento.**

2. **Oralización de las etapas previas al juicio.**

3. **Desformalización de la investigación:**
Se busca quebrar la lógica burocrática del trámite y la cultura del expediente.

4. **Incorporación de la dimensión organizacional:**
Cambios en los modelos de organización del Poder Judicial, de los Ministerios Públicos y de las Defensas Públicas. Quiebre del modelo de organización refleja. En el Poder Judicial, aparecen los colegios de jueces y las oficinas de gestión. En los MP, se quiebra el modelo celular de fiscalías aisladas y desconectadas entre sí. En la defensa, se crean equipos de trabajo y el debate central gira en torno a la relación entre la defensa pública y la privada.

1. **La complejidad de transformar las organizaciones judiciales y la cultura burocrática:** La reingeniería institucional se queda a mitad de camino, generando problemas de desempeño.

2. **La ineficacia político criminal de los Ministerios Públicos y su insuficiente vinculación con el sistema de seguridad:** Los MP no logran incidir sobre el control de la criminalidad, y tienden a desentenderse del problema o a responder demagógica pero ineficazmente.

3. **Persistencia del problema de la víctima:** Los procesos de victimización se siguen masificando, sin encontrar una respuesta adecuada en el sistema penal.

4. **Descontrol en las salidas alternativas:** No hay una política integral y planificada de utilización de las diversas respuestas que ofrece el sistema, ni mecanismos de control que garanticen su eficacia e incentiven su utilización.

5. **Salidas fáciles y problemáticas al problema del tiempo:** Por la baja planificación político-criminal, se busca reducir la sobrecarga endémica a través de la mala utilización de herramientas sensibles como la flagrancia o los procedimientos abreviados.

1. **Perspectiva político-criminal:** Integrar la persecución penal y, por ende, a los Ministerios Públicos, dentro de un planeamiento más amplio y democrático de la política criminal.
2. **Perspectiva integral de la víctima:** Asociar integral y transversalmente a los Ministerios Públicos con las víctimas, ya no como objetos de asistencia, sino como aliados indispensables en la persecución penal.
3. **Salidas alternativas y gestión de los conflictos:** Integrar las herramientas penales dentro de sistemas integrales de gestión de la conflictividad.
4. **Una defensa penal de mayor calidad:** Fortalecer todas las instancias de defensa penal, incluyendo a la defensa pública, pero también a la privada.
5. **Búsqueda de nuevas relaciones con la sociedad:** Fortalecer la independencia judicial a través de un reaceramiento con la sociedad.

A grandísimos trazos, y más allá de la obvia necesidad de profundizar en las especificidades de cada país a la hora de pensar las reformas concretas, este sigue siendo el estado de situación en casi toda América Latina y el Caribe.

El método de pensar a partir de los problemas (tópica) es valioso y debe ser conservado. Toda política pública es, básicamente, un conjunto de acciones u omisiones estatales orientadas a transformar una situación identificada como un *problema público*. El objetivo es llevarla desde un estado actual indeseable hacia uno futuro deseado y posible. Para la reforma de la justicia penal, entendida como una política pública de largo plazo, ese debe seguir siendo el método.

Pero antes de sistematizar los grandes problemas de nuestro tiempo, debemos hacer una breve evaluación crítica general, desde la perspectiva de nuestra generación, de las reformas implementadas hasta el momento.

V. Si ya tenemos sistemas acusatorios, ¿para quién cantamos nosotros entonces?

Basta con leer cualquier revista penal de 1980, 1990 o incluso de los comienzos de los años 2000 para advertir que muchas batallas que en ese entonces despertaban ásperas disputas, hoy se encuentran saldadas tanto en la teoría como en la práctica¹⁶. Eso no quita que existan ciertos reflujos, a veces explícitos y a veces tácitos, que hacen resurgir prácticas que se asumían superadas. Pero claramente nos encontramos en un terreno de juego mejor delimitado.

En casi todos los países de América Latina, las nuevas generaciones de abogados y abogadas ingresamos al ejercicio profesional con Códigos Procesales Penales y con leyes orgánicas que zanjaron más de 4 siglos de batallas. En términos futbolísticos, ya no discutimos las reglas básicas del juego: está claro que el gol con la mano no vale, cuál es la medida del campo y cuál el rol del árbitro. El juego de la justicia penal se profesionalizó. Eso no quita que se siga haciendo trampa, que a veces las líneas no estén tan bien marcadas, y que el árbitro pueda cometer errores o hasta estar comprado.

La desaparición del juez de instrucción no implica que el sistema inquisitivo haya desaparecido, ni que la lucha contra la inquisición haya terminado.

16 Basta con revisar, por ejemplo, los artículos de la revista Nueva Doctrina Penal durante la década de los 90, o compilaciones de conferencias del momento inicial de la reforma, como la que puede encontrarse en: Cecilia Sánchez Romero y Rodrigo Montenegro Trejos, *Sistemas penales y Derechos Humanos. Proyecto: mejora de la administración de Justicia y su adaptación al sistema penitenciario* (San José de Costa Rica: CONAMAJ, 1997).

La idea que caracterizó las últimas tres décadas de la reforma, que es la de la lucha contra la inquisición, sigue vigente y, por lo tanto, vale la pena sostenerla. Aún en sistemas de justicia con códigos procesales acusatorios, con jueces de garantías, con fiscales como acusadores, e incluso cuando la idea de acusatorio sea usada como parte del propio nombre del sistema, nos encontraremos siempre con prácticas inquisitivas. Hasta en los sistemas anglosajones, paradigmáticamente adversariales, esa disputa se presenta en forma permanente.

La eliminación de la figura inquisitorial por excelencia, que no es otra que el juez que concentra las facultades de investigar y juzgar, genera un desafío adicional: identificar las prácticas inquisitivas dispersas en el sistema, como paso básico para poder combatirlos y encapsularlos. Ellos ya no son tan obvios, sino que adquieren diversos disfraces: nuevas teorías pretendidamente sofisticadas, avances tecnológicos aparentemente neutrales, demandas sociales nunca verificadas ni debatidas. Desde corrientes que en nombre del racionalismo probatorio ocultan su rechazo dogmático a la participación ciudadana en la administración de justicia, hasta promotores de la digitalización de expedientes o legajos, que creen que el problema es el soporte y no la cultura del trámite que reflejan los expedientes, que desconectan a las prácticas de su impacto social. Por cientos de resquicios, la inquisición se cuela una y otra vez en nuestros debates en forma camuflada.

En otros casos, la concepción autoritaria de la justicia penal sí es explícita: procedimientos colectivos, con jueces anónimos, en los que la presunta pertenencia a un grupo social (se llame “maras”, “pandillas”, “carteles”, “clanes”, “bandas” o similares) alcanza para excluir el principio elemental que justifica la existencia de un sistema judicial: ¿habrá un órgano imparcial que le exija a un acusador pruebas sobre hechos antes de enjaular a una persona? ¿O, en nombre de la seguridad, aceptaremos el daño colateral de miles de inocentes presos?

Nuestra generación tiene nuevos desafíos en este duelo de prácticas que caracteriza a la reforma de la justicia penal. Si la generación anterior fue la que destruyó ese gran edificio medieval que era el sistema inquisitivo, y sobre esos mismos cimientos construyó este nuevo edificio que es el sistema acusatorio-adversarial, a nosotros nos toca hacer que esa construcción sea funcional, habitable, cómoda y, a veces, evitar que haya algún derrumbe.

Para lograr esto, tenemos que entender bien qué fue lo que se logró y qué fue lo que todavía no se logró, para, a partir de ahí, empezar a escribir esta nueva agenda de reformas. Si no entendemos esta historia, no va-

mos a ser capaces de entender muchas de las prácticas que todavía persisten y sistemáticamente reaparecen en la práctica judicial.

Debemos partir de las bases del movimiento de reforma iniciado en los 80, que no es otra cosa que la continuación del ideario liberal de los movimientos independentistas de comienzos del siglo XIX. Nuestra creciente preocupación por la eficacia del sistema penal en el control de la criminalidad no debe hacernos perder de vista la marca distintiva de aquel movimiento, que es la preocupación por el respeto a las garantías básicas y el miedo al abuso de poder estatal, que con toda claridad aparecen en la perspectiva de Ferrajoli¹⁷ y de Maier¹⁸ como máximos exponentes de ese momento histórico.

En 1980, la experiencia reciente de todo el continente evidenciaba que la violencia estatal legítima podía fácilmente convertirse en ilegítima, derivar en excesos y hasta en genocidios. Hoy en día, pese a la persistencia de los abusos estatales, se han consolidado ciertas garantías que hacen que la violencia estatal, para ciertos sectores de la sociedad, parezca menos riesgosa. En muchos países, la idea de un Estado violando masivamente derechos humanos mediante el uso de la fuerza se encuentra menos presente en la agenda pública y en los discursos jurídicos. Como contrapartida, se han expandido por el continente grupos criminales cada vez más organizados, con recursos violentos capaces de generar daños a gran escala.

En ese contexto, la principal amenaza para la fortaleza del sistema de garantías no está dado por la eficacia de la política-criminal sino, paradójicamente, por su ineficacia. Es la incapacidad estatal de lograr un control mínimamente razonable de la criminalidad en el marco de las reglas que impone un Estado de Derecho, lo que legitima las propuestas de reducir o eliminar garantías jurídicas elementales¹⁹.

17 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razon* (Madrid: Editorial Trotta, 1995).

18 Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, 2a ed (Buenos Aires: Del Puerto, 1996).

19 Esto ya era advertido por Maier y Binder en su exposición de motivos del Anteproyecto de Ley para la Justicia Penal de 1988: "La experiencia histórica enseña, por lo demás, que aquellos Estados carentes de un sistema eficaz de persecución penal y de medios idóneos para la investigación, terminan descargando su propia ineficacia sobre las garantías de las personas, avasallando los límites que ellas imponen para obtener la eficiencia que el mismo sistema impide conseguir". Julio B. J. Maier, *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público*, Doctrina Penal. Teoría y Practica. 2 (Buenos Aires: Depalma, 1988), 10.

Esta realidad debe ser tomada en serio. Esto significa evitar la tendencia a la negación, a la relativización y a la procrastinación a la que han tendido ciertos sectores progresistas a la hora de abordar los problemas que produce la criminalidad incluso, y con mayor fuerza, en sectores populares²⁰.

En conclusión, en todas las áreas de nuestra agenda de reforma de la justicia penal debemos tener bien en claro nuestro objetivo final: **reducir la violencia, en todas sus formas, tanto social como estatal**. Nuestra herramienta para lograrlo es construir instituciones (estatales o comunitarias) capaces de lograr ese objetivo. Nuestras áreas de intervención son, principalmente, aquellas instituciones vinculadas al sistema de justicia

20 Flaco favor le hizo a este asunto la narrativa del *lawfare*, que profundizó la dificultad de sectores pretendidamente progresistas por desarrollar una política criminal que utilice inteligentemente, y de forma minimalista pero eficaz, la herramienta penal. Según esa visión, la justicia penal se convirtió en todo el continente en una herramienta al servicio de una alianza conformada por grandes grupos económicos, partidos de derecha y medios de comunicación hegemónicos, que utiliza la persecución penal en forma ilegítima para proscribir a dirigentes políticos de centroizquierda o izquierda. Se trata de una visión que utiliza elementos indudablemente existentes -como la arbitrariedad judicial o la interferencia de poderes políticos, económicos y/o mediáticos sobre la actividad judicial- para construir una narrativa de victimización no siempre ajustada a la realidad. La cuestión es, como siempre, un poco más compleja que lo que estos discursos pretenden mostrar. ¿Existieron persecuciones penales arbitrarias contra dirigentes políticos progresistas en nombre de la persecución a la corrupción? Sin dudas. ¿Eso significa que todas las causas penales por corrupción fueron arbitrarias? Definitivamente no. Y mucho menos que esa corrupción no haya existido. Es más: muchas de esas investigaciones penales fueron verdaderos hitos para la historia democrática de la región, al implicar novedosos castigos a quienes históricamente pervirtieron la voluntad popular en beneficio propio, y que tradicionalmente lo hacían bajo un manto de impunidad inquebrantable. Eso alcanza no sólo a funcionarios públicos, sino también a grandes grupos empresarios, bajo la vieja premisa según la cual "detrás de cada funcionario corrupto hay un empresario que corrompe". Algunas veces, la narrativa del *lawfare* fue utilizada como una estrategia de victimización ilegítima por parte de personas que efectivamente habían corrompido la voluntad popular. Y, en algunos casos, ambos "bandos" de la historia tienen una cuota de responsabilidad: ni los acusados eran meras víctimas injustamente perseguidos, ni los acusadores eran impolutos sin intereses político-partidarios. En cualquier caso, para lo que aquí estamos analizando, basta con decir que la lógica del *lawfare* causa más confusión que claridad en los sectores democráticos, ya que banaliza la importantísima lucha contra la corrupción y la criminalidad económica, a la vez que obstaculiza la construcción de una política criminal eficaz. Las arbitrariedades e intermediaciones políticas y económicas de la justicia penal existen, y debemos trabajar para reducirlas, pero no son lineales ni atribuibles a un solo sector político.

penal, sin dejar de comprenderlo como una última instancia de un sistema más amplio de gestión de la conflictividad, lo cual nos obliga a prestar atención a las otras instancias (sistemas de justicia no penal, instancias de gestión de conflictos no judiciales, y mecanismos comunitarios).

Por experiencia histórica, esa reducción de la violencia implica, por un lado, apuntar a la violencia que genera, reproduce o perpetúa el propio sistema penal. Su historia ha sido la historia de los abusos y los excesos. A más de 30 años del inicio de las reformas, y más allá de ciertas excepciones, las cárceles de América Latina siguen siendo, principalmente, jaulas para pobres. Esta definición presenta ciertos matices, como los casos aislados de condenas por crímenes económicos, o el cambio más estructural que conllevó el quiebre de la impunidad de los delitos basados en el género, especialmente los femicidios y los abusos sexuales. Estos cambios deben ser integrados al análisis criminológico actual.

Pero, en cualquier caso, seguimos encontrando en las cárceles personas con biografías atravesadas por las privaciones, encarceladas por hechos relativamente menores —que podrían gestionarse con respuestas distintas a las penales—, y en muchos casos sin pruebas sólidas. Las características de la selectividad no se han torcido del todo en estos años. Esto no debe llevarnos a sentenciar el fracaso de las reformas, sino en todo caso a comprender que torcer el rumbo de una maquinaria con siglos de funcionamiento y tradición no es una tarea sencilla, ni se logra con cambios normativos o cursos de capacitación.

De hecho, estas tres décadas de reforma permitieron instalar un instrumental normativo o institucional antes inexistente, que permitiría torcer esa selectividad y reducir el uso abusivo de esas jaulas para humanos. Se hizo, paradójicamente, en paralelo a otras olas de reformas vinculadas a la hiperinflación de los Códigos Penales. ¿Por qué los mismos legisladores que votaron aumentar penas a diestra y siniestra, apoyaron casi en simultáneo reformas procesales penales que permitirían, en ciertos casos (no siempre leves) “liberar delincuentes” a cambio de una reparación, incluso, simbólica? Buscar racionalidad en la lógica política puede conducir al autoengaño.

En cualquier caso, esa aparente contradicción puede llevarnos a relativizar las sentencias de fracaso o las acusaciones de complicidad con el punitivismo que ciertos sectores de la academia dedican a los movimientos reformistas. Una mirada alternativa muestra que estos movimientos tuvieron la audacia de “colar” herramientas potencialmente reductoras

del poder penal, como las respuestas composicionales, en contextos claramente hostiles a esa clase de iniciativas. Esa hostilidad puede explicar, en parte, que esas herramientas aún no hayan sido utilizadas en todo su potencial. En otra parte, ello puede deberse a la desidia de quienes tienen la responsabilidad de utilizar ese nuevo instrumental. Pero, así y todo, la definitiva incorporación de respuestas composicionales y otras formas de salida no carcelaria a los casos penales ha sido un rotundo cambio de paradigma, aún no del todo valorado y estudiado por la criminología.

Por otro lado, la idea de que “la implementación del sistema acusatorio aumentó el encarcelamiento”, o que únicamente sirvió para “aceitar la picaдора de carne”, debe ser atendida, a la vez que discutida. Atendida, ya que efectivamente debe preocuparnos, y es por eso que plantearemos como un eje central la disputa por la orientación político-criminal de los sistemas de justicia. Ahora bien, inferir una relación causal entre implementación del sistema acusatorio y sobrepoblación carcelaria es, cuanto menos, apresurado. En primer lugar, basta con ver la evolución de la tasa de encarcelamiento durante los últimos 20 años en los pocos países (como Brasil) o estados subnacionales (como las provincias argentinas de Formosa, Tierra del Fuego o Santa Cruz) que aún no han implementado un sistema acusatorio, con aumentos del 100%, 200% o 300%, para comprender que el sistema acusatorio tal vez no sea el factor determinante del fenómeno de encarcelamiento masivo.

La visión del túnel sobre el impacto del sistema acusatorio en el encarcelamiento desconoce la incidencia de otros factores relevantes que coexistieron a las reformas procesales penales. Entre ellos se encuentran las modificaciones legislativas en códigos penales (aumentos de penas o creación de tipos penales) y en códigos procesales (contrarreformas en aspectos centrales como la prisión preventiva, restricciones en las normas de ejecución de la pena), o la ampliación en términos de personal, formación, equipamiento y tecnología de las agencias penales y policiales, que no siempre han sido consecuencia directa de la implementación de reformas procesales. Y, obviamente, el impacto de cambios sociales también importantes, como la expansión de ciertos fenómenos criminales (como los delitos contra la propiedad), la ampliación de mercados criminales (como el de drogas) o la criminalización de hechos antes impunes (como los vinculados a las violencias de género).

Por otro lado, el análisis lineal entre sistema acusatorio y aumento del encarcelamiento cae en una simplificación extrema al unificar en una misma categoría modelos procesales que, más allá de su característica de acusatorio, poco tienen en común. Hay factores normativos determinantes, como la regulación de las medidas de coerción o de las facultades de selección de casos y diversificación de respuestas; factores organizacionales del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensa Pública, tanto de diseño de la estructura como en cuestiones de gobierno de esas instituciones²¹; el nivel de oralidad o de escriturismo del proceso; la incorporación o no del juicio por jurados.

Esos factores, entre otros, pueden generar diferencias aún mayores que la distinción entre acusatorios y mixtos/inquisitivos. Obviamente, todo análisis requiere cierta generalización. Pero lo que debemos definir es si las categorías son las adecuadas para estudiar el fenómeno de la sobrepoblación carcelaria.

Al menos mientras sigamos hablando de sistema acusatorio como cualquier sistema judicial en donde la acusación está a cargo de un sujeto distinto al que juzga, no podemos afirmar que por sí mismo vaya a generar una ampliación o una reducción del encarcelamiento. No era esa su expectativa ni su característica intrínseca. De haberlo sido, probablemente nunca se habrían conseguido los consensos para aplicarlo.

