

VII. DIEZ TESIS SOBRE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

1. *La configuración básica de una política procesal transformadora*

Este trabajo no pretende ser original sino, al contrario, sintetizar, casi esquematizando, reflexiones anteriores.¹ La complejidad del proceso de reforma de la justicia penal en América latina no admite todavía explicaciones demasiado lineales, ya que comprende esfuerzos de diversa naturaleza, realizados en la casi totalidad de los países latinoamericanos, con muchos elementos políticos comunes pero otros tantos particulares, provenientes de cada historia nacional.²

¹ Ver los distintos ensayos y artículos reunidos, finalmente, en *Justicia penal y Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993; *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, y AA.VV.: *La implementación de la reforma de la justicia penal*, CPU, Santiago, Chile, 1995.

² El movimiento regional de reforma comienza en los primeros años de la década de los ochenta, ligado al proceso de transición democrática y a la progresiva pacificación centroamericana. Como simple noticia de la situación en los países de habla hispana, se puede decir que al presente Argentina se halla en pleno proceso de transformación, ya que en el sistema federal apenas hace tres años que funciona un sistema oral de tipo mixto, varios Estados provinciales adoptaron similares sistemas en los últimos años y ha comenzado la transformación de los Códigos procesales mixtos (Córdoba, Tucumán). Sin embargo, estados provinciales importantes como Buenos Aires o Santa Fe, conservan aún sistemas inquisitivos escritos y recién comienzan la discusión de proyectos de reforma. Uruguay después de realizar una importante reforma en el campo del proceso civil, todavía no ha encarado con fuerza la reforma procesal penal, aunque ya existe un proyecto de nuevo Código Procesal Penal en discusión. En Chile, el Ministerio de Justicia ya ha presentado al Parlamento un proyecto de nuevo Código Procesal Penal. Bolivia y Paraguay tienen proyectos de nuevos códigos procesales en discusión. Perú ha seguido un camino complejo. Su parlamento aprobó un nuevo Código

No obstante esas particularidades creo que se puede intentar caracterizar al proceso de reforma regional como un movimiento unitario, que responde a ciertos valores comunes, a problemas políticos similares y a una herencia también común. Al mismo tiempo, cultural e intelectualmente, se ha consolidado progresivamente una forma de comprender al proceso penal y su funcionalidad político-criminal, que ha permitido establecer relaciones de cooperación y trabajo común entre diversas entidades latinoamericanas.³

Para comprender con mayor profundidad el complejo fenómeno de la reforma procesal penal estimo imprescindible, por lo menos, sostener tres perspectivas. En primer lugar, la que surge del "análisis político-criminal", es decir, la que toma en cuenta al problema procesal como parte de las políticas que desarrolla el Estado para intervenir en los conflictos

Procesal Penal que no llegó a entrar en vigencia. Por las reformas constitucionales fue revisado y presentado nuevamente al Parlamento que todavía no lo ha aprobado. En Ecuador se presentaron, tanto un proyecto de nuevo Código Procesal Penal (Ilanud, 1992) como otros proyectos de reformas del actual sistema mixto, pero todavía no se ha tomado un rumbo definido. Colombia a partir de 1992 modifica su sistema sustancialmente, aunque es difícil caracterizar el sistema adoptado. Venezuela tiene en discusión parlamentaria un nuevo Código Procesal Penal. En Centroamérica, Guatemala ha implantado un nuevo Código Procesal Penal de base acusatoria, El Salvador tiene un proyecto en avanzada discusión parlamentaria. Costa Rica ya ha sancionado un nuevo Código Procesal, que todavía no entró en vigencia. Honduras tiene un proyecto en discusión parlamentaria. Nicaragua y Panamá ya han nombrado comisiones redactoras de nuevos códigos procesales. Este somero panorama muestra que existe mucha actividad pero todavía no se ha salido de las fases iniciales del proceso de reforma.

³ De fundamental importancia para establecer esta base común de cooperación intelectual y académica ha sido la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en especial su tarea de elaboración de los Códigos Procesales Modelo, tanto civil como penal. En el plano doctrinal ha sido la labor de Julio B. J. Maier, además principal redactor del Código Procesal Penal Modelo, la que ha permitido establecer una perspectiva y un lenguaje común, así como una actualización teórica que ha fortalecido el intercambio científico. Los nuevos códigos procesales penales o los proyectos en discusión se acercan o se alejan del Modelo Iberoamericano, según decisiones tanto técnicas como políticas, pero todos ellos tienen en él un punto de referencia ineludible. En este sentido ha cumplido cabalmente su misión de modelo, no porque haya sido copiado directamente por los distintos países sino porque ha puesto un "piso" firme, tanto técnica como políticamente al movimiento de reforma en América latina.

mediante el uso de violencia. Desde esta perspectiva, la cuestión procesal queda subsumida dentro de la discusión político-criminal, que es muy amplia y muy activa en toda América latina.⁴

En segundo lugar, es necesario sostener una perspectiva histórica. La reforma judicial es un tema histórico, ligado íntimamente al movimiento independentista y republicano de principios del siglo XIX. Ese movimiento adoptó el ideario de la Ilustración y dentro de la crítica general al sistema monárquico ocupaba un lugar importante la repulsa al sistema inquisitivo. En la mayoría de los países que se independizaron en esa época se trató de llevar adelante programas ambiciosos de reforma judicial, que en su mayor parte fracasaron. Hacia finales de la cuarta década del siglo pasado ya se encuentra consolidado el viejo sistema español. Hoy, luego de un siglo y medio, el movimiento de reforma no se diferencia en sus bases políticas del gestado en aquellos tiempos.⁵

Finalmente es necesaria una visión sistémica, ya que el problema procesal penal —y ello vale para el problema penal en su conjunto—, más allá de los atributos específicos, forma parte de los sistemas generales de intervención del Estado en los conflictos sociales y, en forma más general aún, del sistema de control social. El fenómeno de la "inflación penal" —que no ha cesado y en algunos casos se ha acentuado— obliga aún más a una mirada sistémica, porque la propia

⁴ La discusión político-criminal en América latina es mucho más vasta y también responde a ciertos patrones comunes. No sólo comprende la reforma de los códigos penales, la política penitenciaria o la organización policial, sino que está ligada a la discusión sobre el problema de la seguridad en general. Se puede decir que ella está atrapada entre el legítimo derecho a tener seguridad que reclaman los ciudadanos y la utilización del temor para aumentar los poderes del Estado y debilitar las garantías. Tras esta discusión subyace el problema de la amalgama de sistemas democráticos y Estados policiales como la configuración del nuevo autoritarismo latinoamericano.

⁵ Así como el libro *Derecho y Razón* (Trotta, España, 1995) de Luigi Ferrajoli es una nueva reflexión —realizada con un arsenal teórico complejo y moderno— del programa ilustrado europeo, en América latina es necesario reconstruir la versión criolla de ese programa y reactualizar sus postulados. Para ello es necesario un trabajo previo de investigación sobre los textos y las opiniones de esa época, ya que muchos son desconocidos o inhallables.

especificidad de lo penal ha quedado diluida, salvo que se utilice un concepto meramente formal de sistema penal.⁶

Desde el entrecruzamiento de estas tres perspectivas podemos dotar de mayor riqueza al análisis de un proceso político, social y cultural en marcha y por ello mismo difícil aún de caracterizar con precisión, pero las tesis que a continuación se desarrollarán permiten establecer los requisitos mínimos para incluir a una política de cambio dentro de los objetivos comunes del movimiento de reforma de la justicia penal en América latina.⁷

Primera tesis: El objetivo fundamental de la reforma de la justicia penal es abandonar el sistema inquisitivo —o, por lo menos, iniciar un proceso firme de abandono, sentando las bases de un sistema alternativo—, entendiendo por sistema inquisitivo no sólo a un modelo procesal sino todo un modelo de administración de justicia caracterizado por el *tipo de organización inquisitiva (monárquica, verticalizada, dependiente), por el modo de procedimiento inquisitivo (secreto, escrito, burocrático, formalista, incomprensible aislado de la ciudadanía, despersonalizado) y por la cultura inquisitiva (formalista, ritualista, medrosa, poco creativa, preocupada por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista, acrítica).*⁸

⁶ Todo sistema social es un sistema abierto y en ellos la identificación del límite es siempre problemática, ya que se caracterizan por una intensa actividad de intercambio con el "medio ambiente". Por ejemplo, desde un pensamiento formal la separación entre la justicia civil y penal es clara. Desde el punto de vista de los intercambios no lo es tanto. La justicia penal asume muchas tareas que fácilmente podrían ser asignadas a una justicia civil y viceversa. También se producen transferencias de ineficacia (v. gr., las dificultades en la ejecución de títulos, se pretende solucionar con el proceso penal, etcétera). Por ello, el que el proceso de reforma judicial en América latina no sea armónico (porque la reforma de la justicia civil todavía está en ciernes) constituye también una debilidad del proceso de reforma de la justicia penal.

⁷ Ello no significa que estas tesis se conviertan en un "test" o algo parecido. Son más bien postulados que nacen de la experiencia de estos primeros diez años de reforma de la justicia penal en nuestros países, de objetivos y reclamos provenientes de diversos movimientos de opinión, tanto académicos como políticos y de la indiscutible (pero olvidada) adecuación del proceso penal a los pactos internacionales de derechos humanos y a las normas constitucionales de los distintos países.

⁸ Inclusive se podría realizar una caracterización más amplia o distinta del "sistema inquisitivo" ya sea como un modelo completo de política criminal (como desarrolla históricamente el "Malleus Malleficarum" de Sprenger y Kramer), o como un modelo complejo de comprensión de lo

Segunda tesis: Si bien la reforma de la justicia penal debe abarcar todos los ámbitos donde se halle instalada la cultura inquisitiva, es necesario comenzar por un cambio radical del sistema procesal mismo, ya que es en la interacción que esas normas producen, donde se instala y reproduce principalmente el modelo inquisitivo.⁹

Tercera tesis: Dentro del marco de las tesis anteriores, el objetivo más cercano del proceso de reforma es establecer un juicio oral pleno (entendiendo por tal la estructura procesal que garantiza la mayor inmediación, publicidad y contradicción), básicamente que la sentencia sea dictada por un juez imparcial que ha recibido directamente la prueba en un debate verdaderamente contradictorio y público. Ello significa abandonar el proceso escrito, las falsas oralidades e, inclusive, la semioralidad del sistema mixto.¹⁰

Cuarta tesis: No es posible construir un juicio oral pleno sin una vigencia amplia del principio acusatorio. Es decir, sin una separación absoluta entre el juez (imparcial) y un acusador responsable, que haya preparado él mismo la acusación, se haga cargo de ella y la construya de un modo que permita un verdadero contradictorio (requisitos de la imputación: exhaustividad, verificabilidad, concreción, enunciabilidad, etcétera).¹¹

jurídico como tal, gestado en los inicios absolutistas de la Edad Moderna y reafirmado por la cultura de la legalidad del siglo XIX. De un modo u otro, lo importante es que la simple consideración del sistema inquisitivo como una forma de procedimiento es inadecuada y reduccionista.

⁹ Entendiendo por normas procesales aquellas que disciplinan la actividad o la interacción de los sujetos procesales en su conjunto o de éstos con el juez, según el concepto de "sujeto procesal" que se admita. En este sentido lato pueden quedar comprendidas muchas normas que suelen estar en "leyes orgánicas".

¹⁰ Sobre la "semioralidad" y "semipublicidad" del sistema mixto, ver Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, op. cit., p. 619: "Es claro que la *media oralidad* de este sistema de compromiso —instrucción escrita y juicio oral— no tiene mayor valor que su *media publicidad*: las declaraciones orales producidas en el juicio están indudablemente prejuzgadas por las escritas recogidas durante la instrucción, de las que a menudo terminan por ser una confirmación ritual (...) así se ha privado de contenido asimismo a la publicidad del juicio, reduciéndola a simple puesta en escena del material probatorio recogido con anterioridad".

¹¹ Como ha señalado con acierto Alejandro Álvarez, la doctrina latinoamericana no fue lo suficientemente clara en establecer la importancia y, menos aún, en extraer las consecuencias de este principio. Ello no se

Quinta tesis: Una amplia vigencia del principio acusatorio impone una amplia participación de la víctima, como sujeto real del proceso. El monopolio acusatorio del Ministerio Público fortalece el sistema inquisitivo. Es decir, un sistema acusatorio formal no satisface las exigencias del principio acusatorio como garantía de imparcialidad y del método adversarial.¹²

Sexta tesis: No se abandona el sistema inquisitivo si no se constituye efectivamente al imputado, como sujeto real del proceso. Ello significa ampliar el conjunto de sus derechos, dotarlos de efectividad y generar una institución fuerte de soporte. La defensa pública no puede ser pensada como un sistema subsidiario de la defensa privada, mientras no se modifiquen las condiciones de selectividad del sistema penal.