Claro que podemos discutir la conveniencia de aceptar que cualquier sistema con esa división de funciones deba ser llamado acusatorio, o si vamos a reservar esa categoría para aquellos que alcancen niveles mínimos de respeto a ciertos principios básicos. Aún si elevamos un poco la vara y exigimos cierto cumplimiento de principios y formas (publicidad, oralidad, contradicción), tampoco es esperable automáticamente una mayor restricción al poder punitivo.

Ese modelo de administración de justicia es una plataforma que sí debería permitir ejercer una política criminal más eficiente y que también debería permitir un mayor respeto a garantías básicas. Si eso deriva en más o menos personas presas, dependerá más de la política criminal que se aplique, de la fortaleza del sistema de garantías y de los equilibrios inestables

21 Duración del mandato y facultades de la Fiscalía General; autonomía de la defensa; poder de decisión sobre las finanzas de cada institución; entre otros.

que se produzcan en esa antinomia, que de una característica distintiva del modelo acusatorio.

El sistema acusatorio y sus principios fundamentales son valiosos en sí mismos, en términos democráticos y republicanos. Afortunadamente, en América Latina ya nadie duda que es más acorde a un Estado de Derecho un sistema en donde la investigación está a cargo de un fiscal, que en otro en el que está a cargo el propio juez de instrucción. O un sistema oral que uno escrito. O uno en donde todo acusado tiene derecho a que su caso se resuelva en un juicio oral y público, que en uno donde esa posibilidad no existe o es limitada. O uno donde hay un defensor con amplias facultades, que en uno en donde no se garantizan derechos de defensa básicos. Pero esas características no garantizan por sí mismas la aplicación de cierta política criminal, si bien sí deberían obstaculizar la aplicación de políticas criminales excesivamente autoritarias.

Vale una comparación para clarificar el argumento: los sistemas democráticos de gobierno no garantizan, por sí mismos, ciertos resultados sociales (menos desigualdad, más desarrollo). Pero, aun así, aceptamos que, pese a sus deficitarios impactos, la vigencia de la democracia no debe ser puesta en discusión, sino en todo caso sus características o qué políticas se aplican.

Si aceptamos (como ya nadie parece dudar) que los principios del sistema acusatorio tienen un valor intrínsecamente positivo en relación a los inquisitoriales, convendría correr el eje de análisis de la criminología: pasar del análisis sobre las “consecuencias de la implementación del sistema acusatorio”, como si hubiera otro sistema posible en términos constitucionales, y pasar a analizar, dentro de ese sistema, qué política criminal se aplica, cuál es su desempeño y qué factores lo explican. Y, por otro lado, cómo funciona el sistema de garantías y por qué.

En conclusión: el sistema acusatorio, ya sea en un sentido amplio o en un sentido más restringido, es un requisito fundamental para contar con una justicia democrática, ya que su alternativa es el poder concentrado, débil ante los poderes políticos y de otro tipo y favorables al autoritarismo, propio del sistema inquisitivo. Es una condición necesaria, pero no suficiente. Un primer paso, fundamental y costoso, que debe ser seguido de otras disputas igual o más profundas y costosas, a las que no lograremos avanzar si seguimos estancados en discusiones que encubren, en última instancia, una reducción a la vieja y ya inconducente disyuntiva “acusatorio sí o no”.

Binder aporta una herramienta analítica bastante más provechosa para esta clase de discusiones, que es la de los dos paradigmas en disputa en la justicia penal²². Por un lado, el paradigma del orden, que ve a los delitos como infracciones a los mandatos del monarca o del Estado que deben ser castigadas para evitar el desorden. Y, por el otro, el paradigma de gestión de la conflictividad, que admite como un hecho inevitable y hasta positivo la existencia de conflictos sociales, por ser inherentes a sociedades heterogéneas y democráticas. Para este paradigma, los delitos son conflictos humanos que, por su particular gravedad, la sociedad decidió llevar a un espacio institucional que tiene la particularidad de utilizar la violencia como herramienta de intervención, con el paradójico objetivo de evitar mayores grados de violencia.

Esta última visión es, en esencia, democrática, por no temerle a todos los conflictos, asumiendo que algunos de ellos tienen un potencial positivo. Y es, a su vez, minimalista: el objetivo de la utilización de la violencia estatal no es restituir el orden, sino evitar que un conflicto devenga en mayores niveles de violencia social. Por ende, sólo se aceptará que el Estado aplique su violencia cuando ella no derive (por sí misma o por sus consecuencias) en un saldo negativo de mayor violencia, como muchas veces sucede cuando el Estado sobre-reacciona ante conflictos menores o cuando, incluso interviniendo ante conflictos de alto impacto, lo hace sin medir consecuencias y termina generando mayores niveles de violencia.

Para la nueva agenda de la justicia penal, esta disyuntiva de paradigmas será una herramienta que necesitará mucha mayor profundización que la que marcó la agenda de los últimos años, entre sistemas inquisitivos y sistemas acusatorios, o incluso entre distintas generaciones de sistemas acusatorios. Llegamos a un momento en la evolución de las reformas en el cual ciertas características de los sistemas de justicia llegarán a estandarizarse. Los principios del modelo acusatorio se respetarán, en mayor o menor medida. Pero lo que no debemos perder de vista es que, de fondo, siempre se encuentra la disputa entre el paradigma del orden y el paradigma de la gestión de la conflictividad.

22 Alberto M. Binder, *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática* (Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2011), 154.

El principal desafío de la nueva agenda es cómo fortalecer el rol de la justicia penal como una de las partes que componen un sistema integral de gestión de la conflictividad, desde una perspectiva democrática y reduccionista. Pero existen diversos problemas en el funcionamiento actual de las justicias penales latinoamericanas que obstaculizan el adecuado cumplimiento de esa función.

VI. ¿Qué deudas buscamos saldar? Los problemas centrales de la justicia penal que debe abordar nuestra generación

En este contexto, es necesario repensar cuáles son los problemas actuales de los sistemas de justicia que debemos enfrentar. Creo conveniente evitar pensarlos como problemas de una tercera o cuarta, o quinta generación de reformas. Aunque en unos años quizás podamos calificarlos así, si es que la mirada de la reforma judicial como una política de largo plazo sigue vigente y no es reemplazada por una perspectiva de “política judicial” desvinculada de la idea de reformas.

A grandes rasgos, muchos de los problemas de tercera generación señalados en el apartado IV siguen vigentes, pese a haber sido planteados hace una década. En algunos de esos problemas, los avances no han tenido la velocidad deseada. Eso puede ser sintomático de un cierto amesetamiento en el proceso de transformación institucional, o bien de la mayor complejidad de esta etapa histórica.

Pero, más allá de la denominación, propongo pensar cuáles son los problemas centrales que debe abordar *nuestra* generación, desde nuestra propia perspectiva. Con centrales no me refiero a los problemas coyunturales, sino a aquellos que requerirán décadas de trabajo para resolverlos. Esto implica, necesariamente, hacer un reduccionismo, aglutinar dimensiones que luego deberemos subdividir en varias líneas de trabajo operativas, y omitir algunos aspectos también relevantes. Nada en lo que cualquier trabajo analítico de clasificación pueda evitar sin caer en la trampa del mapa borgeano, cuyo tamaño termina siendo el mismo que el del Imperio que pretende representar.

VI. 1. El avance de los mercados ilegales ante Estados ineficaces²³

En las últimas décadas, en América Latina los mercados ilegales se expandieron territorialmente, se diversificaron en sus objetos de intercambio y se integraron por más actores con mayores niveles de organización. Además, profundizaron sus niveles de violencia letal y ampliaron su infiltración en la estructura estatal y en la vida social en general. Por estas razones, dejaron de ser un problema propio de las políticas de seguridad o

23 Para ampliar este punto, ver, entre otros/as: Marcelo Fabián Sain y Nicolás Rodríguez Games, *Tendencias y desafíos del crimen organizado en Latinoamérica*, 1a ed, Colección Gobierno y seguridad (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, UMET, 2015), Marcelo Bergman, *El Negocio Del Crimen: El Crecimiento Del Delito, Los Mercados Ilegales y la Violencia en América Latina*, 1st ed (Montevideo: Fondo de Cultura Económica, 2023) crímenes organizados y políticas -- Ganancias -- Crimen organizado -- Política y crimen -- La estructura del libro -- Anexo. Datos, fuentes y método -- Primera parte. El delito en América Latina: tendencias y magnitudes -- I. Tendencias y patrones de la criminalidad latinoamericana -- Una breve nota sobre datos y tendencias -- El delito de homicidio -- Tendencias en los homicidios -- Picos y mesetas. Los abruptos crecimientos de criminalidad y homicidio -- Heterogeneidad -- Armas de fuego y patrones cambiantes de homicidios -- Delitos contra la propiedad -- Víctimas. ¿Qué dicen las encuestas? -- Robos. ¿Qué dicen los registros oficiales? -- Tendencias de largo plazo -- Otros delitos -- Secuestro, rapto y extorsión -- Robos a gran escala -- Las drogas -- Consumo -- Incautaciones -- II. ¿Por qué ha aumentado el crimen en América Latina? -- ¿Qué ha causado el aumento de la delincuencia en América Latina? -- El porqué del delito. La perspectiva desde América Latina -- ¿Qué dicen los estudios de tendencias? -- ¿Cuáles son los determinantes del homicidio?,"edition":"1ª ed.,"event-place":"Montevideo","ISBN":"978-987-719-440-1","language":"spa","number-of-pages":"1","publisher":"Fondo de Cultura Económica","publisher-place":"Montevideo","source":"K10plus ISBN","title":"El negocio del crimen: el crecimiento del delito, los mercados ilegales y la violencia en América Latina","title-short":"El Negocio Del Crimen","author":[{"family":"Bergman","given":"Marcelo"}],"issued":{"date-parts":[{"2023"}]},"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}, Carolina Sampó y Valeska Troncoso, *El crimen organizado en América Latina: manifestaciones, facilitadores y reacciones* (Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2017), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=702644>, Lucía Dammert y Carolina Sampó, «La evolución del crimen organizado en América Latina», 2025, <https://library.fes.de/pdf-files/bue-ros/la-seguridad/21834.pdf>, Gabriel Kessler y José Alfredo Zavaleta Betancourt, *El crimen organizado en América Latina y el Caribe* (CLACSO, 2014).

justicia, y pasaron a ser una cuestión central en la agenda política nacional e internacional de casi todos los países de la región, con capacidad, en algunos casos, de poner en jaque la vigencia misma de gobiernos democráticos o del Estado de Derecho en su conjunto.

A comienzos de este siglo, hace pocos años, la mayoría de los países tenían unos pocos mercados ilegales de envergadura. Generalmente, esos mercados se reducían a ciertos bienes (por ejemplo, automóviles, autopartes o teléfonos celulares) y drogas ilegales. Sólo en algunos de esos países (como Colombia, México y algunos estados centroamericanos), esos mercados estaban conformados por grupos con un nivel de organización tal que les brindaba una capacidad sistémica de ejercer violencia con alto impacto social y de afectar sensiblemente el ejercicio del poder público y la vida social.

En los últimos años, esa realidad se modificó. Los mercados ilegales de armas de fuego, de personas (para su explotación sexual o laboral), de violencia (como servicio intercambiable, por ejemplo, a través de la extorsión) o de recursos naturales se han extendido. Alcanzaron mayores niveles de demanda y, por ende, de intercambios. Movilizaron más dinero y otros activos. Involucraron más actores, más organizados, en mayor cantidad de países, y alcanzaron, en mayor o menor medida, a todo el continente.

Tradicionalmente, la forma en la que los Gobiernos mantenían dentro de cierto control los niveles de violencia derivados de aquellos primitivos mercados ilegales era a través del denominado doble pacto²⁴. Por un lado, los gobiernos acordaban (obviamente, de modo ilegal) con las fuerzas policiales delegar en ellas el control de la criminalidad. De ese modo, las policías garantizaban mantener esos mercados dentro de niveles aceptables de violencia y evitar desbordes que generasen crisis políticas. A cambio, las fuerzas obtenían del poder político vía libre para participar de esos mercados ilegales como gestores últimos, obteniendo beneficios económicos de los mismos. La segunda parte del pacto era entre las policías y los grupos criminales: la policía “dejaba hacer” —o, incluso, gestionaba

24 Marcelo Fabián Sain, *La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires*, Colección Gobierno y seguridad (Buenos Aires, Argentina: UMET, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, 2015), Alberto M. Binder, «El control de la criminalidad en una sociedad democrática», en *Seguridad y ciudadanía: nuevos paradigmas y políticas públicas*, de Gabriel Kessler (Buenos Aires: Edhasa, 2009).

con mayor proactividad— a cambio de dinero, información y del control de ciertos niveles de violencia.

Pero, actualmente, la extensión y complejización de los mercados ilegales, con la incorporación de más actores y mayores niveles de dinero y poder en juego, dificulta en algunos países que el clásico doble pacto entre Gobiernos y policías, y policías y quienes delinquen, sea efectivo para contener bajo control los niveles de violencia. Si bien en general la proliferación de la violencia es una característica negativa para el desarrollo de cualquier mercado (incluidos los ilegales), a mayor extensión, mayor complejidad, y a mayor complejidad, sumados ciertos factores aún no del todo determinados, mayor dificultad para mantener los niveles de violencia dentro de cierto margen tolerable.

Desde esta perspectiva, la clásica visión de la criminología crítica que vincula linealmente mayor desigualdad social y/o mayor pobreza con mayores niveles de violencia adolece de una limitación que la torna insuficiente. Anclados en la razonable desconfianza que genera el sistema punitivo, esos sectores han convertido en un axioma la idea de que "la mejor política criminal es una política social", llevándola hasta el extremo de desentenderse de la verdadera política criminal, es decir, el conjunto de decisiones que toma el Estado respecto a cómo utiliza sus recursos violentos.

Es indudable que la pobreza y la desigualdad social son, más allá de ser situaciones intrínsecamente injustas, factores que en última instancia pueden incidir sobre los niveles de violencia. Pero hay un factor intermedio, que es la existencia de mercados ilegales. Ciertamente, la expansión de esos mercados puede verse facilitada en sociedades con mayores niveles de exclusión socioeconómica. Como en todo mercado, eso genera mano de obra disponible para roles riesgosos, mal pagos y violentos. Pero no está claro que ese sea el más importante, ni mucho menos el único, de los elementos que permiten el desarrollo de mercados ilegales, ni sus caracteres violentos.

Otros factores, como la presencia estatal o de otras redes sociales de contención en los territorios, las características del desarrollo urbano (siendo las grandes ciudades los lugares en donde se suelen concentran los delitos violentos), la existencia de mecanismos eficaces de gestión de los conflictos, el control eficaz del Estado sobre el mercado financiero, los niveles de informalidad de la economía, la presencia de armas de fuego, entre otros, deben ser tenidos en cuenta para un análisis más preciso y repre-

sentativo de la realidad y, en consecuencia, para el diseño de políticas criminales más eficaces.

En otras palabras: las políticas socioeconómicas son importantes para dificultar el avance de los mercados ilegales, ya que, en sociedades más integradas, habrá menos probabilidades de que las personas decidan exponerse a los riesgos que implica participar en ese tipo de mercados, en particular, en los roles que conllevan ejercicio directo de violencia. Pero, si tomamos en consideración todos los demás factores que explican la existencia y expansión de los mercados ilegales, queda claro que la política social no será, por sí sola, una herramienta eficaz para controlar los niveles de violencia provocados por los mercados ilegales.

En última instancia, los actores centrales y beneficiarios principales de esos mercados ilegales no son esos sectores desaventajados que terminan actuando como mano de obra fungible. El verdadero eje de esos mercados está conformado por empresarios legales e ilegales, políticos, jueces, abogados, policías, entre otros actores. Muchos de ellos se encuentran altamente formados para evitar consecuencias legales por su accionar. Para suerte de ellos, las políticas criminales en Latinoamérica siguen siendo sumamente ineficaces para perseguirlos.

No es posible pensar una agenda de reforma de la justicia penal que no se haga cargo de este problema central. En las últimas décadas, en muchos países de nuestra región, las principales violaciones a los derechos humanos no provinieron del Estado, como en décadas anteriores, sino de estos actores y empresarios total o parcialmente ilegales: masacres a comunidades enteras, control territorial violento, desplazamientos forzados, femicidios en redes de trata, entre tantos otros ejemplos.

En este contexto, es difícil pretender que no tengan pregnancia los discursos que, maniqueamente, relativizan el abuso o hasta el terrorismo estatal, diciendo que es menos grave que la violencia criminal no estatal. No debemos caer en esa trampa, pero tampoco debemos ignorar la realidad: hoy, los mercados ilegales en general y el crimen organizado en particular constituyen un problema de violación masiva de derechos humanos.

Ante esta situación, es evidente que algunas sociedades aceptan que la única forma de reducir los niveles de violencia causados por la criminalidad organizada es la eliminación de garantías y libertades básicas. Pero no podemos resignarnos a la idea de que “la sociedad quiere mano dura”

cuando no le ofrecimos ninguna alternativa eficaz a su legítimo deseo de vivir una vida segura y libre de violencias. Por el contrario, debemos preguntarnos: ¿en qué fallaron las propuestas político-criminales respetuosas de valores republicanos y democráticos mínimos, como para que esos valores sean desechables para algunas sociedades? Si creemos que las propuestas neo-autoritarias son inaceptables, ¿qué alternativa vamos a ofrecerles a los ciudadanos legítimamente hartos de vivir en sociedades atravesadas por la violencia, y ante quienes el Estado se mostró inútil para brindarles condiciones de seguridad mínimas?

En otras palabras, podemos partir de la idea de que todo miembro de la sociedad tiene una aspiración a vivir sin preocuparse por las formas más inmediatas de violencia, que variarán según el lugar, el tiempo y el sector social. Cada tipo de fenómeno criminal afecta a sujetos distintos, en contextos diferentes. Un comerciante extorsionado, un habitante preocupado por robos domiciliarios, o una mujer violentada por su pareja no enfrentan los mismos actores, ni requieren la misma respuesta institucional.

Lo que tienen en común es que ninguno de ellos se resuelve, únicamente, con políticas orientadas a reducir la pobreza o la desigualdad social. Ellas son sin dudas indispensables, y desde ya que la pobreza y la desigualdad pueden ser condiciones de posibilidad del crecimiento de ciertos fenómenos criminales. Pero la vinculación entre la alta pobreza y la alta criminalidad y, más aún, entre reducción de la pobreza y reducción de la criminalidad, es empíricamente endeble.

Entonces, la sociedad, que quiere vivir más segura, se encuentra por un lado con un discurso que se hace cargo de la inseguridad y promete solucionarla con más mano dura; y por el otro con discursos que niegan o relativizan la existencia de la inseguridad, y explican que su verdadera causa es la pobreza. Esta oferta es recibida por toda la sociedad, entre ellos, una enorme mayoría de los sectores atravesados por la pobreza que no participan de esos fenómenos criminales. Por el contrario, son quienes más los padecen, y comprenden claramente que quienes delinquen no son víctimas del sistema sin otra alternativa, ya que ellos mismos podrían serlo y deciden no delinquir. A su vez, también son testigos de que esos grupos criminales son encabezados y amparados por personas que están muy lejos de la pobreza. Esa conciencia popular, muchas veces ignorada por los discursos ilustrados, es fundamental para construir una política criminal democrática.

El estereotipo del problema de la criminalidad como una preocupación de clases medias o altas que reclaman mano dura contra delincuentes de clases bajas, ha impedido a los sectores comprometidos con los valores democráticos hacerse cargo de este problema social de primer nivel. Incluso desde esa cuestionable y ya superada perspectiva de clases eminentemente economicista, lo cierto es que la cuestión criminal es, principalmente, una preocupación de las clases bajas, que son quienes sufren en mayor medida los daños causados por la criminalidad en sentido amplio: desde los delitos urbanos hasta la criminalidad económica, incluida la corrupción público-privada. Y son también quienes sufren en mayor medida la criminalización, pese a que los crímenes más dañinos en términos sociales sean cometidos por personas con mayores recursos económicos.

El problema de la “mano dura” tal vez no esté en la demanda social, sino en que es la única propuesta que se presenta como respuesta concreta. Solución que, como la criminología se ha encargado de demostrar, tampoco es necesaria ni generalmente efectiva. Pero su éxito tal vez no radique en que sea una solución facilista, como históricamente la criticó un sector del progresismo. Esa mirada termina poniendo la culpa en la sociedad, por “no ser lo suficientemente astuta” como para advertir que le están vendiendo una falsa receta mágica. Su éxito, por el contrario, probablemente radique en que es la única que asume a la inseguridad como un problema relevante que requiere ser atendido por el Estado. El fracaso no es culpa de una sociedad vaga y facilista, sino de quienes no hemos logrado ofrecerle a esa sociedad una propuesta político-institucional distinta a la mano dura, que se haga cargo seria y eficazmente de uno de sus problemas más cotidianos sin promover el abuso de poder estatal.

Nuestra generación, que no vivió los mismos abusos estatales que la generación pasada, está en mejores condiciones de entender la gravedad del problema de la violencia privada organizada, y de afrontarlo sin pensar que toda política criminal tiende naturalmente hacia el terrorismo de Estado, como sostenían algunos de nuestros maestros. Sin dejar de ser absolutamente conscientes de la facilidad con la que el poder estatal tiende al abuso, debemos construir mecanismos que permitan que el Estado, sin caer en ese tipo de excesos, sí utilice eficazmente sus herramientas para controlar estos mercados ilegales y absorber la violencia social.

Hoy, la construcción de un Estado de Derecho requiere tomarnos muy en serio la tarea de construir herramientas eficaces de control de la crimina-

lidad. Hay que comenzar por revisar los fracasos de quienes nos precedieron y responder a una serie de preguntas que nos orienten hacia una victoria en esa disputa por la política criminal.

Obviamente, este es un problema que no es exclusivo de los sistemas de justicia penal, pero que sí los atañen directamente. Principalmente, la agenda de reformas en esta área se vincula con la disputa por la eficacia político-criminal de los Ministerios Públicos.

VI. 2. La falta de respuestas ante la victimización masiva (especialmente por razones de género)

La falta de tutela judicial efectiva es otro de los grandes dramas de nuestros tiempos. Si bien, en algunos casos, este problema tiene vinculación directa con el de los mercados ilegales, en otros fenómenos criminales ese vínculo no es tan directo. Y, en cualquier su caso, su dimensión, su gravedad, su afectación a la legitimidad social del sistema de justicia y su consecuente habilitación tácita a la justicia por mano propia o a la delegación de la gestión de conflictos en instancias paraestatales ilegales ameritan su tratamiento diferencial.

Si bien la preocupación por la víctima estuvo desde el comienzo del proceso de reforma, una cosa es preocuparse y otra es ocuparse con efectividad. Y lo cierto es que, más allá de ciertos avances aislados, simbólicos o normativos, hoy las víctimas siguen sin obtener respuesta a los daños que padecieron.

Al principio de los procesos de reforma, se visibilizaba como un logro la mera comunicación con la víctima, así sea para explicarle por qué su caso no iba a tener respuesta. Que eso haya sido valorado como un logro habla de la absoluta expropiación del conflicto desde el cual partían los sistemas de justicia penal. Y si bien esa comunicación es imprescindible, no es más que una mejor forma de gestionar un fracaso, una no respuesta, además de un reflejo de una visión paternalista según la cual la víctima se conformaría con una suerte de palmada compasiva por parte del Estado. Del mismo modo, se ampliaron los derechos de participación de las víctimas en los procesos penales. Pero, nuevamente, era una invitación a participar en procesos que, de todos modos, terminaban sin respuesta.

Luego, la demanda social por ocuparse seriamente de las víctimas fue creciendo. Esto tuvo que ver, por un lado, con las promesas del proceso de reforma en sus comienzos, que apalancó buena parte de su legitimidad social en el mayor protagonismo que tendrían las víctimas. Pero también por un proceso de rápida masificación de los colectivos victimizados, derivado del ya mencionado avance de los mercados ilegales. También influyeron el avance de los feminismos y la creciente visibilización de fenómenos criminales estructurales vinculados al género. Fenómenos que ya existían, pero a los cuales los sistemas de justicia no les brindaban ni siquiera la oportunidad de ingresar.

Ante la demanda social de respuesta a las víctimas, el sistema penal cumplió con la Ley de Maslow, según la cual es tentador, si la única herramienta que se conoce es un martillo, tratar todo problema como si fuera un clavo. El sistema de justicia penal respondió con la única herramienta que históricamente conoció: la cárcel, pese a la diversificación de salidas que los códigos procesales habían incorporado. El problema se agravó cuando el universo de casos que ingresaban al sistema penal se volvió cada vez más amplio y heterogéneo, a partir del fenómeno de inflación de los códigos penales. La dirigencia política no comprendió que si un conflicto llega a la justicia penal es porque antes fracasaron otras instancias menos violentas y más eficientes de gestión de la conflictividad. Esto llevó a la saturación de sistemas de justicia penal poco preparados para dar respuestas.

Dos actores protagonizan este problema interinstitucional. Por un lado, y principalmente, los Ministerios Públicos, que todavía no han sido capaces de aplicar amplios programas de diversificación de respuestas composicionales y/o restaurativas, como las diversas formas de conciliación o mediación, las suspensiones de los procesos a prueba, o la relocalización del conflicto en otras instancias estatales (justicias no penales, justicias locales o de proximidad, o el amplio y muchas veces eficaz ámbito administrativo) o comunitarias. Ya no como herramientas “simpáticas” o “novedosas” para casos aislados y muy menores, ni como herramientas de “descongestión” de trabajo que derivan en una aplicación burocratizada e ineficaz de estas respuestas. Por el contrario, deberían tratarse de herramientas cotidianas, prioritarias y con capacidad de ser utilizadas en todo su esplendor y masividad para una multiplicidad de conflictos, que deben aplicarse masivamente.

Este déficit se deriva de la falta de comprensión de los Ministerios Públicos de su función de representar los intereses victimizados. Un Ministerio Público eficaz en términos político-criminales es aquel que logra impactar sobre la criminalidad, reduciendo los niveles de violencia (estatal y social), y que le da respuesta las víctimas. Pero no sólo respuestas penales. De hecho, es imposible que esa eficacia se logre únicamente con mecanismos punitivos, por el aumento de violencia estatal que conllevaría. Además, ni siquiera asumiendo esos altos niveles de violencia existe un sistema capaz de procesar los casos masivamente de modo tal de obtener sanciones penales, salvo que se barra de un plumazo con las garantías básicas que exige un castigo penal. Es, además, económicamente inviable, dados los costos que tiene el encierro de largo plazo en prisiones.

Esta es una perspectiva imprescindible, pero a veces subvalorada, de otro problema muy analizado de la justicia penal: la utilización excesiva de los procedimientos abreviados. La academia, especialmente la criminología, los plantea como uno de los problemas centrales. La crítica, en resumidas cuentas, suele ser: “quienes implementaron el sistema acusatorio lo hicieron en nombre del juicio oral, pero generaron un sistema en donde la enorme mayoría de las condenas son sin juicio”. O que “pasamos de sistemas basados en presos sin condena (por la prisión preventiva) a un sistema de presos condenados sin juicio”.

Esta visión es problemática en diversos sentidos. Por un lado, si bien es cierto que en Latinoamérica las reformas acusatorias introdujeron el procedimiento abreviado, este instituto también existía previamente en Europa Continental, en países sin sistemas acusatorios, y en nuestra región también se introdujeron en algunos países que conservaron modelos mixtos, como el sistema federal argentino.

Por otro lado, como la mayoría de la academia coincide, el procedimiento abreviado no es un problema para todos los casos, sino que el verdadero problema es su uso excesivo. Por lo tanto, el uso sobredimensionado del juicio abreviado, lejos de ser una trampa inherente al sistema acusatorio, es una vía de reconfiguración inquisitorial que las reformas latinoamericanas dejaron abiertas y no supieron cerrar.

Las reformas no introdujeron las condenas sin juicio ni la premiación a la confesión: de hecho, esas eran las dos características centrales de la justicia penal latinoamericana antes de las reformas, propias del sistema inquisitivo. Lo que los reformistas no pudieron, no supieron o no quisieron

fue evitar que esa tradición inquisitorial de condenas sin juicio encontrara una vía de continuidad en el uso excesivo del procedimiento abreviado.

El desafío no es cómo restringir el sistema acusatorio para evitar la extensión de los procedimientos abreviados, sino cómo fortalecer los principios centrales del sistema acusatorio para que las prácticas inquisitoriales tradicionales no sigan encontrando espacios a través de los cuales perpetuarse.

Por un lado, debemos recuperar el objetivo de la reforma de fortalecer ciertas garantías que, en su conjunto, restringen la posibilidad de un uso abusivo de los procedimientos abreviados. Sabemos que hay ciertas circunstancias que generan desequilibrios intolerables entre las partes, que tornan inaceptable un acuerdo: por ejemplo, cuando la renuncia al juicio se produce en situaciones de voluntad viciada, ya sea por estar el imputado encarcelado preventivamente en situaciones vejatorias, o por la extensión de la duración de los procesos, o por juicios de mala calidad, o por el temor a afrontar penas excesivas, potenciado por acusaciones sobredimensionadas con el único fin de mejorar la situación de la fiscalía para la negociación.

Todos esos problemas se resuelven fortaleciendo garantías que, de hecho, forman parte del plan de reforma: reducir el uso abusivo de la prisión preventiva, que genera encierros innecesarios y colapso carcelario; reducir la duración de los procesos, para que el costo de no acordar sea menor; mejorar la calidad del juicio y las posibilidades de defensa (por ejemplo, a través de la incorporación del juicio por jurados), para evitar que el beneficio de la renuncia supere fácilmente al de ir a un juicio que de nada servirá; restringir la aceptación de imputaciones y acusaciones infundadas o excesivas.

Pero el problema puede analizarse también a la luz de la eficiencia político-criminal. El exceso de los procedimientos abreviados responde, también, a la inexistencia de programas serios de diversificación, que potencien la utilización de respuestas composicionales en casos menos graves. Con respuesta compositiva no nos referimos al procedimiento abreviado, que es un mecanismo para llegar a una pena sin juicio; sino a las respuestas distintas a la punitiva, que implican una reparación a las víctimas. En este sentido, miles de casos que podrían resolverse a través de estos mecanismos son resueltos, en cambio, por procedimientos abreviados. Estos procedimientos son paradójicamente más ineficientes en términos político-criminales, ya que implican un uso innecesario de los recursos violentos del Estado en conflictos que podrían resolverse sin esas herramientas.

Podemos afirmar que la subutilización de las respuestas no punitivas lleva a los fiscales a sobreutilizar los procedimientos abreviados, en un mal intento de reducir la cantidad de casos sin respuesta. Por lo tanto, los procedimientos abreviados pueden y suelen ser un problema en términos de garantías; pero también implican un dispendio de recursos estatales que también afectan la eficiencia político-criminal. Miles de causas que los Ministerios Públicos podrían resolver con respuestas de calidad sin siquiera judicializarlas, son llevadas a los estrados y resueltas con sanciones penales obtenidas mediante procedimientos abreviados.

El otro actor institucional con una responsabilidad secundaria pero relevante en el problema de la falta de respuestas a las víctimas son los jueces. Muchos códigos establecen como principio general que todos los actores, incluidos los jueces, deben promover soluciones pacíficas de los conflictos primarios judicializados penalmente. Los códigos que no lo explicitan, generalmente incluyen herramientas que permiten ese saludable principio. Sin embargo, en la práctica, esto pocas veces sucede. Las respuestas compositivas son poco promovidas por los jueces, y a veces incluso obstaculizadas. En varios países, e incluso en instancias internacionales, se ha promovido jurisprudencia tendiente a bloquear la aplicación de cualquier respuesta no penal a cualquiera de los diversísimos casos que pueden recaer bajo la etiqueta de “violencia de género”. Nuevamente, el martillo y el clavo.

Para peor, esa rigurosidad de los jueces a la hora de exigir el cumplimiento de condiciones a veces inexistentes en la norma para el otorgamiento de respuestas compositivas, no tiene como contracara una rigurosidad para evitar la aplicación de procedimientos abreviados a casos que no lo ameritan. De ese modo, las prácticas jurisdiccionales promueven la sobreutilización de la vía punitiva y la subutilización de la vía compositiva; sin que esto sea lo suficientemente litigado por las fiscalías.

Por lo tanto, es necesario trabajar, principalmente, con los Ministerios Públicos, y secundariamente con el Poder Judicial, a los fines de diversificar las respuestas que brinda el sistema de justicia penal para garantizar una tutela judicial efectiva a las víctimas.

VI. 3. El neo-autoritarismo y la falsa eficacia político-criminal

Como vimos, la ineficacia de los Estados democráticos para contener la violencia generada por los mercados ilegales, y la falta de respuestas a las víctimas de esos u otros fenómenos criminales, puede generar, en casos extremos, que las comunidades, desprotegidas e impotentes, estén dispuestas a entregar sus libertades básicas a cambio de “paz”. En ciertas circunstancias, los mercados ilegales y la criminalidad organizada generan un nivel de violaciones masivas a los derechos humanos que puede reducir el temor ciudadano a las clásicas violaciones de derechos producidas en forma directa por el abuso estatal.

Esta situación es aprovechada por sectores políticos y económicos con vocación autoritaria, que ofrecen al electorado un intercambio: contención de la violencia criminal, a cambio de una hiperconcentración del poder estatal en regímenes de gobierno omnímodos. Esta es una característica particular que adquiere en los países más violentos de Latinoamérica la tensión general que sufren en Occidente las democracias liberales, y responde a un fenómeno propio de nuestra región: la creciente violencia, con tasas de homicidio epidémicas.

Lógicamente, las propuestas de “mano dura” no son nuevas en nuestra región. Sin embargo, en los últimos años sí presentan una característica novedosa: su capacidad de obtener algunos resultados. Históricamente, los sectores comprometidos con el Estado de Derecho podían afirmar, en base a evidencia empírica, que la mano dura era ineficaz para reducir la violencia criminal. En otras palabras: la mano dura no servía para vivir más seguros.

Pero el neo-autoritarismo ha ido más allá de las clásicas recetas de mano dura: la reducción de garantías es más extrema, y viene acompañada de una concentración general del poder que implica el avasallamiento de la independencia judicial y el pleno control del Ministerio Público. Este fenómeno permite mostrar resultados que, más allá de las necesarias discusiones metodológicas y de los enormes daños colaterales que generan, son empíricamente difíciles de rebatir. La mano dura por sí sola no sirve para controlar la violencia causada por el crimen organizado, pero la anulación de garantías acompañada de la abolición de la división de poderes sí puede exhibir algunos resultados, a costa de daños que, en ciertas circunstan-

cias, las sociedades pueden estar dispuestas a aceptar. Aún cuando el costo institucional sea altísimo y muchas veces irreversible.

Ante esta realidad, es posible que ya no sea suficiente con denunciar las violaciones a los derechos humanos causadas por el propio Estado al aplicar estos regímenes basados en el uso abusivo de la violencia estatal. La denuncia ya no alcanza. Ese trabajo es imprescindible y debe ser acompañado y realizado por toda la comunidad comprometida con los principios democráticos básicos y, en particular, por los numerosos organismos de derechos humanos que desde hace años transitan estas luchas. Pero es necesario acompañarlo por una estrategia que ponga en crisis la idea de eficacia en el control de la criminalidad promocionada por esos regímenes.

A esta tarea la denominamos “lucha contra la falsa eficacia”, y abarca dos dimensiones.

Por un lado, estudiar minuciosamente y discutir los alcances de esa eficacia. ¿Efectivamente esos regímenes permiten una reducción de la violencia? ¿O sólo generan una transformación? Por ejemplo, a través de su relocalización en otras zonas geográficas, o a través del reemplazo de la violencia privada por violencia paraestatal o estatal que, en un marco de violaciones al Estado de Derecho, puede reproducir los mismos niveles de ilegitimidad que la violencia privada. Pensemos, por ejemplo, en la detención masiva de personas inocentes, o del control abusivo de fuerzas militares o de seguridad de territorios antes controlados por organizaciones criminales (privadas), que ya no aplican la extorsión económica, pero sí otras formas de violencia, desde homicidios a disidentes políticos hasta abusos sexuales de mujeres y minorías.

Por otro lado, ¿realmente se desarticulaban organizaciones criminales? ¿O el gobierno pactó con ellas? ¿O las reemplazó por otras organizaciones (privadas, paraestatales o estatales) también criminales, que pueden estar ofreciendo una reducción temporal de la violencia, pero que conservan su capacidad estructural de retomar esa vía ante un cambio de términos de esos acuerdos espurios con el Gobierno, que tornan a la “solución” en insostenible? ¿Son reales los alcances de la reducción de violencia que se presentan oficialmente, o hay un ejercicio propagandístico a través de la tergiversación u ocultamiento de información pública? Cuando la información es cierta, ¿realmente la reducción fue causada por la eliminación de garantías, o fue la continuación de una tendencia de disminución previa?

Por último, ¿qué pasa con los otros fenómenos criminales que no se traducen en muertes, pero sí en otras violaciones a derechos humanos? ¿Deben las sociedades conformarse con no morir asesinadas, pero vivir en la suma pobreza por la tolerancia del Estado a la corrupción y la criminalidad económica, a veces llevada a cabo y aprovechada por los mismos actores que se muestran inflexibles ante otro tipo de fenómenos criminales? ¿Qué sucede con fenómenos como la trata de personas, la minería ilegal, y otras formas de criminalidad menos visible en la vida cotidiana de las grandes urbes, pero que implican graves violaciones a derechos básicos? ¿Es posible pensar en una alternativa que sea eficaz ante más de un fenómeno criminal?