Séptima tesis: Se debe construir un proceso penal fuertemente orientado hacia la solución del conflicto. Ello es un imperativo que surge del principio del poder penal como *ultima ratio* y modifica los fines tradicionales del proceso penal, que no puede ser pensado únicamente como un proceso de cognición (aunque en tanto impone una condena no puede dejar de serlo), sino como un método de pacificación, abriendo sus puertas a la reparación integral como verdadera "solución del conflicto".¹³

debe a algún tipo de olvido sino a una circunstancia más profunda: se trataba de desarrollar un contenido del principio acusatorio apto para sustentar el sistema procesal mixto, sin entrar en contradicciones. La formulación amplia del principio acusatorio devela con crudeza el verdadero carácter inquisitivo del sistema mixto, así como explorado con rigor devela también la estructura inquisitiva del sistema acusatorio formal.

¹² El sistema inquisitivo está ligado históricamente y conceptualmente al poder penal del Estado. El sistema acusatorio formal, más que una modificación de este principio fundamental del modelo inquisitivo es una relegitimación napoleónica de ese postulado. Si además de ello tiene algún significado como garantía de una persecución igualitaria (tal como se sostiene en los inicios de su establecimiento y aún hoy sostienen sectores importantes de la doctrina) es una cuestión que debe ser relativizada dada la historia del Ministerio Público en América latina y las evidentes e hirientes condiciones de selectividad del sistema penal en nuestros países.

¹³ No tiene mayor trascendencia aquí si se considera a la reparación como una "tercera vía" del derecho penal o como una solución no penal. Sin embargo realza más la función del principio de *ultima ratio* conceptualizar a la reparación como una solución extrapenal. Además permite preservar a la reparación de finalidades "extraconflicto" (prevención general, etcétera) que la desnaturalizarían y pueden ser eficaces para construir nuevas formas de penas, pero no para construir "algo mejor" que un sistema de penas, como pedía Radbruch.

Octava tesis: Para que el proceso penal cumpla adecuadamente sus finalidades debe tener una estructura flexible, que permita una racionalización del uso de sus instrumentos (desacralización). Ello significa una política procesal de control de la sobrecarga de trabajo (que produce el mal endémico de la delegación de funciones, entre otros) y de control de la duración del proceso. La flexibilización no se debe realizar a costa de las garantías procesales.¹⁴

Novena tesis: El proceso penal debe ser permeable a la diversidad cultural. Ello significa tanto un tratamiento específico de las diferentes etnias, en especial las aborígenes, como el establecimiento de estructuras procesales más sensibles a las búsquedas valorativas, extendiendo el principio de contradicción hacia esas esferas (cesura del juicio, por ejemplo).¹⁵

¹⁴ La idea de "flexibilización" es más amplia que la de "simplificación", aunque la incluye. En el proceso inquisitivo, la sacralidad del trámite implica un solo camino, una sola vía de tratar el caso, de carácter ritual. Frente a ello el proceso penal, como "ámbito de juego" debe establecer diversas modalidades posibles, todas ellas marcadas por la idea de "juego limpio" e "igualdad de armas". El proceso debe generar un espacio de interacción (de hecho siempre lo genera) y la pregunta procesal esencial es "¿cómo constituir ese espacio?". Este concepto no afecta la necesaria rigidez de las formas que acompañan a las garantías, ni la idea primaria de legalidad del proceso. Afecta a la idea de lo ritual y lo lineal del trámite, que surgen de las condiciones de la palabra escrita y la producción de textos.

¹⁵ Desde esta perspectiva se ha abierto un campo totalmente nuevo para el proceso penal y, en general para el tratamiento de conflictos. La admisión constitucional (iniciada por la Constitución colombiana en 1992) del derecho de las etnias a solucionar sus conflictos conforme a su derecho consuetudinario y la necesidad de generar mecanismos de reconocimiento de esas soluciones ha planteado problemas todavía no resueltos. Diversas constituciones (Bolivia, Perú, v. gr.) reclaman leyes de coordinación de ambas "jurisdicciones", pero todavía no se han consolidado ideas alrededor del modelo de coordinación entre estas realidades.

Desde otra perspectiva y como criterio general, el nuevo Código Procesal Penal Costa Rica ha tomado una norma proveniente del Proyecto de Código Procesal Penal del Paraguay que dice así: Art. 342. — Diversidad Cultural: Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.

Décima tesis: La justicia penal debe provocar una interacción más intensa con los sistemas penitenciarios, creando un nuevo espacio de litigio —y extendiendo, en consecuencia las garantías— vinculado al derecho de los condenados o reclusos y a las finalidades específicas de la ejecución penal.

2. Algunas discusiones alrededor de las tesis enunciadas

La primera objeción que se puede realizar es que estas tesis no se hallan todas en el mismo plano. Algunas señalan objetivos políticos, otras concepciones del proceso y algunas otras problemas técnicos específicos. Esta objeción requiere volver a insistir sobre la necesidad de entrecruzar perspectivas que nos permitan superar una visión reduccionista. Pretender caracterizar el proceso de transformación judicial en América latina desde la ventana de lo que comúnmente se han entendido que son problemas "estrictamente procesales" es el mejor modo de perder el rumbo y construir una línea argumental, aparentemente rigurosa, pero necesariamente superficial.¹⁶

La primera tesis nos enfrenta a un objetivo general, ligado directamente a la idea misma republicana. Julio Maier, desde la tradición de la escuela cordobesa de derecho procesal ha insistido, con razón, sobre la conexión entre la idea republicana y una determinada concepción del proceso,¹⁷ pero es necesario complementar esa visión desde una doble perspectiva. En primer lugar, como lo hace el mismo Maier, desde una crítica general al poder penal estatal, como producto de la Edad Moderna. En este sentido, las distintas corrientes del llamado "aboliciónismo penal" han servido para enrique-

¹⁶ Sin embargo, la mejor doctrina procesal latinoamericana ha señalado insistentemente sobre la necesidad de ubicar el fenómeno procesal dentro de los procesos históricos, como clave de una comprensión más profunda de lo procesal mismo. Cf. VÉLEZ MARICONDE: *Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 19. Igual Soler, para quien las "leyes son hijas mortales de un momento histórico". (*Historia, ley y libertad*, Losada, Buenos Aires, 1943, p. 19).