Estas y otras preguntas deben ser estudiadas para no aceptar acríticamente los resultados difundidos por los propios regímenes, que pueden ser total o parcialmente verdaderos o falsos, ni asumir como exitoso lo que puede estar sostenido en violencia, opacidad o propaganda.

Sin embargo, es posible que, hecho este análisis, la conclusión sea que efectivamente esos modelos basados en el abuso de la violencia estatal han sido eficaces en la reducción de la violencia. O, por lo menos, que han sido efectivos en una medida lo suficientemente relevante como para no poder ser discutida sin caer en una desconexión excesiva y, por ende, inútil políticamente, de las necesidades de la ciudadanía. Es posible que, más allá de cualquier bemol, el balance final sea que la calidad de vida general de una mayoría considerable de la población, incluso en términos integrales, sea mejor bajo el régimen neo-autoritario que bajo el anterior régimen formalmente democrático y respetuoso del Estado de Derecho. Esto impone al reformismo democrático el deber de repensar su estrategia con más audacia y profundidad.

Siendo así, la discusión debe pasar al terreno de la eficiencia. Ya no sería una controversia sobre los resultados obtenidos, sino sobre su relación con los recursos utilizados: ¿es cierto que para lograr esos resultados (llamémoslos “reducción de la violencia”) era necesario utilizar ese nivel de recursos estatales?

En particular, es posible que existan dos recursos centralmente sobreutilizados.

Por un lado, y más evidentemente, la violencia estatal. ¿Es necesario encarcelar tantas personas, aumentando el riesgo de condenar inocentes o de

aplicar una violencia excesiva o abusiva contra los culpables? ¿Es imprescindible aplicar tanta violencia directa en los territorios por parte de fuerzas militares o de seguridad? ¿O sería posible lograr resultados equivalentes a través de una alternativa político-criminal igual de eficaz pero más eficiente, que no deba utilizar semejantes niveles de violencia estatal?

Por otro lado, está la discusión sobre los recursos económicos. ¿Es necesario un altísimo nivel de gastos en el sistema penitenciario y en los cuerpos policiales y militares, a costa de privaciones en otras áreas públicas, como los servicios sociales? ¿O sería posible ser eficaces sin semejante gasto financiero? Recordemos que mantener a una persona presa implica, más allá de cualquier privación, un alto gasto financiero en alimentación, recursos edilicios y personal de guarda. Es indispensable revisar si semejante inversión reduce realmente la violencia o si perpetúa un modelo insostenible.

Es necesario evitar limitarnos a la imprescindible denuncia sobre las violaciones a los derechos humanos y garantías cometidas por los regímenes neo-autoritarios. Debemos construir propuestas alternativas eficaces —es decir, que ofrezcan resultados equivalentes o incluso mejores en materia de seguridad ciudadana—, pero que sean más eficientes, por requerir una menor utilización de violencia o de presupuesto, en un marco de respeto a los principios elementales de un Estado de Derecho.

VI. 4. La dependencia e ineficiencia del Poder Judicial, dos caras de una misma moneda

La historia del Poder Judicial latinoamericano es la historia de la debilidad y el sometimiento a otros poderes. Esta generalización tiene varias y valiosísimas excepciones, que merecen ser estudiadas y resaltadas. Pero debemos tener claro ese diagnóstico inicial, para comprender la magnitud del desafío en materia de independencia judicial. La fuerza de esta tradición de dependencia es tan fuerte y avasallante, que su transformación requiere una agenda multidimensional, que ataque distintos frentes al mismo tiempo.

Más allá de reformas a la justicia penal y a la justicia en general, la estructura de nuestros poderes judiciales sigue pareciéndose más a la de la jus-

ticia colonial que a la de una justicia democrática²⁵. Y esa justicia colonial no es repudiable por vieja o ineficiente, sino centralmente por concebir al Poder Judicial como una extensión del poder del monarca o, actualmente, del gobierno, y no como un límite a ese poder, que es la función central que debe cumplir el Poder Judicial en una república.

Esa dependencia se fue transformando con el paso del tiempo, a medida que fueron cambiando los poderes a los que el Poder Judicial se sometía de hecho, más allá de los cambios normativos. Según el lugar y el momento histórico, ese poder puede ser político-partidario, militar, eclesiástico o económico; y, dentro de los poderes económicos, encontraremos empresas legales, ilegales o híbridas.

Esto significa que las preocupaciones contemporáneas respecto a las “nuevas” forma de cooptación del Poder Judicial son menos novedosas de lo que aparentan. En todo caso, sí podemos encontrar dos novedades propias de nuestro tiempo histórico.

Por un lado, en materia estrictamente penal, la implementación de sistemas acusatorios transformó el juego, dada la enorme transferencia de poder desde los juzgados de instrucción hacia los Ministerios Públicos. Bajo estas nuevas reglas, los sectores que pretendan blindarse de impunidad tendrán incentivos para enfocarse, principalmente, en controlar las fiscalías. Esto no significa que el control sobre el Poder Judicial deje de ser relevante; pero pasa a funcionar como un reaseguro de última instancia en caso de que el control sobre las fiscalías falle.

Por el otro, la forma de ejercer ese control también cambió. Obviamente, esto varía enormemente de país en país. En algunos países el sometimiento es la regla, y existe un aceitado sistema de expulsión del sistema judicial de cualquier juez o jueza con atisbos de independencia. Incluso, excepcionalmente, a través de medios violentos, sobre todo en aquellos países en donde las estructuras criminales se caracterizan por el uso cotidiano de la violencia. En otros países, el juego es más equilibrado, y hay mayores grados de independencia.

25 Diego García Yomha y Santiago Martínez, «¿Justicia colonial o justicia democrática? El colegio de jueces como herramienta de un nuevo paradigma de organización judicial», *Revista Derecho Penal Infojus*, n.º 1 (2012): 401-34.

Pero en términos generales, no encontraremos Poderes Judiciales con la fortaleza suficiente como para enfrentar al poder (político, económico, etc.) cuando ese poder se involucra en actividades criminales. En el mejor de los casos, tendrán la capacidad de ponerle límites, incluso con justicia, a ciertos grupos de poder, pero gracias al apoyo de otros grupos también poderosos que, a cambio de ese soporte, se garantizan su propia impunidad. Seguimos sin contar con organizaciones judiciales capaces de dotar, por sí mismas, de legitimidad a jueces y juezas para que actúen con independencia, sin necesidad de alianzas espurias con otras fuentes de poder.

Aparece en la agenda la necesidad de repensar y reconstruir la estructura judicial, dotándola de alguna forma de gobierno judicial, ya no pensada para el sometimiento, sino para el fortalecimiento de la independencia judicial.

Sin embargo, ese objetivo es imposible si el poder jurisdiccional está monopolizado por jueces que son, en última instancia, empleados a sueldo del propio Estado al que deben controlar. De allí la importancia político-institucional de la participación ciudadana a través de los juicios por jurados, como mecanismo imprescindible de desconcentración de poder.

Una de las contracasas de la dependencia del Poder Judicial es su ineficiencia organizacional. La burocratización y lentitud del órgano jurisdiccional es una de sus características tradicionales en la región. En materia penal, esto tiene su origen en el hecho de haber sido una organización diseñada bajo las lógicas del modelo inquisitivo, en donde valores como la transparencia o la celeridad carecían de importancia: el proceso cumplía su función, centralmente, en el momento de la detención inicial. El hecho de llegar o no a una sentencia, y si eso sucedía más temprano o más tarde, era irrelevante.

Sin embargo, como vimos, en la segunda generación de reformas procesales penales se encararon profundas reformas organizacionales que alcanzaron al órgano jurisdiccional. Se partió del diagnóstico de que para realizar todas las audiencias orales que el nuevo modelo procesal acusatorio-adversarial requería era necesario transformar la estructura del Poder Judicial. Así, la dimensión organizacional y la gestión judicial adquirieron centralidad en el proceso de reforma, a través de dos herramientas institucionales claves: por un lado, las oficinas judiciales (o de gestión), especializadas de las tareas administrativas necesarias que antes estaban bajo

control de los propios jueces; y, por el otro, los colegios de jueces, formas de organización horizontal y flexible de jueces y juezas.

Pero, en términos generales, estos cambios aún no lograron los resultados esperados. Los jueces pasan todavía pocas horas en audiencias, generando que los procesos se dilaten más de lo debido. Esto responde a fallencias organizacionales puramente técnicas por parte de los tribunales y de las propias oficinas, pero también a disputas de poder irresueltas que limitan la posibilidad de esas oficinas de aplicar políticas eficaces e integrales de gestión judicial, que permitan reducir flagelos como la mora judicial. A eso debe sumarse la proliferación de audiencias virtuales, cuya sobreutilización atenta contra el rol político-institucional de pacificación ritual que informa a la audiencia oral.

Estas nuevas formas de burocratización, sin embargo, son difíciles de erradicar ya que cumplen una función política, al contribuir con la debilidad del Poder Judicial. Paradójicamente, hay jueces y juezas que prefieren conservar esa debilidad estructural, ya que los exime de tomar decisiones costosas o pesadas en términos políticos²⁶, que pueden afectar su permanencia en el cargo o, en casos extremos, su propia seguridad.

De allí que la disputa por la gestión judicial eficaz tiene un sentido técnico-organizacional, pero también esencialmente político. Lo que está en juego es cómo barrer esa maleza de burocratización que hoy sirve de excusa y escondite para jueces y juezas que prefieren mantenerse en una posición de debilidad, antes que exponerse a los riesgos que conlleva el debido ejercicio del poder jurisdiccional. No es casual que la implementación plena de las oficinas judiciales genere aún más resistencias que las que generó la pérdida del poder de investigar (traspasado a las fiscalías) o incluso que la pérdida del poder de juzgar (traspasado a los juzgados): en la lucha por la gestión se expresa la lucha por la capacidad del Poder Judicial de negociar su propio sometimiento político y su irrelevancia institucional.

La debilidad e ineficiencia de los Poderes Judiciales tienen consecuencias tanto en la dimensión político-criminal como en la de garantías.

26 Alejandra Boto Álvarez, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10 (2023): 40-58. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10 (2023)

En materia político-criminal, un Poder Judicial débil e ineficiente se convertirá en un serio obstáculo para que el Ministerio Público obtenga las autorizaciones judiciales necesarias para llevar a cabo una política de persecución penal eficaz cuando la política criminal apunte efectivamente a los sectores de poder. Sin embargo, con el traspaso de las funciones de persecución penal al Ministerio Público, la centralidad de este problema es menor. Hasta el momento, no se han identificado a gran escala casos de fiscalías con una política de persecución penal bien planteada e implementada cuyo obstáculo central para ser eficaz sean los frenos indebidos del Poder Judicial. Los problemas político-criminales de la justicia penal están todavía centrados en el Ministerio Público; lo cual no quita que esta situación varíe en los próximos años en algunos países.

En cuanto a la dimensión de garantías, aquí sí encontramos en el Poder Judicial a una de las principales causas de la afectación de esas protecciones jurídicas ante el abuso del poder estatal. Poderes judiciales ineficientes y débiles constituyen un terreno ideal para la violación masiva de garantías, ya sea por la extensión indebida de los procesos judiciales, por el relajamiento de los estándares probatorios exigidos a la parte acusadora o por la validación de reducciones inconstitucionales de garantías. De ese modo, decisiones tan relevantes como la formalización de una causa en sede judicial, la aplicación de prisiones preventivas u, obviamente, el dictado de condenas ya sea en juicios o a través de procedimientos abreviados, y su confirmación luego de la impugnación, se toman sin mayores pruebas, o extendiendo indebidamente el alcance de las normas penales.

Ya dijimos que el proceso de encarcelamiento masivo puede ser parcialmente achacado a los Ministerios Públicos, por aplicar políticas criminales ineficientes en términos de uso de la violencia. Pero sin la anuencia de los tribunales, estas políticas maximalistas no serían posibles. Ya que en todo caso requieren de un aval judicial para su ejecución. Por ende, es necesario ocuparnos de la cuota de responsabilidad que le cabe a los Poderes Judiciales.

VI. 5. La ineffectividad estructural de la defensa penal ante el encarcelamiento masivo

Una de las dimensiones menospreciadas por las reformas en los últimos años es, sin dudas, la de la defensa penal efectiva. Luego de una prime-

ra etapa muy exitosa, que implicó la creación de servicios públicos de defensa antes inexistentes, y su posterior autonomización respecto de las estructuras de los Ministerios Públicos fiscales, la preocupación por mejorar la defensa se quedó sin un norte claro. Hoy en día, las discusiones sobre el ejercicio eficaz de las defensas, lideradas por las instituciones de defensa pública, suelen estar más cerca de la catarsis por la falta de recursos en un contexto indiscutiblemente hostil, que por el diseño colectivo de una estrategia sólida de fortalecimiento de la defensa.

Este decaimiento es la contracara de problemas tratados anteriormente. Por un lado, de la incapacidad de los Estados para contener el avance de los mercados ilegales y, por el otro, de la dificultad para brindar respuestas eficaces a las víctimas. En ese contexto, la dirigencia política, e incluso la judicial, carecen de incentivos para fortalecer el sistema de garantías a través de la construcción de sólidas instituciones de defensa pública.

Ante la incapacidad dirigencial de diseñar una política-criminal eficaz, se busca compensar a través de la reducción del sistema de garantías. Así, se monta un show propagandístico de encarcelamiento masivo, que en los hechos no contribuye con una verdadera eficacia y eficiencia político-criminal. Es más: el debilitamiento del sistema de garantías a través del debilitamiento de la defensa pública es paradójicamente contraproducente en términos político-criminales, ya que legitima que la política criminal se oriente ineficientemente en los eslabones más fungibles de los mercados ilegales, en lugar de apuntar a sus cargos de poder o a su dimensión económica, que es la que en última instancia suele explicar su pervivencia.

En un contexto de aparente preferencia social por la eficacia político-criminal antes que por la efectividad de las garantías (algo que no sucedía, por ejemplo, en los 80), la narrativa necesaria para fortalecer la defensa debe basarse en explicar esta doble consecuencia de su debilidad. Debemos insistir en que una defensa débil no es sólo un problema para las garantías, sino también un aval a políticas criminales ineficientes. Necesitamos defensas públicas fuertes para evitar que las fiscalías sigan siendo hábiles persecutoras de casos flagrantes o cuasi-flagrantes, pero con baja capacidad de perseguir el delito complejo.

La debilidad estructural de la defensa penal es también producto de la atomización de los distintos actores públicos, comunitarios o privados que cumplen funciones de defensa. Pese a ser actores necesariamente complementarios —por brindar un mismo servicio—, no se observa mayor ar-

ticulación entre la defensa pública, la defensa privada (tanto a nivel individual como a nivel colectivo, en colegios de abogados o grandes bufetes, estudios o despachos jurídicos), y el fenómeno intermedio, que es la abogacía popular o comunitaria. Esa falta de articulación limita la sinergia que debería producirse entre ellos, en beneficio de la efectividad defensorista.

Por otro lado, esto se dificulta aún más por la tendencia de las defensas públicas a asumir roles de representación de víctimas y, por ende, de acusación, inherentemente opuestas a los intereses de las personas imputadas. La creación de defensorías públicas de víctimas dentro del ámbito de los servicios públicos de defensa es, por un lado, sintomática de la incapacidad de las fiscalías para cumplir con su función esencial, que no es otra que representar los intereses victimizados. Ese déficit debería cubrirse intentando mejorar el desempeño del Ministerio Público en esa función o, en el peor de los casos, creando oficinas de representantes jurídicos de víctimas en los propios Ministerios Públicos (fiscales) o en Poderes Ejecutivos. Pero, lamentablemente, en muchos casos se opta por la dañina salida de crear esas oficinas dentro de las defensas públicas.

La consecuencia obvia de esto es que el único organismo estatal que debería estar enteramente al servicio de las personas acusadas y de resguardar el sistema de garantías, pasa a tener también una finalidad exactamente contraria: ocuparse de los intereses contrapuestos a los de los acusados, que son los de las víctimas. No puede haber defensa de garantías si la defensa pública representa intereses contrapuestos. Más allá de todas las disfuncionalidades operativas que provoca esta situación, el problema central es el incentivo perverso que genera a las autoridades de los servicios públicos de defensa. Para ellas, es política y socialmente más reductible priorizar (tanto en términos simbólicos como presupuestarios) las necesidades de las defensorías de víctimas, dada su obvia imagen social positiva, antes que las de las defensorías de personas acusadas.

Por último, el ejercicio de la abogacía y, por ende, de la defensa, sigue muchas veces anclado en un paradigma del trámite, centrado en reproducir pasos formales en lugar de diseñar estrategias de defensa reales. Esta dimensión incluye, por un lado, la subutilización de las herramientas compositivas de solución de los conflictos, generalmente achacable a las fiscalías, pero que en parte también responden a la falta de conocimientos negociales de las defensas. Una defensa eficaz debe dominar tanto la estrategia procesal como las herramientas de resolución

alternativa. Por otro, tiene que ver con la falta de formación de las defensas en materia de litigación adversarial, en buena medida como consecuencia del paradigma obsoleto de enseñanza del derecho que analizaremos a continuación.

VI. 6. La enseñanza del derecho anclada en un paradigma obsoleto²⁷

Llevamos ya 30 años de juicios orales en la región y, en la mayoría de los países, un también largo período con oralidad plena en todo el proceso. También se incorporaron, al menos en las leyes, una diversidad de herramientas alternativas de resolución de los conflictos penales. Pero estas enormes transformaciones, que revolucionaron el modo de funcionamiento de la justicia penal, no han impactado de lleno sobre la forma tradicional de enseñanza del derecho criminal en las universidades. Muchas facultades siguen enseñando el derecho penal y procesal penal como si nada hubiera cambiado en los tribunales.

Se trata, obviamente, de una generalización, como siempre injusta con muchas experiencias educativas transformadoras, pero que resulta válida para describir la mayoría de las casas de estudio de derecho en nuestro continente.

La persistencia de una enseñanza universitaria anclada en bagajes teóricos, culturales y hasta éticos propios del sistema inquisitorial no es un problema que deba interpelar únicamente a estudiantes y docentes. Las facultades de derecho moldean las formas de ejercicio de la abogacía. Si ellas no se modifican, toda reforma legal orientada a transformar prácticas empieza ese duelo perdiendo, ya que debe luchar contra lo que los opera-

27 Sobre el avance de las discusiones y estudios en torno a esta temática, ver, entre otros: Duncan Kennedy, *La enseñanza del derecho como forma de acción política* (Buenos Aires, Argentina, 2014); Andrés Baytelman, «Capacitación como fútbol», *Sistemas Judiciales*, 2002; Nancy Cardinaux y Laura Clérico, «La formación docente universitaria y su relación con los modelos de formación de abogados», en *De cursos y de formaciones docentes*, 2005; Rosalba Georgina González Ramos, «Exploración de planes de estudios de escuelas de Derecho y el desafío de cambio al enfoque por competencias», *Academia*, n.º 30 (2017); Francisco Marull y Sebastián Narvaja, eds., *Programa de formación para profesores universitarios en litigación oral*, 2019.

dores jurídicos aprehendieron desde el comienzo de su educación como abogados y abogadas. Pero el problema no termina ahí: las prácticas tribunalicias obsoletas, propias de sistemas que las normas buscan —pero no logran— reformar, impactan a su vez en la consolidación y persistencia de las viejas formas de enseñanza, en un círculo vicioso difícil de interrumpir.

Para colmo, en muchos países de América Latina la dedicación docente exclusiva en el ámbito de las escuelas de Derecho es limitada. Por ende, quienes enseñan derecho penal y procesal penal son, generalmente, jueces, fiscales, defensores, abogados u otros funcionarios o empleados judiciales. Actores principales o secundarios del propio sistema de justicia, con baja o nula formación pedagógica o didáctica. Esto lleva a que las lógicas de enseñanza sigan oscilando entre la memorización de normas (sin ponerlas en acción) o, en el mejor de los casos, una orientación supuestamente “práctica”, que consiste finalmente en una réplica acrítica de la realidad forense. Es decir, de lo que supuestamente, desde la experiencia estrictamente personal de ese operador “realmente sucede en tribunales”, sin un análisis crítico sobre su adecuación a las normas legales o constitucionales, ni sobre sus consecuencias sociales o políticas.

De este modo, se conforma un círculo vicioso, en el cual una enseñanza universitaria obsoleta y una práctica tribunalicia también arcaica se retro-alimentan negativamente. Las reformas judiciales se concentraron tanto en la disputa por los tribunales que, muchas veces, desatendieron la lucha por la reforma universitaria, más allá de intentos sutiles, pero rápidamente neutralizados a través de la habilitación de espacios aislados, insulares, que sólo generan algún rasguño a la tradición imperante.

¿Cuál es el contenido de esa disputa pendiente? Freije²⁸ formula una pregunta que sintetiza el dilema que enfrentamos pese a la implementación de reformas procesales basadas en la idea del juicio de conocimiento como un litigio adversarial: “¿Por qué no contamos con una formación de abogados y abogadas que les provea de las habilidades y competencias básicas necesarias para litigar?”.

Siguiendo su análisis, partimos de un modelo hegemónico de enseñanza del derecho, basado en el formalismo, que propone a estudiantes el acercamiento a “El Derecho” como un sistema dado, estable, que solamente

28 Joaquín Freije, «Tensiones entre la enseñanza universitaria de la abogacía y la formación de litigantes», en *Libro homenaje a Alberto Binder*, En prensa.

te debe ser “estudiado” bajo los dogmas jurídicos, sin ninguna visión interdisciplinaria que profundice, por ejemplo, en su inevitable componente político o en su dimensión práctica. Siguiendo a Alberto Binder, este paradigma conjuga cuatro mecanismos: el formalismo, el conceptualismo, la neutralidad y el ritualismo²⁹, que conforman una cultura jurídica basada en la debilidad de la ley.

La irrupción de la enseñanza del litigio adversarial conllevó enormes cambios, centralmente, una nueva preocupación por la orientación práctica de la enseñanza del derecho³⁰. Sin embargo, también se encontró con límites, como la dificultad para interactuar con lo que efectivamente sucedía en los tribunales, ya no como réplica acrítica, pero sí como realidad que necesariamente debe ser analizada (y criticada) como punto de partida para su transformación. Asimismo, la ya señalada compartimentalización impidió que la enseñanza del litigio transformara el enfoque general de la formación jurídica.

Antes esta vigencia generalizada del modelo tradicional, y los límites que evidencia el modelo de enseñanza del litigio adversarial, es necesario diseñar una nueva agenda de transformación de enseñanza de la abogacía, orientada ya no a emparchar lo que el modelo hegemónico no incorpora, sino a rediscutirlo en forma integral. No será posible cambiar la forma en la cual se enseña el derecho procesal penal, o el derecho penal en general, transformando únicamente los programas de esas materias. Debemos re-discutir transversalmente el modo en el cual el derecho es construido en las escuelas de derecho.

VII. Los ejes de la nueva agenda de la justicia penal

Hecho este diagnóstico de grandes trazos —que requiere, obviamente, mayor investigación empírica y su adecuación a la realidad de cada país— e identificados los problemas principales que presentan hoy las justicias penales latinoamericanas, debemos ahora trazar los ejes principales que orienten nuestra acción durante los próximos años.

29 Binder, *Hermenéutica del proceso penal*, 363.

30 Andrés Baytelman, «Capacitación como fútbol», *Sistemas judiciales*, n.º 1 (2002).

Se trata de una agenda de largo plazo, que busca proponer un primer borrador de marco general de actuación para las próximas décadas o, siendo menos ambiciosos, al menos unas primeras ideas de cómo fijar metas y objetivos que orienten nuestro rol como agentes de transformación del funcionamiento de los sistemas de justicia penal latinoamericanos. Requerirá, obviamente, una discusión más amplia con otros grupos de estudios o de trabajo, y una tarea de monitoreo permanente y evaluación periódica, tanto de la propia agenda como de la realidad sobre la cual busca trabajar, que necesariamente torcerán el rumbo.

Podemos diferenciar cuatro niveles de análisis en materia de reforma a las justicias penales, que debemos separar analíticamente para luego conjugar en la práctica:

- **Nivel “meta” – La reforma del sistema de gobierno:** Cuando hablamos de reforma a la justicia penal estamos hablando, en última instancia, del amplio abanico de temas que hacen a la construcción de un sistema de gobierno que, en nuestro caso, pretendemos que sea democrático y republicano. Cuando esto se pierde de vista, se corre el enorme riesgo de minimizar la relevancia y responsabilidad que tiene la calidad de los sistemas de justicia penal sobre la calidad de las democracias, y de aislar la justicia penal de las discusiones democráticas estructurales.
- **Nivel “macro” – La reforma del sistema integral de gestión de la conflictividad:** La justicia penal se enmarca en una de las grandes políticas públicas que tienen todos los Estados modernos, que es la encargada de gestionar los conflictos. Esta gran política pública abarca distintas subpolíticas y formas de intervención, que incluyen mecanismos no estatales (por ejemplo, sistemas comunitarios de mediación o conciliación) hasta diversos mecanismos estatales, algunos de ellos administrativos y otros judiciales. Dentro de los judiciales, uno de ellos —el de última ratio— es la justicia penal. Esta comprensión nos permite entender que muchos de los problemas de los sistemas penales (por ejemplo, la sobrecarga endémica) tienen relación con problemas de otros niveles, como la ineficacia de los otros mecanismos de gestión. Por ejemplo, la falta de respuesta en la justicia civil genera que muchos conflictos de menor relevancia terminen recayendo en la justicia penal, dado el alto poder simbóli-

co que conserva la tipificación legislativa, aun cuando no lleve a una respuesta concreta.

- **Nivel “meso” – La reforma de la justicia penal:** Este nivel, en el que nos hemos centrado principalmente hasta este momento, debe ser comprendido como una integralidad. Si bien es deseable (y en los últimos años se ha promovido) que cada una de las áreas que componen el sistema de justicia penal comience a especializarse, esa atomización no debe conllevar a perder la mirada holística. La excesiva separación entre cada una de las islas temáticas y/o institucionales que conforman ese sistema podría dificultar, asimismo, la conexión entre la justicia penal y los niveles superiores.
- **Nivel “micro” – Los programas específicos de reforma dentro de las justicias penales:** Una de las características centrales de la nueva agenda será la profundización de este nivel. Sería un síntoma de saludable de profesionalización y especialización que en nuestra generación ya no existan tantos “especialistas en reformas de justicias penales” como un todo; sino más bien personas especializadas en cada uno de los programas o de las áreas que componen ese sistema. Eso sin dejar de lado, como dijimos antes, que también deben existir otras personas pensando la integración de todos estos temas desde una mirada más amplia.

Ahora sí, pasemos a cuáles son los ejes que, en base a los problemas señalados, deberían conformar una agenda integral de la reforma a la justicia penal.

VII. 1. La disputa por la eficacia político-criminal de los Ministerios Públicos³¹

Los Ministerios Públicos se han convertido en los principales terrenos de disputa de poder de los campos judiciales de América Latina. Ni las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, ni los tribunales inferiores, ni los Consejos de las Judicaturas o Magistratura, ni tampoco las áreas judiciales

31 Un reciente abordaje de estos temas puede encontrarse en: Julián Alfie, «La disputa por los Ministerios Públicos en América Latina», en *Homenaje a Alberto Binder*, en prensa.

de los Poderes Ejecutivos, presentan el interés político que generan las fiscalías, en particular por su rol penal.

Alrededor de los Ministerios Públicos (en algunos países conocidos como “Ministerios Públicos Fiscales”) pasará la clave del éxito de la justicia penal en las próximas décadas, y por eso requiere que nos detengamos en esta dimensión con un poco más de atención.

Los MP están en la mira de distintos grupos sociales, para bien y para mal. Distintos poderes fácticos comprendieron que las fiscalías pueden garantizarles privilegios e impunidad o, por el contrario, resquebrajar su histórico blindaje. Por su parte, los sectores históricamente desaventajados empiezan a ver en los Ministerios Públicos actores que pueden ser aliados en la lucha por la legalidad, o bien enemigos que perpetúen la desigualdad.

Como vimos, la implementación del sistema acusatorio no sólo les transfirió a las fiscalías las facultades de investigación e impulso de la acción penal, sino también el poder de diseñar políticas de persecución penal. Esto, sumado a la expansión de la criminalidad y su consecuente mayor relevancia en la agenda pública, convirtieron a los MP se transformaron en organismos con una creciente responsabilidad de resolver un problema con una también creciente relevancia social.

Concretamente, las reformas procesales penales convirtieron a los Ministerios Públicos en actores capaces de quebrar la matriz de impunidad que caracterizó históricamente a América Latina. Aun cuando sean casos aún aislados, lo cierto es que la matriz histórica de impunidad de los distintos grupos que componen el “poder real” en nuestra región sufrió, aun aisladamente, algunas rajaduras, que el caso Odebrecht simboliza bien, tanto en sus avances como en sus obstáculos. Pese a eso, el objetivo de torcer la selectividad, propuesto en los comienzos de la reforma³², no se alcanzó. Como vimos, la incorporación normativa de criterios de oportunidad y respuestas diversificadas no se tradujo en prácticas que sepan aprovechar esas herramientas.

Que la eficacia en casos complejos siga siendo la excepción y no la regla responde, por un lado, a una dimensión técnica: muchas fiscalías siguen trabajando bajo modelos organizacionales, de gestión y, sobre todo, de política pública tendientes a la ineficacia, que reproducen el paradig-

32 Julio B. J. Maier et al., *El Ministerio Público en el proceso penal*, 1993, 88.

ma reactivo, disperso y sin prioridades claras. Se trata de una agenda pendiente en la mayoría de los Ministerios Públicos. No en lo declarativo: la mayoría de los MP declama públicamente contar con modernos modelos de gestión, con planes estratégicos, son sofisticados sistemas de monitoreo y evaluación. Pero esas herramientas no penetran sobre las prácticas cotidianas de las fiscalías, al menos con la profundidad necesaria como para torcer el rumbo de la ineficacia tradicional. Sin una voluntad institucional de ruptura de la inercia, seguirán funcionando como una coartada de modernización.

Ahora bien, cuando esa búsqueda de eficacia en la persecución penal de delitos de poder efectivamente se impulsó y, en algunos casos, se logró, las reacciones fueron furibundas. Una hipótesis posible es que la incapacidad de los Ministerios Públicos de aplicar una política de persecución penal eficiente y democrática no responde solamente, y ni siquiera principalmente, a dificultades técnicas, sino más bien políticas, de poder. Hay tareas que los Ministerios Públicos *ya aprendieron a hacer*, pero que *deciden no hacer*.

El empoderamiento de los Ministerios Públicos latinoamericanos y su relativa tecnificación generó una disputa de poder en torno a ellos, entre los beneficiarios y los perjudicados de la impunidad sistémica. La pelea es entre los ganadores y los perdedores de la matriz de impunidad. Los principales ganadores son los que generan daños a través de hechos delictivos sin sufrir consecuencias. Obviamente, son personas o grupos que ocupan una posición de poder, ya sea institucional, económico, cultural. Otra particular consecuencia de esa impunidad es la potencial facilitación (por la falta de control y de consecuencias) del uso abusivo, arbitrario e ilegal de la herramienta penal en favor de intereses particulares de ciertos grupos de poder.

Los damnificados son quienes, a la inversa, resultan víctimas de delitos sistemáticamente impunes y, por ende, de daños que no se reparan. También lo son quienes cometen delitos que resultan sobrecriminalizados, o personas inocentes que sufren la aplicación abusiva del poder penal.

Como señalamos, bajo el sistema inquisitorial, la disputa por la eficacia político-criminal era casi inexistente, ya que el resultado del juego (sus "ganadores" y "perdedores") estaban mayormente predeterminados. El propio diseño institucional garantizaba que el sistema penal fuera incapaz de torcer la matriz de impunidad estructural. Los sectores más poderosos no necesitaban esforzarse demasiado para obtener esa cobertura, ya que el propio sistema carecía de las herramientas necesarias para lograr per-

secuciones penales eficaces. Los sectores desaventajados, por su parte, ni siquiera aspiraban a encontrar en los sistemas de justicia y, en particular, en la justicia penal, un aliado capaz de incidir sobre las violaciones a sus derechos humanos.

La implementación del sistema acusatorio en América Latina tuvo, dentro de sus múltiples efectos, el de promover y transformar el desarrollo de esa disputa por la eficacia político-criminal. El juego ya no es el mismo que antes. Al empoderar a los Ministerios Públicos, las reformas procesales penales abrieron una caja de Pandora. Los sectores desaventajados ven por primera vez un actor institucional de la justicia penal con capacidad real de torcer la selectividad que históricamente los perjudicó. Lo que antes era imposible por el propio diseño institucional de los juzgados de instrucción, hoy, gracias al principio jerárquico y de unidad de actuación, aparece más cercano. Lentamente, existe un proceso de responsabilización: la matriz de impunidad deja de ser vista por la sociedad como una cuestión sistémica y, como tal, sin responsables individuales. En muchos países, la ciudadanía comienza a asignar a los Ministerios Públicos —en particular, a sus máximas autoridades— una responsabilidad mayor.

Esa mayor capacidad de impacto y esa responsabilización generan que, por primera vez, los sectores desaventajados de la ciudadanía se animen a entrar en la disputa por la eficacia político-criminal, cuyo principal terreno de juego es el Ministerio Público.

Como ya mencionamos anteriormente, el resultado de esa disputa y, en consecuencia, la capacidad estatal de controlar eficazmente la criminalidad, inciden directamente sobre la calidad y sobre la vigencia del sistema democrático. La ineficacia político-criminal puede convertirse en un motivo de crisis para las democracias y un terreno fértil para el rebrote de gobiernos autoritarios. Por lo tanto, la disputa por la eficacia de los Ministerios Públicos tiene una relevancia institucional central, ya que su resultado puede llegar a incidir incluso sobre la vigencia misma del sistema democrático.

¿Cuáles son las posibles respuestas de los Ministerios Públicos a esa disputa sobre su eficacia político-criminal? En los últimos años, Binder ha señalado tres posibles formas de funcionamiento de los Ministerios Públicos:

- **Ministerios Públicos sometidos a los poderes fácticos:** Son aquellos que voluntariamente colaboran con la perpetuación de los privilegios y, por ende, con la matriz de impunidad. Esta colaboración

puede traducirse en acciones, como el uso arbitrario de la herramienta penal para criminalizar a grupos sociales que afectan aquellos intereses, o para barrer a competidores de otros actores de los mercados ilegales. Esas acciones suelen ir acompañadas de omisiones voluntarias, especialmente la inacción ante ciertas formas de criminalidad, como parte de un pacto (explícito o tácito) de impunidad. O la persecución de los eslabones más débiles de los mercados criminales, dejando de lado quienes cometen delitos menos visibles, pero más relevantes para el funcionamiento de la estructura criminal. También puede incluir la sanción o hasta la remoción de fiscales que se atreven a afectar los intereses de esos grupos. En casos más extremos, puede involucrar intervenciones administrativas sobre la institucionalidad democrática para perpetuar gobiernos fraudulentos o autoritarios.

- **Ministerios Públicos burocratizados y desinteresados por la disputa de poder:** Cuando los Ministerios Públicos son altamente ineficaces en virtud de la falta de liderazgo, la mala gestión, la desidia o la simple burocratización, estarán de hecho continuando con la tradición de los sistemas de justicia latinoamericanos. Serán benévolo con los poderes fácticos, no por una decisión necesariamente activa, sino por el propio *habitus* organizacional. Aquí no hay corrupción, sino incapacidad y/o falta de decisión de cambiar el rumbo. Las consecuencias pueden ser las mismas o incluso peores que las de las fiscalías cómplices, ya que la responsabilización será menos sencilla.
- **Ministerios Públicos comprometidos con romper la aplicación desigual de la ley:** Se trata de aquellos casos, hasta ahora aislados, de fiscalías que trabajan activamente por romper con los patrones de impunidad. Bajo una perspectiva de política criminal democrática, los objetivos serán, por un lado, brindar una tutela efectiva que garantice el acceso a la justicia de todos los grupos sociales, especialmente aquellos que tradicionalmente no la han tenido; y controlar la criminalidad con una diversidad de respuestas orientadas a disminuir el nivel de violencia en una sociedad. Ello requiere un uso no sólo eficaz, sino también eficiente de la violencia estatal: usar la menor cantidad de violencia estatal posible para lograr una reducción de la violencia total. A grandes rasgos, requiere una extensión de los métodos no violentos de gestión de los conflictos menos gra-

ves, y una mayor capacidad de incidencia efectiva sobre los conflictos más graves.

Obviamente, el último modelo es el único aceptable en un Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, en la mayoría de los países no existen los incentivos institucionales necesarios para impulsarlo.

En particular, el crimen organizado necesita para su desarrollo algún tipo de relación con el Estado. Para las organizaciones criminales, la acción estatal es, antes que nada, un potencial costo económico. Lograr que los Ministerios Públicos persigan eficazmente la criminalidad organizada requiere, entre otras cosas, comprender que la autonomía y la eficacia de las fiscalías es un costo para esas organizaciones, y que, a la inversa, los ataques a esa autonomía son, antes que nada, una estrategia empresarial (ilegal) de reducción de costos. Entender las dimensiones de esa rentabilidad es el primer paso para poder reducirla a través de acciones concretas.