¹⁷ Ver, Maier: *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 391, idea que preside todo el desarrollo histórico que allí se relata.

cer la crítica al poder penal estatal y hoy son un elemento insoslayable para comprender el desarrollo de la doctrina procesal penal en América latina. Por otra parte, surgen nuevos desafíos al proceso penal no ya ligados directamente a la idea republicana sino a nuevas formas de democratización del poder, nuevas realidades sociales que influyen en el ejercicio mismo del Poder Judicial como en su legitimación.¹⁸

Establecer un objetivo tan amplio para la reforma de la justicia penal no significa otra cosa que volver al cauce histórico del movimiento republicano. Se podrá objetar que esa amplitud conspira contra el proceso mismo de reforma, ya que es un objetivo imposible de alcanzar en cualquiera de los plazos que sirven para evaluar los procesos políticos concretos, pero precisamente en ello reside una de sus mayores virtudes. El movimiento de reforma de la justicia en Latinoamérica tendrá éxito si logra desencadenar (lo que todavía no se ha logrado con fuerza) una línea de pensamiento consistente, con un *corpus* teórico y práctico de crítica radical al sistema inquisitivo que observe con atención su permanente reconstrucción y ponga en evidencia el autoritarismo al que siempre tenderá el proceso penal por la violencia misma de la pena estatal. Mientras el Estado incluya dentro del repertorio de sus respuestas instrumentos tan violentos como la cárcel, el autoritarismo propio del sistema inquisitivo tendrá en ello a su mejor aliado.

Pareciera que existe cierta contradicción entre el objetivo general de la primera tesis y el más acotado de la segunda. Pero ello no es así: se trata tan sólo de la aparición del plano estratégico. Se ha objetado que subyace en esa tesis una visión normativista, que sobrestima el papel que la ley (en este caso un Código Procesal Penal) puede cumplir. Esta objeción merece una aclaración: en primer lugar, cuando uno se sitúa en un plano estratégico la pregunta esencial es "¿cómo orde-

¹⁸ Por ejemplo, la potente realidad de los medios de comunicación interpela al proceso penal de un modo nuevo. Así como el principio de publicidad hoy no puede ser pensado por fuera de los *mass media*, salvo que se lo quiera convertir en una mera formalidad, posibilidad (en realidad abstracta) de concurrir a los juicios, tampoco se puede mantener una visión inocente sobre ese nuevo poder, vinculado a grupos empresarios, a necesidades puramente comerciales y sin limitaciones que provengan de un nuevo sistema de garantías pensadas para ellos.

nar los medios para lograr el fin?", si se quiere, más simplemente, ¿por dónde empezar? Lo importante es modificar la interacción de los sujetos en el proceso para comenzar a generar un *proceso cultural diferente*. Y en un ámbito altamente institucionalizado como el proceso penal, limitado por las formas y alimentado por una cultura ritualista, no existe mejor forma de modificar esa interacción que a través de los mandatos legislativos. Por supuesto que ello no agota el conjunto de medidas necesarias, pero establece un punto de partida firme para consolidar una interacción distinta. Recuérdese que, como señala Ferrajoli, en esta distinta interacción (los esquemas monológicos del sistema inquisitivo y adversariales del modelo acusatorio) se encuentra la clave diferenciadora de ambos sistemas y el nexo más profundo entre las concepciones autoritarias o democráticas que nutren a uno u otro.¹⁹

Esta segunda tesis se contrapone a la que sostiene que el inicio del proceso de cambio debe estar en los mecanismos de selección y nombramiento de los magistrados, de modo que funcionarios probos, idóneos e independientes, a través de una jurisprudencia creativa, de base constitucional, producirían la modificación deseada. Una vez más, no se trata de discutir la necesidad de lograr esos sanos sistemas de nombramiento. Lo objetable de esta tesis es que ella no sirve como estrategia de cambio profundo. No es posible, por ejemplo, pasar de un sistema escrito a uno oral y acusatorio por este medio. La tesis señalada sirve como mecanismo correctivo de un sistema ya sentado sobre bases sanas, pero no sirve para sentar esas bases, ya que los "jueces reformadores" deberían demoler el sistema anterior (lo que, por otra parte, no ha sucedido históricamente) y no tendrían posibilidades reales de reconstruir un nuevo sistema. En este sentido, los sistemas inquisitivos puros o casi puros (incluso aqué-

¹⁹ A mi juicio la falta de un adecuado análisis de cómo modificar la interacción de los sujetos en el proceso ha contribuido al fracaso de muchos planes de capacitación, pensados más como caminos de formación personal antes que como formas de dotar de herramientas de interacción nuevas. Además si el sistema procesal —en especial cuando se trata de sistemas escritos— no permite un juego flexible, entonces lo que producen estos planes es una contradicción interna entre los sujetos más valiosos que, en muchos casos, ha servido para expulsarlos del sistema judicial, anulando los mismos objetivos de la capacitación.

llos disfrazados de oralidad) no pueden ser modificados por esta vía y "desde adentro". Es discutible si un sistema mixto podría serlo, pero aquí la experiencia histórica ha demostrado que la tendencia ha sido más bien contraria, es decir volver cada día más inquisitivo el sistema mixto.

La tercera tesis suele ser atacada no sólo desde el punto de vista estratégico, sino desde la perspectiva histórica (por la experiencia del desarrollo del sistema mixto) y desde una perspectiva empírica que demuestra el escaso número de casos que llegan al juicio oral. Sin duda el juicio oral es un instrumento delicado que no se utiliza —en ningún sistema procesal— en todos y, ni siquiera, en la mayoría de los casos, pero ello no es un obstáculo para poner en el centro de los esfuerzos de la reforma la instauración del juicio oral, ya que con él podrá faltar mucho, pero sin él falta todo. Además, las funciones del juicio oral exceden lo estrictamente referido al caso. En primer lugar, él constituye la atalaya desde la cual se construye y comprende todo el proceso penal. Esta idea de "centralidad del juicio" surge de su forma adversarial y pública, ligada directamente (como reflejo) de la estructura misma del conflicto, que sirve de "guía" a toda la organización procesal. En segundo lugar, constituye la fuente de legitimidad principal de toda la actividad judicial, inclusive de la figura del juez mismo. Todos los intentos de construir una imagen de juez por fuera del juicio han terminado por generar figuras incomprensibles para la sociedad. Para ella juez es quien hace juicios, en el sentido escénico de la palabra. De la mano de esta "aparición pública" de la figura del juez, el juicio público se convierte en una condición de generación de poder genuino. La verdadera independencia judicial se logra cuando los jueces tienen poder propio, no poder delegado. Por ello el concepto de independencia judicial es impropio dentro del sistema inquisitivo que, por esencia, se construye sobre la base del poder delegado del monarca (poderoso) de turno.²⁰

²⁰ La doctrina tradicional ha encarado el problema de la independencia judicial como "condiciones de resistencia", es decir las formas de proteger a un juez de las presiones, ya sean externas o internas. Frente a esta perspectiva, llamémosla "negativa" de la independencia judicial es necesario construir una doctrina "positiva" en el sentido del modo como debe acumular poder genuino el Poder Judicial. Como un ejemplo de ello ver la historia del caso "Marbury v. Madison", en Herman Pritchett, C.: *La Constitución americana*, TEA, Buenos Aires, 1965, p. 189.