La pregunta que debemos hacernos, a esta altura, no es “¿por qué los Ministerios Públicos no logran romper la impunidad estructural?”, sino más bien “¿por qué razón un fiscal sería tan irracional como para intentar romper esa impunidad?”. En un contexto de impunidad estructural, la ineficacia no genera ningún costo a los fiscales, ya que la responsabilidad se diluye. Por el contrario, intentar ser eficaces puede costarles el cargo, su integridad física o hasta la vida. Esto debería llevarnos a trabajar por reducir los costos de la eficacia, lo cual requiere grandes reformas en términos de estabilidad, autonomía y seguridad. Pero, especialmente, tener una mirada sistémica y no individual del problema: debemos aumentar los costos de ser ineficaz a través de una mayor rendición de cuentas.

¿De dónde van a sacar los y las fiscales que quieran romper esas viejas resistencias la legitimidad y el apoyo necesario para lograrlo? ¿Cómo reducir los costos de la eficacia y aumentar los beneficios de la eficacia? Como dijimos, los Ministerios Públicos son nuevos espacios de lucha política en América Latina, y esa lucha sólo tendrá como resultado una mejor democracia y una mayor igualdad si los sectores sociales que sufren cotidianamente las consecuencias de la impunidad estructural forman parte de esa disputa.

De hecho, es posible que en los países de América Latina en donde los Ministerios Públicos no estén siendo objeto de una agitada disputa, esto

no sea síntoma de una deseable calidad institucional, sino de una indeseable situación de comodidad por parte de los beneficiarios de la impunidad estructural.

Necesitamos comenzar a instalar una nueva visión política sobre el MP que supere el enfoque puramente tecnocrático y aborde su rol institucional en clave democrática. El acertado miedo sobre la partidización de ese organismo derivó en un inconveniente miedo a abordar su inevitable y necesaria dimensión política. ¿Qué significa, en el caso del MP, su dimensión política? Lograr que las fiscalías se vinculen con las comunidades que deben representar y se conviertan en actores protagónicos de la lucha por la legalidad. Debemos abordar el desafío de la representatividad, porque sin conexión con la ciudadanía, no hay autonomía real. De entre todas las estrategias para fortalecer ese vínculo, hay dos dimensiones prioritarias para lograr esa transformación en los MP.

Por un lado, repensar los mecanismos de selección de las máximas autoridades. Una de las grandes novedades político-institucionales de las reformas procesales penales fue la figura del Fiscal General (o su equivalente: Fiscal Nacional, Procurador General, etc.). Es decir, el cargo de máxima autoridad de un Ministerio Público. En algunos casos, no es exagerado decir que es uno de los cargos públicos que concentra un mayor poder en todo el Estado: por ser unipersonal, por la estabilidad que posee durante la duración de su mandato y por la cantidad de facultades que concentra.

Tradicionalmente, la bibliografía y el reclamo de las organizaciones de la sociedad civil ha sido la “despolitización” de los mecanismos de selección de todos los integrantes del sistema de justicia, sin detenerse en las diferencias que deben existir entre la selección de integrantes de Poderes Judiciales y Ministerios Públicos; ni entre la selección de un fiscal de carrera con un fiscal general. Esa generalización tiene efectos nocivos. Un juez de una Corte Suprema y un Fiscal General deben tener mecanismos de selección tan distintos como distintas son sus funciones institucionales.

La selección de Fiscales Generales es una decisión inevitablemente política. En un sistema acusatorio, y sobre todo con herramientas de diseño de la política de persecución penal, el Fiscal General está obligado a establecer prioridades, ya que como vimos, no todos los fenómenos criminales pueden ser perseguidos. Esa decisión es una decisión política. Sustraerla del debate público es limitar la posibilidad de contar con una política de persecución penal democrática. Es decir, reducir el proceso de selección

de un Fiscal General a un proceso estrictamente técnico no colabora con su autonomía. De hecho, es contraproducente: la única autonomía de los Ministerios Públicos viable en América Latina es aquella que surja de generar un fuerte vínculo con las comunidades. De lo contrario, las fiscalías necesariamente responderán a otro poder, ya sea político o fáctico.

El esfuerzo por lograr que las fiscalías no respondan ciegamente al Poder Ejecutivo se queda a mitad de camino si no va acompañado a un esfuerzo complementario por acercarlas a la sociedad. Podrán ser autónomas del Gobierno, pero representativas únicamente de la burocracia del propio MP, y eso las vuelve tan ajenas a la ciudadanía como si fueran controladas por el Ejecutivo. O, peor aún, pueden terminar aliadas a los beneficiarios de la impunidad estructural.

La segunda herramienta fundamental para fortalecer la vinculación entre los Ministerios Públicos y la ciudadanía es lograr que las fiscalías sean, a los ojos de la ciudadanía y de los propios integrantes del MP, responsables por los resultados de sus políticas de persecución penal. Esto implica discutir cuáles son los resultados esperables. Debemos poner sobre la mesa y democratizar el debate y la disputa por la eficacia político-criminal de los Ministerios Públicos.

A 30 años de las reformas, los Ministerios Públicos siguen sin tener clara cuál es su función y, en consecuencia, cuáles son las responsabilidades por las cuales deben rendir cuentas a la sociedad, generando que, en los hechos, esa rendición ni siquiera suceda. Pocos Ministerios Públicos monitorean y evalúan adecuadamente su desempeño. Esto puede ser consecuencia de la falta de planificación: si evaluar es, principalmente, analizar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados, ninguna evaluación sería posible sin una planificación que establezca objetivos a alcanzar.

Otro problema tiene relación con la falta de producción de información, o su mala calidad. Y, cuando se realizan evaluaciones internas (realizadas por la propia institución), suele ser una acción burocrática, sin impacto real en la gestión. Por su parte, las evaluaciones externas (de otros organismos públicos, de organismos privados, de la sociedad civil, internacionales, etc.), o la mera discusión pública sobre el desempeño del MP, es excepcional, debido a los bajos niveles de publicidad de la información y a la falta de claridad sobre sus responsabilidades.

Estas dimensiones políticas se interrelacionan, necesariamente, con la dimensión de las capacidades organizacionales, que tienen una faz técnica, aunque inseparable de la cuestión política. Sin caer en una errada lógica de causa-consecuencia, lo cierto es que la lejanía entre los MP y sus funciones político-sociales se retroalimenta negativamente con las dificultades en desarrollar las capacidades técnicas vinculadas a una persecución penal eficaz.

Por lo tanto, la agenda de los próximos años en materia de MP también deberá abarcar, entre otras, las siguientes cuestiones que hacen a la posibilidad de desarrollar políticas de persecución penal eficaces:

- **Planificación estratégica de la persecución penal:** Planificar estratégicamente la persecución penal implica establecer fenómenos criminales prioritarios sobre los cuales se intervendrá, establecer objetivos realistas, alcanzables y evaluables respecto a cada uno de ellos (que pueden ser de disminución, control, transformación o relocalización), y diseñar estrategias que definan los medios (tanto penales como no penales) que son necesarios para lograr esos resultados³³. La literatura actual sobre planificación estratégica³⁴ complejiza esta cuestión, al evidenciar que la planificación estratégica no se reduce al momento puntual de la elaboración de un plan. Pero los MP siguen inmersos en una tradición institucional de absoluta desconexión entre su actuación y la obtención de resultados sociales: ya sea en términos macro, de impacto sobre fenómenos criminales, o micro, de lograr respuestas para casos concretos. Por ende, debemos insistir sobre ideas muy básicas y sencillas de planificación:

- No se puede perseguir todo, sino que hay que priorizar ciertos fenómenos criminales y, en consecuencia, ciertos casos.

33 Adaptación de una definición básica y sencilla de “planificación estratégica” de las políticas públicas de: Antonio Feria Moreno, *Manual para la elaboración de planes estratégicos de políticas públicas en la Junta de Andalucía - Publicaciones - Junta de Andalucía* (Instituto Andaluz de Administración Pública).

34 José Luis Méndez Martínez, «La planificación estratégica en el sector público. Estado del arte y reflexiones generales», *Estado Abierto. Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas* 6, n.º 1 (2021): 59-80. ({}Estado Abierto. Revista sobre el Estado, la administraci{}n y las pol{}ticas p{}blicas} 6, n.{}super o{}nosub{} 1 (2021

- No se puede gestionar “a ciegas”, sino que se requiere un análisis situacional, tanto de la realidad sobre la cual se debe intervenir como de las propias capacidades y recursos institucionales.
- No se puede actuar sin rumbo, sino siguiendo ciertas metas y objetivos, que deben monitorearse permanentemente y evaluarse periódicamente.
- No se puede usar una sola herramienta (léase: cárcel) para todos los casos, ni utilizar ese costoso recurso en forma aleatoria, sino que se deben establecer pautas de asignación de cada una de las diversas respuestas con las que cuenta el MP según el tipo de fenómeno criminal, de caso y los objetivos establecidos.

→ **Participación comunitaria en la persecución penal:** Si bien el término de “persecución penal comunitaria”³⁵ se introdujo hace tiempo a la discusión académica, su inserción práctica sigue siendo muy baja en Latinoamérica. La vinculación entre los Ministerios Públicos y las comunidades debe atravesar toda la actuación de las fiscalías. Esto abarca un nivel macro, en donde la sociedad debe poder participar en la identificación y priorización de fenómenos criminales y en la evaluación de desempeño de los Ministerios Públicos. Pero también a nivel micro: desde una mayor participación de las víctimas en la estrategia de las fiscalías en los casos concretos, hasta una mayor articulación entre las fiscalías y diversos sectores sociales que cuentan con recursos y conocimientos que pueden ser determinantes para el éxito en casos concretos. Como dijimos, el principal apoyo de los MP para ganar fuerza y legitimidad en la costosa tarea de enfrentar al poder debe estar dado en su vinculación más directa con las comunidades.

→ **Profesionalización de las policías u organismos de investigación:** La reforma procesal penal iniciada en los 80 desatendió parcialmente el desarrollo de organismos especializados en investigación criminal. La disyuntiva entre profesionalizar las áreas de investigación ya existentes en los cuerpos policiales o crear nuevos organismos en el ámbito judicial no se resolvió exitosamente en casi ningún país. La discusión paralela por la reforma y desmilitarización de las poli-

35 Ronald F. Wright, «Community Prosecution, Comparative Prosecution», *Wake Forest Law Review* 47 (2012): 361.

cías, todavía manchadas por su actuación muchas veces ilegal durante las dictaduras militares o los conflictos internos, obstaculizó que esta agenda se desarrollara adecuadamente. Pero hoy ya no tenemos excusas para no abordar este desafío. La complejización de la criminalidad y la cada vez más alta exigencia de gestión de los casos que asumen las fiscalías impide que la investigación criminal sea resuelta a través de abordajes intuitivos por fuerzas de seguridad poco formadas y fiscales especializados en derecho antes que en investigación. Debemos profundizar el desarrollo de organismos de investigación altamente especializados, con capacidad de abordar cuestiones técnicamente complejas: dimensiones económicas, de nuevas tecnologías, ambientales, entre otras. Y, en paralelo, institucionalizar su relación con los Ministerios Públicos, ya sea que funcionen o no dentro de su órbita, lo que dependerá de la decisión política que se tome en cada país.

- **Análisis y persecución de la dimensión económica y de mercado de la criminalidad:** Esta es otra cuestión instalada en la academia, e incluso en los discursos institucionales, pero aún con muchos desafíos en su operativización, dada los altos niveles de tecnificación, manejo de información compleja y coordinación interinstitucional necesarios. “Perseguir los flujos de dinero” que subyacen a cada mercado sigue siendo una tarea casi imposible para los Ministerios Públicos, producto de las deficiencias en todas las dimensiones anteriores, pero también de dificultades específicas. Se superponen dos dimensiones. Por un lado, la pérdida de impulso que tuvieron las unidades o direcciones de análisis criminal, diseñadas principalmente para incorporar esta la visión según la cual los delitos responden a patrones, tendencias y estructuras y, en muchos casos, a una estructura particular que es la de mercado. Por otro lado, las dificultades para que esa información criminal, cuando excepcionalmente es producida, derive en investigaciones exitosas, lo cual requiere superar diversos obstáculos en materia de investigación (especialmente patrimonial) y litigio (tanto de medidas cautelares económicas como de decomiso, en cualquiera de sus formas).

Estas son las principales dimensiones sobre las cuales deberemos trabajar en materia de fortalecimiento de los Ministerios Públicos en los próximos años, en lo que probablemente sea uno de los ejes más determinan-

tes para la consecución de un sistema de justicia penal de mayor calidad democrática, en virtud del contexto social e institucional antes descripto.

VII. 2. La diversificación de respuestas para una tutela judicial efectiva

La falta de respuestas estatales a las víctimas requiere desarrollar una agenda de trabajo basada en la diversificación de respuestas, ya no desde el plano normativo, sino operativo. Esto significa que ya no basta con incorporar a los Códigos Procesales Penales la facultad de aplicar mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Los sistemas penales y, en particular, los Ministerios Públicos, deben diseñar e implementar programas muy fuertes y efectivos de diversificación de respuestas. La diversificación de respuestas debe dejar de ser una cláusula decorativa en los Códigos Procesales y convertirse en política pública concreta.

Dada su mayor eficiencia (por conllevar un menor desgaste de recursos económicos y, sobre todo, de violencia estatal), las soluciones composicionales deben dejar de ser alternativas simpáticas para algunos pocos casos menores, para pasar a convertirse en una herramienta central de las políticas de persecución penal y de gestión de la conflictividad.

Un programa eficaz de diversificación de respuestas debe abarcar, por lo menos, las siguientes tareas:

- **Coordinación eficaz con otras herramientas de gestión de la conflictividad (“relocalización”):** Debemos recuperar la mirada del nivel macro, según la cual la justicia penal integra un sistema más amplio de gestión de los conflictos. Una persecución penal eficaz es imposible si el resto de los mecanismos estatales y sociales de gestión de conflicto fallan. Desentenderse de esos niveles de gestión de conflictos, aun cuando sean efectivamente externos a los sistemas de justicia penal y excedan su competencia, implica una renuncia tácita a la posibilidad de implementar una persecución penal eficaz. El funcionamiento de las otras herramientas de gestión de conflictos simplemente no puede ser ignorado, ya que repercute directa y estructuralmente sobre la carga de trabajo del sistema penal. Quienes integran los sistemas de justicia penal y, en particular, quienes

tienen el deber de representar los intereses victimizados —es decir, los Ministerios Públicos— deben promover el fortalecimiento de esas herramientas y articular con ellas, con dos objetivos. El primero es evitar que las conflictividades sociales de menor nivel se agraven en el tiempo y deriven en casos más graves, con relevancia penal. Y el otro es que, para que los casos de bajo nivel de violencia que tienen relevancia jurídico-penal, existan otros sistemas en donde la justicia penal pueda relocalizarlos³⁶.

Esos otros niveles incluyen, entre otros, a las justicias no penales: civiles, laborales, comerciales, familiares, administrativas, que abordan muchos conflictos con potencialidad penal. Del mismo modo, las justicias de proximidad o municipales, que tratan otros conflictos cuyo abordaje inadecuado, ineficaz o ineficiente también puede generar una espiralización de la violencia que derive en un hecho penal. Asimismo, los mecanismos estatales no judiciales, como las distintas formas de procesos administrativos detrás de los cuales se tratan, en muchos casos, conflictos que pueden obtener una respuesta rápida y eficaz en sede administrativa; o las diversas formas de mecanismos solución de conflictos dependientes del Estado. Por otro lado, existen también espacios no estatales, comunitarios, que aplican esas herramientas de gestión de la conflictividad, ya sea en forma permanente, o bien en forma reactiva ante la aparición de crisis de conflictividad. Esto incluye desde centros vecinales, asociaciones civiles de distinto tipo, hasta espacios menos formales o institucionalizados que, en los hechos, absorben la función de gestionar pacíficamente los conflictos.

Por su parte, los mecanismos autocomposicionales, o herramientas como la educación legal comunitaria, constituyen formas aún poco abordadas, pero con un alto potencial para gestionar conflictos de baja entidad³⁷.

Mención aparte merece la justicia indígena, es decir, los diversos mecanismos que las comunidades indígenas poseen para gestionar

36 Binder, *Análisis político criminal*.

37 Carolina Ahumada, «Nuevos enfoques de acceso a la justicia y educación legal comunitaria», en *Educación Comunitaria Legal en Argentina*, de Ángela Ledesma, 2020.

los conflictos sucedidos en el marco de sus comunidades³⁸. La vinculación entre los Estados y esas comunidades y, en particular, entre los organismos judiciales estatales y los mecanismos de justicia de los pueblos originarios poseen una heterogeneidad muy profunda en la región. A pesar de esta heterogeneidad, en la mayoría de los casos el vínculo es conflictivo y requiere atención institucional urgente. En primer lugar, por ser una dimensión indispensable para garantizar los derechos de esas comunidades, además de ser un compromiso internacional de la mayoría de los Estados. Y, en segundo nivel, pero también en forma relevante, por ser mecanismos que cumplen una tarea fundamental para una gestión eficaz de la conflictividad social.

→ **Implementación efectiva de programas masivos de respuestas diversas en el marco de los sistemas de justicia penal:** Aun cuando el fortalecimiento de los otros niveles (no penales) del sistema de gestión de la conflictividad sea imprescindible, los sistemas penales no pueden esperar a que ello suceda para empezar a hacerse cargo en forma más eficaz de los casos con relevancia penal, pero con menor nivel de violencia.

En América Latina las herramientas composicionales incorporadas normativamente a los Códigos Procesales Penales siguen siendo mayormente desaprovechadas. Esto deriva en una baja tasa de eficacia político-criminal básica por parte de los Ministerios Públicos Fiscales, entendida como la capacidad de dar alguna respuesta de calidad básica (que conlleve alguna forma de responsabilización) a los casos penales que le ingresan³⁹. Este indicador básico de desempeño debe extenderse como uno de los principales a monitorear

38 Silvina Ramírez, «La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación» (CEJA, 2021), https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5697/PUB_justiciaindigena.pdf?sequence=1&isAllowed=y.2021

39 INECIP, «La eficacia de los Ministerios Públicos Fiscales en Argentina», 2022, <https://inecip.org/wp-content/uploads/2022/09/Inecip-Publicacion-La-eficacia-de-los-MPF.pdf>. Las actualizaciones anuales del ranking de eficacia de los Ministerios Públicos Fiscales de Argentina, que incluyen mejoras a la metodología, pueden encontrarse en la sección de «Publicaciones» de la sección del programa de Ministerios Públicos Fiscales en la web del INECIP: <https://inecip.org/areas-de-trabajo/ministerios-publicos-fiscales/>

por parte de las autoridades de los Ministerios Públicos, ya que permite evaluar cuántos casos quedan sin respuesta alguna. Implica, además, poner en crisis la idea de que cualquier forma de cierre de un caso (por ejemplo, archivos o desestimaciones) es una salida positiva, o que la presentación de una acusación es suficiente para dar por cumplido el trabajo de una fiscalía. Los Ministerios Públicos deben reconectarse con las víctimas y, para eso, es necesario que se planteen como objetivo institucional central la capacidad de dar respuestas de calidad a las víctimas, cuando eso sea posible. Eso sólo será posible utilizando cada vez con mayor naturalidad y amplitud herramientas distintas al castigo penal, que implica todo el desgaste que conlleva un juicio o un procedimiento abreviado.

Los Ministerios Públicos deben fortalecer institucionalmente sus áreas de resolución de conflictos en forma composicional. Deben existir programas específicos adecuados a cada uno de los problemas político-criminales que puedan ser abordados por este tipo de herramientas. Esto requiere un abordaje interdisciplinario, no desde la lógica académica, sino desde una perspectiva práctica y operativa. Se necesitan especialistas en análisis de conflictos que permitan estudiar esos fenómenos y cuáles son las herramientas posibles de abordaje. Y se necesitan otros especialistas de diversas disciplinas para la adecuada aplicación práctica de esas vías composicionales. Como dijimos, eso variará según el fenómeno criminal en cuestión. Merece una mención especial la cuestión del abordaje penal de las diversísimas formas de violencias de género⁴⁰. Históricamente, los sistemas de justicia (incluidos los penales) obstaculizaron o impidieron que las víctimas de violencias basadas en razones de género recibieran una tutela judicial adecuada. Esto se traducía en una impunidad generalizada y una absoluta desprotección por hacia las víctimas de esas formas de violencia. A veces, a través del rechazo a tomar las denuncias, de la falta de avance de las causas, ya sea por “falta de impulso” por parte de las víctimas —muchas veces, producto del marco de violencia en el que seguían inmersas—, o sin excusa alguna. Una de las tantas formas de denegación de

40 Ileana Arduino, *Violencias de género y respuestas de la justicia penal: un mapeo federal de impacto a 10 años del caso «Góngora»*, 1a ed (Buenos Aires: Editores del Sur, 2023).

tutela fue la aplicación inadecuada de respuestas distintas a la pena en casos de violencia de género en los que esas vías, por diversos motivos, no correspondían. Por ejemplo, la utilización de suspensiones de procesos a prueba con reglas de conducta genéricas y de bajo nivel reparatorio, en casos graves, sin medidas de protección, que en los hechos implicaban una forma de impunidad e, incluso, un riesgo de continuación o agravamiento de la situación de la violencia.

Ante esta vía de impunidad, algunos sectores del movimiento feminista impulsaron distintas medidas para prohibir la utilización de cualquier respuesta distinta a la pena en casos de violencias de género. Esa restricción se operativizó a través de reformas legislativas, jurisprudencia de altos tribunales nacionales o recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos vinculados a la igualdad de género.

Sin embargo, esa reacción a un problema que necesariamente debía ser abordado —el de la impunidad de los casos de violencia de género, a veces, a través de las respuestas no penales— fue contraproducente para los fines buscados. Lejos de garantizar una mayor y mejor tutela judicial para las víctimas, sólo forzó un abordaje binario de esos casos, en los que la justicia penal sólo puede ofrecer dos respuestas: castigo penal o impunidad. Y eso, en los hechos, significó que muchos casos que podrían haber sido resueltos con mecanismos no penales quedaran en la impunidad. Por razones que van desde la imposibilidad de obtener prueba suficiente para una condena penal (o hacerlo sin revictimizar a la víctima), hasta la propia saturación del sistema, las promesas no se cumplieron. Los casos que antes quedaban en la impunidad por la aplicación de salidas alternativas ahora siguen quedando en la impunidad, pero por la falta absoluta de respuesta.

La realidad de la respuesta judicial y, en particular, de la justicia penal a las violencias de género es profundamente heterogénea en América Latina. En algunos países, los históricos problemas de impunidad generalizada incluso de casos particularmente graves, como femicidios o violaciones, siguen siendo la norma. Allí, es necesario profundizar el trabajo con jueces y juezas, en materia de juzgamiento con enfoque de género y, por su parte, impulsar la disputa porque las políticas de persecución penal de los Ministerios

Públicos brinden prioridad y atención adecuada a esos casos. Obviamente, se trata de acciones que se enmarcan en disputas más amplias de los movimientos feministas en torno al abordaje estatal y social de las violencias de género.

En otros países, los casos graves sí comienzan a ser atendidos con cierta eficacia. Allí el desafío consiste en emprender la compleja tarea de diseñar programas de diversificación de respuestas que tomen en consideración las particularidades de las distintas formas de violencias basadas en el género. Es decir, respuestas diferentes a la penal que no sean una forma encubierta de impunidad, sino formas eficaces de reparación, muchas veces superadoras al castigo penal. En esta tarea, corresponde también a los Ministerios Públicos apostar a una vinculación y una escucha real de los intereses de las víctimas, superando visiones paternalistas que nieguen su autonomía, sin dejar de tomar en consideración los factores contextuales que puedan afectar, en algunos casos, la libertad de la decisión manifestada inicialmente. Y, por otro lado, es tarea de los órganos jurisdiccionales buscar un equilibrio entre la contraproducente prohibición absoluta de cualquier salida distinta a la penal, y la habilitación excesiva de esas respuestas en casos en donde impliquen una forma de impunidad o revictimización actual o potencial.

VII. 3. Repensar la agenda de la independencia judicial

Como vimos, el foco de la disputa de poder en torno a los sistemas de justicia parece haber pasado a los Ministerios Públicos. Sin embargo, esto no quita que el Poder Judicial siga siendo un terreno cuyo control sea pretendido por diversos grupos de poder. La intención de incidir sobre las decisiones jurisdiccionales suele encontrar canales por donde canalizarse, afectando de ese modo la independencia judicial.

Existen cuatro líneas de trabajo que suelen estudiarse por separado, pero que tienen un punto de convergencia: ser una dimensión central para la consolidación de la independencia judicial, como condición indispensable para garantizar la imparcialidad. Por lo tanto, debemos conjugar estas agendas, más allá de su necesario desarrollo autónomo:

→ **Juicio por jurados**⁴¹: Como mencionamos, la idea de sistema acusatorio sin jurados populares es una novedad del siglo pasado. Una anomalía derivada del fracaso de quienes fundaron las repúblicas latinoamericanas en implementar el juicio por jurados. Antes de eso, los modelos en disputa eran claramente dos: el modelo inquisitivo o el modelo de justicia por jurados. Habiéndose saldado, en buena medida, la lucha por la implementación de modelos acusatorios, es hora de recuperar la centralidad del juicio por jurados como **única vía para** quebrar disfuncionalidades tan inherentes a los órganos jurisdiccionales de nuestra región: la burocratización, la desvirtuación de la oralidad y del litigio adversarial, el desconocimiento de normas procesales que hacen a la imparcialidad, el temor a las consecuencias que otros poderes (mediáticos, económicos, políticos, militares, eclesiásticos) puedan imponerles por las decisiones que toman, o el sometimiento y hasta pertenencia a esos poderes.

Argentina es el **único país del continente en** haber implementado exitosamente un modelo clásico de juicio por jurados con todas sus notas distintivas, es decir: a) un jurado compuesto por 12 ciudadanos y ciudadanas sorteados (con la novedad, en el caso argentino, de exigir paridad de género), b) seleccionado luego de una audiencia de selección de jurados o *voir dire*, c) que recibe instrucciones sobre el derecho aplicable por parte de un juez letrado, d) cuyo veredicto debe ser unánime tanto para condenar como para absolver y e) la irrecurribilidad del veredicto absolutorio, en una adecuada interpretación del *ne bis in idem*.

Esa experiencia viene demostrando la enorme potencia institucional de la participación ciudadana directa en la administración de justicia. Ese modelo colabora en recuperar la calidad del litigio y otras formas que hacen al rol del juicio oral como ritual pacificador, así como a la calidad e independencia de las decisiones y a la confianza social en ellas.

41 Para profundizar sobre el juicio por jurados desde una perspectiva latinoamericana, ver: Harfuch, *El veredicto del jurado* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2019), y otros libros de la colección sobre juicio por jurados y participación ciudadana de la Editorial Ad Hoc. Además, existen investigaciones empíricas sobre los resultados de la implementación de este sistema en Argentina, como: Sidonie Porterie y Aldana Romano, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires* (Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2018).

En Argentina, el juicio por jurados apareció como respuesta de la dirigencia política a una crisis exacerbada de legitimidad de los sistemas judiciales, y logró imponerse y consolidarse a pesar de las resistencias y temores, que la propia práctica se encargó de desterrar. Debemos trabajar en extender este sistema a otros países, y en recuperar las notas esenciales en aquellos que ya cuentan con sistemas de jurados en funcionamiento, pero con distorsiones que afectan su potencial transformador. El juicio por jurados no solo democratiza, sino que legitima y profesionaliza la justicia penal.

- **Gestión y organización judicial:** Como mencionamos anteriormente, la ineficiencia, lentitud y burocratización judicial cumple la función política de facilitar un ejercicio ilegítimo del poder jurisdiccional o su sometimiento a otros poderes. Si eso es cierto, debemos integrar a la gestión y organización judicial dentro de una amplia política de independencia de la justicia. Ya no sólo se trata de garantizar la eficiencia en la gestión judicial como un valor en sí mismo, o por su rol esencial para una mejor calidad en el servicio de justicia, sino también como una necesidad para impedir el sometimiento jurisdiccional a poderes sectoriales.

Producto de las fuertes resistencias de jueces y juezas, la reorganización del Poder Judicial es una de las reformas que más lentamente caló en nuestra región, y existen muy contadas excepciones de experiencias de transformación exitosa. Sí se crearon oficinas judiciales y, en algunos casos, también se reformó la organización judicial, con el establecimiento de *pooles* o colegios de jueces. Pero la separación efectiva de funciones administrativas y jurisdiccionales fue limitada. Las resistencias de jueces y juezas les permitieron conservar funciones claramente administrativas, obstaculizando la posibilidad de que las oficinas judiciales adquieran capacidades de gestión integral⁴². Y, al mismo tiempo, esa separación limitada conllevó también una problemática falta de coordinación entre esas dos áreas de la organización judicial (tribunales y oficinas judiciales), que mal pueden funcionar en forma desarticulada.

Una separación de funciones incompleta convive con una falta de articulación institucional entre las funciones que sí fueron divididas.

42 Sidonie Porterie y Aldana Romano, «¿Cómo están las oficinas judiciales 20 años después?», *Sistemas Judiciales (CEJA-INECIP)*, 2025.

Esta paradójica situación impide que los resultados sean los buscados: maximizar el aprovechamiento de los recursos disponibles (en particular, horas de jueces en audiencias) y reducir la mora judicial. Es necesario pasar a sistemas de gestión integral, con una tajante separación de funciones, combinada con una valiosa articulación entre jueces y juezas y administradores judiciales. Para eso, debemos profundizar la profesionalización y empoderamiento de los roles administrativos de gestión, a la vez que avanzar definitivamente en la horizontalización de la organización judicial (a través de colegios o pools de jueces) y, finalmente, la creación de instancias conjuntas de trabajo que permitan efectivizar las políticas de mejora judicial.

- **Gobierno judicial:** Otra dimensión, vinculada pero claramente distinguible de la de gestión, es la que hace al gobierno judicial. Es decir, quién y cómo tendrá a su cargo el impulso de políticas y programas que hagan a la defensa de la independencia de cada juez y cada jueza en su ejercicio jurisdiccional. Tradicionalmente, esta tarea ha sido entre difusa e inexistente⁴³. Los Tribunales Superiores cumplieron funciones de representación política, superintendencia y decisiones administrativas, que en algunos países luego fueron distribuidas en mayor o menor medida con otros órganos como los Consejos de Magistrados. Pero ninguna de esas funciones estuvo centrada en la formulación de políticas específicamente orientadas a la defensa de la independencia, como prerequisite de la imparcialidad judicial. Por el contrario, la independencia fue vista como una aptitud personal de cada juez, que únicamente debía ser defendida a través de herramientas de protección a título individual, como la estabilidad. Esta agenda, tal vez una de las más pendientes de todas las mencionadas, requiere particular atención ante la diversificación de poderes externos capaces e interesados en incidir sobre la organización judicial, y con cada vez mayores recursos (violentos, tecnológicos y/o económicos) para hacerlo.
- **Carrera judicial, sistemas de nombramiento y disciplinarios:** La calidad técnica y ética de las personas que llegan a ejercer la judica-

43 Alberto M. Binder y Leonel González, *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina* (CEJA, 2018), <https://inecip.org/wp-content/uploads/gobierno-judicial.pdf>.

tura y la manutención de esas cualidades a lo largo de su carrera son condiciones no siempre respetadas en las justicias latinoamericanas. Los intentos de despartidización y tecnificación de los procesos de designación, ascenso, sanción y remoción, principalmente institucionalizados a través de la creación de Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, no han sido satisfactorios. En el mejor de los casos, han servido para excluir de las organizaciones judiciales a los perfiles más extremadamente inaceptables. A veces, ni siquiera ese objetivo fue logrado. Y podemos afirmar que probablemente ningún país de Latinoamérica cuenta con mecanismos que garanticen que la ocupación de cargos judiciales responda a criterios de mérito, y no a la afinidad con sectores de poder que, como ya señalamos, no son sólo políticos sino económicos, incluyendo a las organizaciones criminales. La experiencia demuestra que todo intento de reducción de esas formas de incidencia es adulterable, sobre todo en contextos de calidad institucional tradicionalmente baja. Como contracara, aparecen intentos de “democratización” basados en mecanismos de elección popular directa que no explican cómo resolverán la inevitable tensión con la idea de división de poderes y el rol de la Justicia como límite a los abusos de poder por parte de las mayorías. Tal vez la única esperanza sea superar las visiones formalistas de la transparencia y fortalecer mecanismos de participación ciudadana efectiva, que no tienen por qué operativizarse mediante la elección popular de jueces. Esos mecanismos deben lograr un equilibrio entre el riesgo de injerencia indebida de grupos de poder sobre la organización judicial, y la necesaria salvaguarda de los intereses de las minorías y diversidades. Del mismo modo, los mecanismos disciplinarios, que hoy son débiles contra los jueces cooptados y fuertes contra los jueces verdaderamente independientes, deben convertirse en reaseguros reales de la calidad de la judicatura, que actúen cuando deben hacerlo, y que no lo hagan cuando se pretende que sean mecanismos de injerencia indebida.

VII. 4. Un Sistema de Defensa Penal para una defensa penal efectiva

Mencionamos que la defensa penal se enfrenta un contexto particularmente complejo, ante la masividad de la criminalización y la presunta

tendencia política hacia la relativización de las garantías, que deriva en una desatención de los problemas de la defensa pública. No es casual que esta problemática sea la que menos avances y claridad de rumbo haya tenido en los últimos años: muchos de los debates que actualmente se presentan en los espacios dedicados a pensar a las instituciones vinculadas a la defensa penal son exactamente los mismos que hace 20 años atrás⁴⁴.

Las defensorías públicas u oficiales siguen siendo los puntos centrales, en términos institucionales, de la defensa penal, dado el bajo nivel de ingresos de la enorme mayoría de las personas criminalizadas. La creación de modelos de defensa pública, su autonomización y la modernización de sus modelos de gestión⁴⁵ siguen siendo el punto cero de la discusión, al que algunos países aún no han arribado.

Pero aún en los lugares en donde esa deuda se encuentra saldada, está claro que, por el contexto político-institucional señalado (que ya no podemos calificar de coyuntural) las defensorías públicas tendrán cada vez más problemas para cubrir la demanda de asistencia legal penal que reciben. En ese sentido, es necesario que sus autoridades ya no se piensen únicamente como cabezas de las defensorías públicas, sino como líderes de un Sistema de Defensa Penal, conformado principalmente por la defensa pública, pero también por la abogacía privada y por la abogacía popular o comunitaria. Esas tres patas del sistema deben articularse cada vez más en pos de un objetivo común: garantizar que cada persona sometida a un proceso penal cuente ya no con un defensor formalmente a cargo de su caso, sino con un defensor con capacidad y disponibilidad para atender adecuadamente sus intereses y necesidades.

44 A modo de ejemplo, ver las similitudes en los diagnósticos y en las propuestas de estudios sobre la defensa penal y/o la defensa pública en distintos momentos de las reformas: María Fernanda López Puleio, «Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente», *Pena y Estado*, n.º 5 (2002); AIDEF, *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*, 2012; Alberto Binder, Ed Cape, y Zaza Namoradze, *Defensa penal efectiva en América Latina* (Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2015); Jaime Arellano et al., «Autonomía de la Defensoría Penal Pública» (Defensoría Penal Pública de Chile, CEJA y Universidad Alberto Hurtado, 2021).

45 CEJA y PNUD, eds., *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe* (Santiago, Chile : Panamá, 2006). Leticia Lorenzo, «Gestión de la Defensa Pública» (CEJA, 2012).

Cuando hablamos de la abogacía privada o particular, esto conlleva la necesidad de integrar a los bufetes o estudios jurídicos a ese objetivo, a través de la necesaria articulación de la defensa pública con los colegios o asociaciones de abogados y abogadas particulares. Por otro lado, la abogacía comunitaria o popular es ejercida por distintos actores, individuales o colectivos (organizaciones de la sociedad civil, patrocinios jurídicos, etc.) que también deben articular con los otros integrantes del sistema de defensa para, en conjunto, maximizar el aprovechamiento de sus recursos y capacidades.

Por otro lado, defensorías y fiscalías deberían encontrar un punto de interés común en la promoción de las herramientas composicionales que ofrecen los modelos procesales reformados. Así como dijimos que para las fiscalías es imposible ser eficaces sin ampliar la utilización de esas respuestas, lo mismo podemos decir para las defensorías, que jamás podrán cubrir eficazmente las demandas de asistencia con los niveles de criminalización actuales. La saturación del sistema penal los obliga a enfocar sus recursos únicamente en las personas detenidas, generando un círculo vicioso en el cual las personas en libertad ven resentidas sus posibilidades de acceder a una defensa de calidad, aumentando los riesgos de que terminen presas en forma innecesaria.

Asimismo, un desafío particularmente relevante para el ejercicio de la defensa es la transversalización del enfoque de género, tanto en la defensa de personas criminalizadas por razones de género como de quienes enfrentan acusaciones por ejercer violencias de ese tipo. El considerable aumento de ambos fenómenos exige políticas integrales de operativización de las obligaciones que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen para el juzgamiento de sendos tipos de delitos y, en particular, sus consecuencias para el ejercicio de una adecuada defensa penal⁴⁶.