En consecuencia, el juicio oral extiende sus efectos benéficos mucho más allá del caso individual. Es una "estructura de comprensión" del proceso, y en ese sentido fortalece todo el sistema de garantías; es una "estructura de construcción" del proceso, y en ese sentido ordena las etapas anteriores (preparatorias) y posteriores (de control); es una "estructura de legitimidad" del proceso, y desde allí legitima la figura misma del juez; es una "estructura de gestación de poder" y por ello es condición positiva de la independencia judicial y es, finalmente, una "estructura de absorción", que permite la institucionalización del conflicto y, desde allí, asegurar las funciones pacificadoras de la administración de justicia y del derecho en general.²¹

La cuarta tesis nos enfrenta al problema más difícil del debate latinoamericano. La contraposición entre quienes sostienen que se puede establecer una oralidad plena, con una fase preparatoria de tipo inquisitiva, en la que quien debe acusar no prepara su acusación sino que ella es preparada por un "juez" (aunque sería más justo decir por otro fiscal, que en realidad llamamos equivocadamente "juez") y quienes sostienen que la estructura contradictoria del juicio oral reclama un acusador responsable y una acusación consistente y ello se logra sólo cuando el acusador ha preparado la acusación y se hace cargo de ella. En realidad en el sistema mixto el tema es relativizado (como lo es todo el principio acusatorio) porque no se trata de un juicio oral pleno y el juez inquisitivo no sólo se instala en la etapa de instrucción sino que domina también el juicio. La discusión, así planteada, parece de fácil solución, y no se entiende cómo es posible que aquí radique uno los

²¹ La construcción histórica del juicio adversarial muestra que existe una referencia directa a la forma misma del conflicto, que también es adversarial por la divergencia de intereses que está en su base. La necesidad de "absorber" el conflicto (institucionalizarlo) para evitar la violencia social han llevado al intento de reproducir ese conflicto. Si la sociedad (y por supuesto los protagonistas también) no encuentran elementos de reconocimiento del conflicto originario en esta institucionalización, se pierde la capacidad de absorberlo y, por ende, de pacificarlo. Ello nos marca que la forma del juicio oral no responde a una construcción puramente jurídica sino que hunde sus raíces en formas de la vida social que han perdurado por siglos y que, posiblemente, estén ligados a elementos naturales de la coexistencia social. Existe pues una relación profunda entre forma del conflicto, forma del juicio y finalidad de la administración de justicia, que reclama una teorización más profunda.

puntos centrales del debate latinoamericano. Lo que sucede, en realidad, es que tras esta discusión existe otra realidad, que ahora se ha puesto sobre el tapete.

En primer lugar, esta discusión ha desnudado el hecho de que tampoco es el juez quien prepara la acusación (realiza la investigación) sino que ella se basa casi exclusivamente en una actividad policial sin control ni dirección. En segundo lugar, también ha develado que no existe ningún control de garantías en esta etapa preparatoria del proceso y que si ese control se vuelve efectivo disminuye enormemente la eficacia de la investigación ya que las prácticas de investigación se han acostumbrado a no estar limitadas mayormente por las garantías. En tercer lugar, se ha develado la ineficacia, desorientación institucional y cultural del Ministerio Público, cuyo destino sigue siendo un enigma en nuestros países y que no inspira confianza en la ciudadanía.²²

Pero tampoco podemos reducir la reflexión sobre el principio acusatorio a una discusión sobre las funciones y el destino del Ministerio Público. La estructura adversarial del juicio reclama a los protagonistas reales. La sustitución estatal de la víctima ha sido una operación política nefasta, en términos de relegitimación del sistema inquisitivo y ha sido, en gran medida, la que ha permitido la difusión del sistema mixto durante todo el siglo XIX sin que se advirtiera con suficiente claridad que se trataba de la pervivencia de la justicia del *Ancien Régime*, bajo el ropaje del centralismo napoleónico y concesiones menores a la fraseología republicana. Este proceso trasladado a Latinoamérica ha sido más nefasto aún, ya que las concesiones fueron menores e, incluso, en muchos casos se pretendió gestar una forma acusatoria dentro del sistema inquisitivo, contradictoria en sí misma, cuyo resultado fue un reforzamiento del carácter autoritario del proceso escrito. Por eso, pasar de la víctima-excusa a una víctima "protagonista" del proceso aparece como un postulado esencial. Ello significa, además, una reflexión renovada sobre la acción pública, aunque sea sobre la base de que siempre la

²² Ver al respecto AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; Binder, A.: "Funciones y disfunciones del Ministerio Público penal", en *El Ministerio Público en el proceso de reforma*, CPU, Santiago, Chile, 1994.

acción pública es un *plus* sobre una acción privada, aunque en realidad el único y verdadero concepto de "acción" es el privado, como manifestación del derecho a la tutela judicial. El Estado, como entidad política, no ejerce ningún derecho a la tutela judicial —y menos ante sí mismo— y por ello es impropio (ha sido una ficción necesaria para la operación política de sustento de la estatización del conflicto) hablar de "acción pública".²³

La séptima tesis se vincula a una idea tan esencial como poco advertida. Si el poder penal debe ser utilizado como último recurso, entonces será misión del proceso penal no sólo generar las condiciones cognitivas (en cuanto a valor "de verdad") que habilitan una sentencia y resguardar los límites y garantías (finalidad tradicional) sino que también será su misión evitar el castigo en tanto sea evitable o minimizarlo en tanto sea posible (finalidad reductora, pacificadora o conciliatoria del proceso penal). Esto significa un giro copernicano en la construcción y comprensión del proceso penal. Una visión estrecha del sistema de garantías generó esta inadvertencia de las implicancias del principio de *ultima ratio* para el proceso penal, ya que se pensó (y aún se piensa) que este principio sólo regulaba el derecho penal sustantivo. Orientar el proceso penal al conflicto todavía escandaliza a muchos procesalistas, para quienes términos como "conciliación", "reparación", "composición" son palabras extrañas al derecho penal, sin saber que ellas fueron esenciales en la historia del proceso penal mismo. Esta perspectiva también modifica la estructura del proceso y genera nuevas tareas para las distintas etapas, en especial para la preparatoria y el procedimiento intermedio. Todavía queda mucho camino que reco-