Por último, como ya dijimos al diagnosticar este problema, es indispensable revertir la tendencia a asignarle a las defensorías públicas roles de asistencia a víctimas. Las víctimas deben ser asistidas por las fiscalías y, cuando ellas no estén siendo eficaces, y de modo excepcional, por organismos pertenecientes a los poderes ejecutivos. Las defensorías ya están, de por sí, saturadas en su rol de asistencia a personas imputadas. Asignarles tareas

46 CEJA y Fundación Konrad Adenauer, *Defensa penal efectiva con perspectiva de género en América Latina*, 2022, <http://desal.cejamericas.org:8080/handle/2015/5710>.

de tutela de víctimas no sólo profundiza esa saturación, sino que genera incentivos negativos, ya que resulta más redituable en términos políticos y sociales para los defensores y sus autoridades priorizar los intereses de las víctimas que los de las personas imputadas.

VII. 5. Rearmar la enseñanza universitaria del derecho

Por último, la agenda de nuestra generación tiene a su cargo una última gran deuda pendiente, que es un verdadero cambio en las prácticas de la enseñanza de la abogacía en las universidades. Las dificultades que ese cambio tuvo hasta el momento deben llevarnos a reflexionar no sólo su contenido, sino también a un profundo estudio sobre la estrategia de transformación.

En cuanto al contenido, la reforma de la justicia penal, como ya sabemos, exige una nueva forma de ejercicio de la abogacía. No sólo es un paso del ejercicio escrito al ejercicio oral, sino una necesidad de profesionalización de todos los intervinientes en procesos penales, ya que se trata de un sistema que exige un ejercicio de la profesión mucho más exigentes que el mero trámite de expedientes. Se necesitan profesionales de la abogacía con capacidad de gestionar conflictos y de manejar herramientas de investigación y litigación, en el marco de procesos que depositan muchas más tareas que antes en los litigantes⁴⁷. A medida que los sistemas profundizan su característica de adversariales, los y las litigantes dejan de

47 Gonzalo Rua, *Manual de litigación penal*, 2024, 27.2024, 27.";"plainCitation": "Gonzalo Rua, Manual de litigación penal, 2024, 27.";"noteIndex": 47;"citationItems": [{"id": 1971, "uris": ["http://zotero.org/users/14120952/items/RKPXI343"], "itemData": {"id": 1971, "type": "book", "abstract": "El litigio es el punto central para la comprensión de la nueva justicia penal acusatoria y adversarial. Litigar es controlar la introducción de la información indispensable para tomar una decisión, según los estándares de valoración propios del derecho penal. Esto requiere mucha preparación y un manejo claro de conceptos teóricos como hechos relevantes en sentido primario y secundario, pertinencia, admisibilidad, la construcción de información que nutra las cadenas inferenciales, etcétera. La nueva justicia penal de América Latina necesita un nuevo corpus teórico porque no podemos explicar lo nuevo con las viejas ideas, por más que siempre utilizaremos los buenos materiales del pasado. Este libro forma parte de esa literatura indispensable para hacer evolucionar los nuevos sistemas hacia sus postulados esenciales y lograr, en definitiva, que el buen litigio adversarial y la aceptación común de las reglas de juego (buena fe procesal, en lenguaje clásico.

contar con el respaldo de los expedientes, de los jueces de instrucción o incluso de los de garantías proactivos en la búsqueda de pruebas. Esa complejidad práctica se profundiza cuando aparece el juicio por jurados. Y, en paralelo, la necesidad de ampliar las diversas respuestas compositivas exige también profesionalizar las capacidades de negociación y resolución compositiva de conflictos.

Un cambio de esta profundidad es imposible con la estrategia de reforma de la enseñanza que dominó las últimas décadas: la inserción en las universidades de materias o cursos aislados de litigación oral penal, apostando que funcionen como una suerte de Caballo de Troya para una posterior expansión que, en general, no sucedió. De hecho, muchas veces ni siquiera se logró consolidar espacios de enseñanza de esas nuevas formas de litigación adversarial.

Esos intentos pueden haber pecado de minimizar tanto la magnitud del cambio necesario, como de las resistencias de las generalmente inflexibles estructuras universitarias. La nueva agenda debe partir de un objetivo más ambicioso, por ser el único capaz de generar algún cambio real: la disputa no puede seguir siendo por incorporar las técnicas de litigación adversarial en las currículas universitarias, sino por transformar transversalmente la enseñanza del derecho penal y del derecho en general. Debemos, por lo tanto, insertarnos seriamente en las discusiones sobre enseñanza universitaria del derecho.

Contamos con una ventaja: los años acumulados de ejercicio de la enseñanza bajo un método, como el de la enseñanza de la litigación, que ha mostrado una mayor capacidad de conjugar la teoría y la práctica, que muchas veces la universidad escinde artificialmente. Pero también con un desafío: el aislamiento respecto a sectores que suelen ser dominantes en las facultades de derecho.

Por un lado, el mundo de la dogmática penal, que suele hegemonizar los departamentos de derecho penal, y que todavía se encuentra inmerso en prácticas que oscilan entre lo escolástico y los métodos de casos ficticios, basados en la resolución de casos de laboratorio desde la perspectiva de un juez que no se preocupa por la cuestión probatoria, sino por cómo calificar jurídicamente hechos ya probados. Es decir, un resabio del ejercicio de la jurisdicción penal en un sistema inquisitivo.

Por otro lado, el aislamiento respecto al mundo del derecho civil, lógicamente dominante de las facultades de derecho, por una cuestión numé-

rica: hay más abogados civiles (y de otras ramas no penales) que penales. La ya mencionada necesidad de vincular al sistema de justicia penal con otros sistemas de justicia para lograr una adecuada gestión de la conflictividad social debe darse también en las universidades. Primero, por ese mismo motivo: no son entes aislados, sino partes integrantes de un mismo sistema (de gestión de la conflictividad), que opera sobre una misma realidad, con objetivos vinculados. Pero, además, por una cuestión estratégica: como quedó demostrado, no se puede modificar la forma de enseñanza del derecho penal sin un cambio más amplio en la enseñanza del derecho, ya que más allá de las diferentes materias, lo que está en disputa es la práctica misma de la abogacía.

Esa disputa más integral por la enseñanza del derecho requiere un plan más amplio que el mero impulso a la enseñanza de la litigación adversarial penal. La integralidad del desafío no debe convertirse en un obstáculo para su operativización. Deben realizarse acciones concretas que puedan desencadenar otras más amplias. Por un lado, comenzar a disputar los espacios no penales en las universidades. Crear o convertir los ámbitos de práctica profesional ya existentes en nichos de formación en litigación oral y adversarial, tanto penal como no penal. Disputar las áreas de derecho procesal, generalmente dominadas por procesalistas civiles aún anclados en sistemas escritos y con jueces con facultades probatorias amplias que quiebran el principio adversarial. También iniciar la ardua batalla por los espacios de derecho penal de fondo, cuya separación tajante del derecho procesal penal (que vino a romper con la vieja visión del derecho criminal como un área integral) mostró sus inconveniencias, tanto prácticas como académicas y analíticas. Interactuar con los muchas veces subvalorados espacios que vienen trabajando en forma creciente los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En fin, plantear un nuevo modelo de enseñanza del derecho, apalancado por, pero no reducido a la exitosa pero limitada experiencia de la instalación de la litigación adversarial.

Y, por otro lado, insertarse en la discusión más amplia sobre el rol de las universidades y su vinculación con el funcionamiento de los tribunales. Como ya dijimos, necesitamos salir de la errada disyuntiva entre la repetición acrítica de la práctica tribunalicia o la desconexión absoluta con la realidad de los tribunales. En ese sentido, las facultades de derecho deben convertirse, en articulación con otras facultades (dada la necesaria interdisciplinariedad de la investigación social), en centros de estudio permanente y crítico sobre el funcionamiento de los tribunales. Y el producto

de esas investigaciones debe nutrir a la enseñanza, quebrando la usual división entre los centros de investigación y las cátedras universitarias.

VIII. ¿Es posible lograr estos cambios?

América Latina es la región con mayor tasa de homicidios del mundo⁴⁸. La vigencia de la democracia depende cada vez más de la capacidad de los gobiernos de abordar el problema de la violencia. La justicia penal juega un papel central en esa tarea. Hasta el momento, podemos decir que ha fracasado, aunque sí ha logrado comenzar a desarrollar las herramientas necesarias para torcer ese resultado. El desafío es poner a esas herramientas en práctica en toda su dimensión.

Ese es, centralmente, nuestro desafío como generación: debemos construir un proyecto que remueva de raíz la tradición inquisitorial todavía existente en nuestros sistemas acusatorios, saldando, al menos en parte, la deuda con los miles de latinoamericanos que no encontraron un juez independiente que frenara los abusos, un fiscal que representara a las víctimas y luchara eficazmente contra la violencia, y un defensor que garantizara un debido proceso.

La evidente magnitud y relevancia social de esta agenda puede generar entusiasmo o temor, según quien la observe. Se trata, obviamente, de un proyecto de largo plazo, que ocupará nuestras próximas décadas. Confiamos en que la vocación de sentirse parte de una lucha histórica, pero de gran y creciente actualidad, en la cual entran en juego valores públicos tan relevantes como la vida en democracia, la limitación al ejercicio abusivo del poder y la posibilidad de vivir en sociedad menos violentas, siga convocándonos y motorizando nuestro trabajo.

En un mundo con cada vez menos proyectos colectivos, formar parte de uno que tiene la enorme ventaja de contar con cierta claridad en su rumbo, producto del trabajo previo hecho por la generación que ahora nos convoca a sucederla, debería servirnos de motivación para desarrollar esta agenda.

Quienes se vean interpelados por esta gesta tendrán la fortuna de encontrar un colectivo dispuesto a sumarlos. Confiamos en que así será.

48 William Maloney, Marcela Melendez, y Raul Morales, «Crimen Organizado y Violencia en América Latina y el Caribe» (Washington: Banco Mundial, 2025).

Bibliografía

- Ahumada, Carolina. «Nuevos enfoques de acceso a la justicia y educación legal comunitaria». En *Educación Comunitaria Legal en Argentina*, de Ángela Ledesma, 2020.
- AIDEF. *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*, 2012.
- Alfie, Julián. «La disputa por los Ministerios Públicos en América Latina». En *Homenaje a Alberto Binder*, en prensa.
- Arduino, Ileana. *Violencias de género y respuestas de la justicia penal: un mapeo federal de impacto a 10 años del caso «Góngora»*. 1a ed. Buenos Aires: Editores del Sur, 2023.
- Arellano, Jaime, Rafael Blanco, Laura Bogani, Marco Fandiño Castro, Leonel González, Leonardo Moreno Holman, y Enrique Rajevic. «Autonomía de la Defensoría Penal Pública». Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública de Chile, CEJA y Universidad Alberto Hurtado, 2021. <https://editorialjuridicacongreso.cl/producto/autonomia-de-la-defensoria-penal-publica/>.
- Baytelman, Andrés. «Capacitación como fútbol». *Sistemas Judiciales*, 2002.
- Benavides Vanegas, Farid Samir, Alberto M. Binder, y Carolina Villadiego Burbano. *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Editado por Catalina Niño Guarnizo. Primera edición. Programa de cooperación en seguridad regional. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.
- Bergman, Marcelo. *El negocio del crimen: el crecimiento del delito, los mercados ilegales y la violencia en América Latina*. 1º ed. Montevideo: Fondo de Cultura Económica, 2023.
- Binder, Alberto, Ed Cape, y Zaza Namoradze. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=739005>.
- Binder, Alberto M. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2011.

- . «Congreso Homenaje al 25° aniversario de la promulgación del Código Procesal Penal de Paraguay». Congreso Nacional de Paraguay, 2023. <https://inecip.org/documentos/binder-en-el-congreso-por-el-25-aniversario-de-la-promulgacion-del-codigo-procesal-penal-paraguay/>.
- . «El control de la criminalidad en una sociedad democrática». En *Seguridad y ciudadanía: nuevos paradigmas y políticas públicas*, de Gabriel Kessler. Buenos Aires: Edhasa, 2009.
- . *Hermenéutica del proceso penal*. Primera edición. Derecho procesal penal, Tomo 1. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 2013.
- . *La lucha por la legalidad*. Ediciones del Instituto, 2001.
- . *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*. 1a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.
- . «La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo». En *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, de Farid Samir Benavides Vanegas y Carolina Villadiego Burbano, editado por Catalina Niño Guarnizo, Primera edición. Programa de cooperación en seguridad regional. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.
- . «Poder comunitario y reforma de la justicia criminal». *Revista Crisis*, 1989. <https://revistacrisis.com.ar/notas/alberto-binder-poder-comunitario-y-reforma-de-la-justicia-criminal>.
- Binder, Alberto M., y Leonel González. *Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina*. CEJA, 2018. <https://inecip.org/wp-content/uploads/gobierno-judicial.pdf>.
- Boto Álvarez, Alejandra. «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital». *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10 (2023): 40-58.
- Cardinaux, Nancy, y Laura Clérico. «La formación docente universitaria y su relación con los modelos de formación de abogados». En *De cursos y de formaciones docentes*, 2005.
- CEJA y Fundación Konrad Adenauer. *Defensa Penal efectiva con perspectiva de género en América Latina*, 2022. <http://desa1.ceja-mericas.org:8080/handle/2015/5710>.
- CEJA y PNUD, eds. *Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile: Panamá, 2006.

- Dammert, Lucía, y Carolina Sampó. «La evolución del crimen organizado en América Latina», 2025. <https://library.fes.de/pdf-files/bue-ros/la-seguridad/21834.pdf>.
- Feria Moreno, Antonio. *Manual para la elaboración de planes estratégicos de políticas públicas en la Junta de Andalucía - Publicaciones - Junta de Andalucía*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2017. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/publicaciones/detalle/79115.html>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Freije, Joaquín. «Tensiones entre la enseñanza universitaria de la abogacía y la formación de litigantes». En *Libro homenaje a Alberto Binder*, En prensa.
- García Yomha, Diego, y Santiago Martínez. «¿Justicia colonial o justicia democrática? El colegio de jueces como herramienta de un nuevo paradigma de organización judicial». *Revista Derecho Penal Infojus*, n.º 1 (2012): 401-34.
- González Ramos, Rosalba Georgina. «Exploración de planes de estudios de escuelas de Derecho y el desafío de cambio al enfoque por competencias». *Academia*, n.º 30 (2017).
- Harfuch. *El veredicto del jurado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2019.
- Harfuch, Andrés, y Cristian Penna. «El juicio por jurados en el continente de América». *Sistemas Judiciales (CEJA-INECIP)*, n.º 21 (2019): 112-20.
- Hathazy, Paul Carlos. «Revoluciones en los campos de la justicia penal: estrategias internacionales de reformadores y cambios en la justicia penal de Argentina, Chile y más allá». En *Reforma de la justicia penal en América Latina*. Didot, 2020. <https://notablesdelaciencia.conicet.gov.ar/handle/11336/144804>.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. «Derecho después de la barbarie». *El País*, 15 de junio de 1988, sec. Internacional. https://elpais.com/diario/1988/06/15/internacional/582328810_850215.html.
- INECIP. «La eficacia de los Ministerios Públicos Fiscales en Argentina», 2022. <https://inecip.org/wp-content/uploads/2022/09/Inecip-Publicacion-La-eficacia-de-los-MPF.pdf>.
- Kennedy, Duncan. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires, Argentina, 2014.

- Kessler, Gabriel, y José Alfredo Zavaleta Betancourt. *El crimen organizado en América Latina y el Caribe*. CLACSO, 2014. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/88396>.
- López Puleio, María Fernanda. «Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente». *Pena y Estado*, n.º 5 (2002).
- Lorenzo, Leticia. «Gestión de la Defensa Pública». CEJA, 2012.
- Maier, Julio B. J. *Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público*. Doctrina Penal. Teoría y Práctica. 2. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- . «Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal», 1994.
- . *Derecho procesal penal*. 2a ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.
- . *El proyecto de código procesal penal de la Nación*. Doctrina Penal. Teoría y Práctica. 1. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- Maier, Julio B. J., Claus Roxin, Maximiliano Rusconi, y Fabricio Guariglia. *El Ministerio Público en el proceso penal*, 1993.
- Maloney, William, Marcela Melendez, y Raúl Morales. «Crimen Organizado y Violencia en América Latina y el Caribe». Washington: Banco Mundial, 2025.
- Mariconde, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. Marcos Lerner Editora Córdoba, 1981.
- Martínez, José Luis Méndez. «La planificación estratégica en el sector público. Estado del arte y reflexiones generales». *Estado Abierto. Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas* 6, n.º 1 (2021): 59-80.
- Marull, Francisco, y Sebastián Narvaja, eds. *Programa de formación para profesores universitarios en litigación oral*, 2019.
- O'Donnell, Guillermo. «Las crisis perpetuas de la democracia». *Polis* 3, n.º 1 (junio de 2007): 11-20.
- Porterie, Sidonie, y Aldana Romano. «¿Cómo están las oficinas judiciales 20 años después?» *Sistemas Judiciales (CEJA-INECIP)*, 2025.
- . *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2018.

- Przeworski, Adam. *Las crisis de la democracia: ¿a dónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?* Siglo XXI, 2022.
- Ramírez, Silvina. «La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles. Camino para su articulación». CEJA, 2021. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5697/PUB_justiciaindigena.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Rua, Gonzalo. *Manual de litigación penal*, 2024.
- Sain, Marcelo Fabián. *La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires*. Colección Gobierno y seguridad. Buenos Aires, Argentina: UMET, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, 2015.
- Sain, Marcelo Fabián, y Nicolás Rodríguez Games. *Tendencias y desafíos del crimen organizado en Latinoamérica*. 1a ed. Colección Gobierno y seguridad. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, UMET, 2015.
- Sampó, Carolina, y Valeska Troncoso. *El crimen organizado en América Latina: manifestaciones, facilitadores y reacciones*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2017. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=702644>.
- Sanahuja Perales, José Antonio. «América Latina: una región ausente en un orden internacional en crisis». En *América Latina: Transiciones ¿hacia dónde? Informe anual 2022-2023, 2022*, ISBN 978-84-09-46409-8, págs. 105-120, 105-20. Fundación Carolina, 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8717880>.
- Sánchez Romero, Cecilia, y Rodrigo Montenegro Trejos. *Sistemas penales y Derechos Humanos. Proyecto: mejora de la administración de Justicia y su adaptación al sistema penitenciario*. San José de Costa Rica: CONAMAJ, 1997.
- Schenoni, Luis Leandro, y Andrés Malamud. «Sobre la creciente irrelevancia de América Latina». *Nueva sociedad*, n.º 291 (2021): 66-79.
- Wright, Ronald F. «Community Prosecution, Comparative Prosecution». *Wake Forest Law Review* 47 (2012): 361.

*





INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS
EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES

WWW.INECIP.ORG