²³ Esta reflexión es válida, incluso, para los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, ya que allí se torna imprescindible alguna forma de intermediación social, ya que la idea misma de "delito" como acto dañoso, requiere un sujeto social que reclame por él. En el caso de daños a patrimonios o bienes públicos el Estado actúa como "persona jurídica" y no como "poder político". Sobre la nueva posición de la víctima en el proceso, ver AA.VV.: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993. Los nuevos códigos y proyectos que reconocen su fuente en el Código Modelo para Iberoamérica se han apartado considerablemente de la participación de la víctima que él propone ya que se encuentra todavía demasiado ligado a la idea del monopolio del Ministerio Público en la persecución penal, de cuño inquisitivo.

rrer en la armonización de estas dos finalidades básicas del proceso, pero si el movimiento de reforma busca legitimidad social no puede cerrar los ojos a la simple pero efectiva idea de que no hay mayor legitimidad que aquella que surge de la efectiva solución de los problemas y no de su repotenciación. Creo que no se ha reflexionado aún suficientemente sobre todo lo que ha perdido el proceso penal por perder el rumbo de la finalidad pacificadora y absolutizar el castigo. En ello hay un vicio de origen del sistema inquisitivo que piensa la administración de justicia del Estado hacia la sociedad y no de ella hacia el Estado.

La octava tesis, para muchos todavía, cae por fuera de una genuina preocupación procesal. Pareciera que el fenómeno de la delegación de funciones, la sobrecarga endémica de trabajo o la mora judicial son problemas "prácticos" que deben ser solucionados con medidas administrativas o mayor "vocación de trabajo". Por el contrario, posiblemente no existan problemas más urgentes y complejos de solucionar que éstos y hasta podemos decir que si un programa de reforma de la justicia penal (o un Código Procesal Penal) no incluye una clara y firme política de control de la sobrecarga de trabajo y de duración del proceso, corre grandes peligros de fracasar en los restantes objetivos políticos. Si se trata de reformar la justicia penal de países pobres, como ocurre en la casi totalidad de la realidad latinoamericana, racionalizar los recursos y el tiempo del proceso es una medida esencial e ineludible. Pese a ello, todavía el pensamiento jurídico se resiste a este tipo de medidas, aferrándose a una concepción ética del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción pública (concepción ética desmentida día a día por la dura realidad de la selectividad), muchas veces paralela a una visión formalista del proceso. Por el contrario se debe asumir que la selectividad no es sólo un "defecto" de los sistemas procesales sino un principio que debe ser actualizado con racionalidad y justicia. Esta perspectiva le otorga otra base al principio de oportunidad, a las distintas formas de abreviación del proceso y al régimen de la acción penal, que no sólo deben ser pensados desde sus finalidades propias (o procesales en sentido estricto) sino también como mecanismos de "selectividad orientada", también por finalidades de con-

trol de la sobrecarga de trabajo, es decir, por razones de optimización de los recursos.²⁴

La afirmación de que el proceso penal es una institución cultural no sería negada por nadie. Sin embargo la doctrina se ha despreocupado del modo como se construyen las valoraciones dentro del proceso. Ya sea por la tosquedad de la individualización judicial de la pena, o porque no existen espacios de discusión acerca de los valores y las valoraciones, lo cierto es que en este campo los sistemas se refugiaron en el modelo inquisitivo de cognición, es decir, sobre la base de la actividad unilateral del juez. Un proceso penal poco permeable a las culturas se convierte, necesariamente, en un sistema de imposición de una cultura determinada. Ello, frente a la realidad multiétnica y pluricultural de América latina, ahonda el abismo entre el sistema institucional y la vida ciudadana. Aquí no existe una tarea exclusiva del proceso penal sino que todo el derecho debe perder la centralidad estatal para adquirir una nueva fisonomía, pero ciertamente la génesis de esta nueva configuración de lo jurídico se debe hacer con una alta participación de lo judicial, cuya esencia reside en la capacidad de captar la diversidad (se trata de un poder tensionado hacia el caso individual y, por lo tanto, hacia lo diverso y múltiple) y en ello reside uno de sus atributos definitorios frente a las otras formas de ejercicio del poder.²⁵

Finalmente se halla la cárcel como realidad hiriente y olvidada. La justicia penal le ha dado la espalda a la realidad carcelaria y con ello ha debilitado toda su función. La pervivencia de la vieja práctica inquisitiva, que se desen-

²⁴ Ver GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense*, Ijsa, San José, Costa Rica, 1992. Todavía no es usual incorporar el problema de la sobrecarga de trabajo de un modo directo en la reflexión sobre los mecanismos de discrecionalidad y tiende a primar una consideración "sustancialista" del problema. Ambas visiones pueden ser complementarias y, efectivamente, las soluciones deben ser armonizadas. Por ejemplo, de nada sirve un principio de oportunidad que no produce una descarga de trabajo, como tampoco es admisible una descarga de trabajo que se desentienda totalmente del conflicto, ya que él sigue existiendo se ocupe o no la justicia penal de intervenir en él.

²⁵ Ver BINDER, Alberto: "Independencia judicial y delegación de funciones", en *Justicia penal y Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, y "Proceso penal y diversidad cultural", en *Justicia Penal y Sociedad*, nos. 4 y 5, Guatemala, 1993.

tendía de la ejecución de las penas ya que ello era un problema de los verdugos y no de los jueces (o del Estado y no de la Iglesia, en la versión canónica) sigue presente en muchos sistemas latinoamericanos, que han establecido una profunda línea divisoria entre la "ejecución administrativa" y la decisión judicial. Pero no se trata solamente de establecer un control judicial sobre la pena. La constitución del condenado como "sujeto" de la ejecución reclama también una forma contradictoria en el desarrollo de la ejecución penal. A partir de este principio se trata de gestar un nuevo espacio judicial y, por lo tanto, un nuevo litigio (que es el nombre de la interacción de los sujetos ante el juez) que gire alrededor de la utilidad de la pena, ya que en un Estado de Derecho el castigo no puede ser simplemente retribución o neutralización, aunque sea por la idea de que ninguna política estatal puede desentenderse de la persona humana, su dignidad y su destino.

Como ya he dicho al inicio de este trabajo, las diez tesis enunciadas sólo constituyen el conjunto mínimo de postulados de una política estructural de reforma. Por supuesto quedan por abajo los intentos de cambio parcial, que retocan el sistema inquisitivo (incluso a veces presentados como cambios globales) o las reformas realizadas en sentido contrario, es decir, como reafirmación de una política criminal autoritaria. Es cierto, también, que lo que ha quedado por fuera de estos postulados mínimos es mucho: los cambios en la organización judicial, la reestructuración del Ministerio Público, la participación ciudadana en la administración de justicia, etcétera y ellos son objetivos de enorme valor político. Por otra parte, se debe advertir que en el crisol de cada realidad nacional, sus urgencias, sus posibilidades, su visión particular de cada problema, su historia y su situación social condicionan el proceso de cambio, haciendo que pierda pureza pero gane en "realidad"; esa realidad es, en definitiva, lo que cuenta.

Una aclaración final, que vale también como disculpa. Nuevamente he optado por un tono más cercano a la polémica que a la descripción, más apologético que meramente discursivo. Pero no se puede escribir —o no sé hacerlo— sobre una realidad tan viva y tan urgente, sin sentir que cada frase nos interpela, nos impulsa a la acción, nos hace, por qué no,

perder el rigor del observador sereno. Como alguna vez dijera Lucien Febvre, refiriéndose al trabajo intelectual: "No hay que contentarse con ver, desde la orilla, perezosamente, lo que ocurre en el mar enfurecido."

VIII. GARANTISMO Y EFICIENCIA EN EL PROCESO PENAL*

1. *¿Reformas parciales o estructurales?*

Corresponde hacer unos comentarios de las impresiones que me han quedado respecto de las ponencias presentadas en un sentido y en el otro.

Quisiera tomarlo desde este punto de vista: en primer lugar, planteando algo que necesito clarificar y clarificarme a mí mismo; en segundo lugar, destacando tres puntos que me parecen muy importantes de lo que se ha dicho y, por último, destacando algo que también me parece notorio y que hace falta.

Lo primero que quiero hacer es determinar acerca de qué estamos debatiendo en el foro. Aquí hemos escuchado dos perspectivas: la primera señala la necesidad de un cambio estructural profundo, que resuelva el problema de la justicia penal por lo menos, y ha sido expuesta con mucha claridad. La segunda propuesta dice de qué se tratan los proyectos que se han presentado y que es necesario realizar ciertos ajustes al actual sistema para mejorarlo y que después podamos evaluarlo y se vaya a una solución más de fondo. No se pretende solucionar el problema central de la justicia sino mejorar ese funcionamiento. Así planteadas las cosas, uno podría decir entonces que no hay una verdadera controversia porque uno está planteando la necesidad de un cambio muy profundo y la otra posición lo reconoce; lo único que

* Esta presentación fue realizada con ocasión del foro "Reforma integral del sistema penal colombiano". Organizado por la CEJ, con auspicio de la AID, marzo 18 y 19 de 1999. Santa Fe de Bogotá.

dice es que antes de eso debemos hacer algunos ajustes parciales al problema.

A mí me parece, con base en la experiencia de haber visto este debate en otros países, que aquí hay uno de fondo, posiblemente el más profundo de los debates. ¿Qué es lo que la perspectiva de fondo sospecha? Que detrás de esas reformas parciales está la consolidación de un modo de administrar la justicia penal que en realidad busca perpetuarse y que cada tanto se revitaliza con reformas parciales, se ajusta pero se perpetúa.

Hay que reconocerle a esta visión que tiene a su favor buena parte de la historia de nuestros países, donde no hemos visto en el ámbito judicial, sino en otras ramas de las reformas constitucionales, que las reformas parciales siguen sosteniendo instituciones por décadas. Ahora, desde la otra posición, ¿qué es lo que se sospecha? Tras el reclamo de cambio estructural se esconde la vocación por construir instituciones en el aire; aquellas repúblicas aéreas que atormentaban a Bolívar durante la guerra de la Independencia, y que en última instancia es una discusión sobre hacer principios que queden en las leyes y que después entren a la realidad; colocar los pies sobre la tierra y trabajar en el funcionamiento de la justicia penal y, por lo tanto, todo aquello es muy lindo pero poco realista.

Ahora este debate, planteado en éstos o en similares términos, se está llevando a cabo en toda América latina y no es que se esté discutiendo en la última década, en la cual se lo hace con mucha intensidad, sino que en realidad estamos pagando el hecho de que cuando se planteó por primera vez este debate, hace 200 años, no se pudo resolver y por lo tanto, si hoy tenemos una discusión distorsionada, tensionada, llena de laberintos y de vericuetos, es porque no pudimos resolver hace 200 años este debate.

Yo les pongo un ejemplo que sucedió el año pasado en Venezuela, cuando estaban en una discusión muy fuerte sobre la reforma a la justicia penal que finalmente conllevó el cambio de Código: después de un foro como éste, de discutir horas y horas, un periodista se levantó y dijo: "los escucho discutir a ustedes, abogados, hace horas, con palabras que entiendo algunas y otras no, sobre algo que a mí me parece muy simple: si ustedes quieren que un fiscal investigue, jun-

te las pruebas y las lleve a un juicio, las muestre ahí delante de un juez que no está comprometido con ese caso, y que sea ese juez quien tome la decisión, y que tanto durante la investigación como en el juicio la persona, que puede tener consecuencias muy gravosas, tenga un defensor, yo no entiendo por qué están discutiendo tantas horas sobre esto; a mí todo me parece muy simple".

Entiendo que para Venezuela es revolucionario; pero si es revolucionario, es la Revolución de Perogrullo y, efectivamente, hace 200 años que en el ámbito del sistema judicial no podemos hacer la Revolución de Perogrullo porque lo que necesitamos son fiscales que investiguen y que simplemente muestren la prueba ante un tribunal, y que si tienen que afectar garantías individuales le pidan permiso a un juez, porque eso no es un problema de modelos; es un problema de experiencia de la humanidad, en lo que hay que tener cuidado. Que las personas tengan un defensor; en todos los países esto sería tan sencillo, que prácticamente serviría para hacer una ley de procedimiento: "Artículo 1°. Los jueces serán imparciales y juzgarán el caso conforme a la prueba que le presente el fiscal. Art. 2°. El fiscal investigará y presentará la prueba en un juicio público y defenderá los intereses de la víctima. Art. 3°. Todo imputado que deba un juicio será defendido y se hará al Estado asegurar su defensa", y tendríamos una gran revolución en nuestros sistemas. Pero no podemos hacerlo.

Entonces, tenemos fiscales que en realidad actúan muchas veces como jueces; hasta ahora estamos saliendo de una discusión en la cual los jueces actúan como fiscales; los defensores no aparecen por ningún lado; los juicios no son públicos y, entonces, finalmente terminamos armando un gran laberinto que nadie sabe hacia dónde va.

El costo de no haber resuelto esta discusión, el costo de esta herencia autoritaria del sistema colonial, se está volviendo muy pesado. Fijense que en el fondo lo que estamos discutiendo, más allá de los nombres y de las normas, es si en Colombia a una persona se le va a llevar a la cárcel con un expediente que empieza haciendo una investigación previa o preliminar por la Policía, sigue en la Fiscalía, del cual se le dará la copia a un juez para que la lea y el juez, antes que nada, con base en la lectura de ese expediente y llamando

algunos testigos, pero básicamente con base en la lectura, tomará una decisión en un sentido o el otro. El expediente seguirá su camino, los jueces que controlan verán si está bien, y así la persona va a la cárcel con un expediente atrás y finalmente ése es un modo de administrar justicia, el modo inquisitivo que podemos llamar de muchas formas diferentes (también el sistema que ustedes llaman acusatorio puro, que es el acusatorio formal, puede ser tan inquisitivo como eso), y el otro que estamos diciendo que es nuevo: queremos que se le haga un juicio público. Ahí se muestran las pruebas; que el juez sea realmente imparcial; que el que investiga tenga que respetar ciertas limitaciones a la hora de ponerlo preso, a la hora de buscar información en los ámbitos de intimidación. Eso es otro modelo de administrar justicia.

Hay algo sobre lo cual yo no puedo entrar en el detalle de la discusión, pero lo que hay que preguntarse es si las propuestas de cambio del Código Procesal que se están planteando son un cambio de la justicia de expedientes, a la justicia ésta donde cada uno cumple una función distinta.

Ése es el debate, y en última instancia podemos otra vez más postergar lo que ya se postergó durante dos siglos, pues, este periodista no sabía que llevábamos tres o cuatro horas sino siglos discutiendo. Podemos otra vez pasarnos otro siglo discutiendo esto o, ¿es hora alguna vez de decir: "pongamos los cimientos bien en esta casa"?, porque el problema de la administración de justicia en América latina, de la justicia penal y de las otras justicias, es que están mal puestos los cimientos porque los cimientos que no logramos erradicar son los de la justicia colonial, de la justicia de la monarquía absoluta, y construir, reconstruir cimientos de la monarquía, es imposible, y si bien cada tanto pintamos la casa, le hacemos una pieza nueva, le colocamos azulejos a los baños, la casa se derrumba y esto se ha percibido poco; pero, es claro que en nuestros países los sistemas se han derrumbado.

Hasta hace poco salió el informe de esclarecimiento histórico del enfrentamiento armado en Guatemala, y ahí se señala algo con mucha claridad. Por supuesto que no podemos decir que la falta de administración de justicia ha sido la causa del enfrentamiento interno de cuarenta años, pero lo que sí podemos decir es que cada vez que el país está en una situación de conflicto, la justicia, en vez de ayudar a solucio-

nar ese conflicto, lo agrava, y en ese sentido tiene una complicidad muy fuerte; y en ese sentido tiene una responsabilidad histórica importante con los derrumbes institucionales —cuando "se cae la casa"— que cíclicamente vivimos en nuestros países.

Me parece, entonces, que la discusión que hay que dar es acerca de si es hora de saldar este debate de una vez por todas para no caer en la crítica con la lucidez pasmosa que ya en 1812, en el manifiesto de Cartagena, planteó Bolívar con esto de las repúblicas aéreas. No sólo tenemos que discutir acerca de lo que queremos sino que tenemos que discutir acerca de los costos que estamos dispuestos a asumir para lograrlo, porque ahí reside buena parte del problema.

Es muy fácil querer la República. ¿Quién no va querer que vivamos en un sistema republicano? ¿Quién no va a querer que tengamos una justicia que tenga todas estas características? Pero, ¿estamos dispuestos a pagar los costos que significa esto? Y no estoy hablando de la inversión económica, que en el problema judicial significa un asunto menor en relación con los otros gastos; estamos hablando de los costos que significa el sostener ciertos principios: el juicio oral y público es un principio que hoy se entiende que es base de los derechos humanos fundamentales. Vamos a hacer juicios orales y públicos en serio, aunque esto lleve a entender que los jueces, que de un modo imparcial dictan una absolución porque el fiscal no le presentó pruebas, están sosteniendo un principio que es más importante para nosotros que otros principios.

Vamos a sostener el hecho de que este principio implica que antes de llevarme a la cárcel siempre tiene que haber un juez imparcial que lo autorice. Yo creo que no se puede discutir. Hoy se entiende que es un avance del conjunto de la cultura del respeto, que antes de llevarme a la cárcel todos sabemos que la cárcel es un lugar horrendo —tiene el juez que autorizarlo, porque él es una persona imparcial—. Vamos a asumir el costo de esto, es decir, la justicia no ha contado con la confianza institucional. Esto no es cierto en toda nuestra historia: hemos vivido en países sin jueces en toda América latina y hoy, detrás de estas discusiones, está si se quiere tener una República con una justicia poderosa, con jueces poderosos. Lo que se está discutiendo en América la-

tina es el papel de los jueces, el poder de los jueces, y esto es una discusión de fondo que está detrás.

Los sistemas procesales son los primeros que han socavado totalmente el poder de los jueces, porque el sistema inquisitivo es un sistema judicial sin jueces.

2. Alcances de una reforma integral

Quisiera destacar en el segundo punto, tres tópicos que me parecen centrales y que se dijeron en las exposiciones. En primer lugar, es rescatar esta idea de integralidad que se expresa en una propuesta de tres códigos y que, como se dijo aquí bien, va mucho más allá de una propuesta normativa. Se trata de rescatar la integralidad de la política penal; significa el deseo de tomar las riendas de la política criminal.

Otro de los problemas que existen en todos nuestros países es que el Estado no tiene la rienda de la política criminal, y tomar las riendas de la política criminal significa tomar las riendas de las políticas del Estado, porque la política criminal es eso: es la política pública que se preocupa de racionalizar, de economizar. También se está hablando del principio de la economía de la violencia del Estado, que es el principio de *ultima ratio*. Es notorio cómo los proyectos están fundados en esa idea, y ése es un problema de fondo, y es un problema que hemos sufrido y que estamos sufriendo todos en nuestros países.

La segunda idea es la intención de codificar, dándole sentido político, porque en América latina nos hemos regido por consolidaciones de leyes. Éstas son cosas muy diferentes a la codificación. La codificación es un intento de dotar de un fuerte sentido al programa normativo en un Código; la discusión que se dio a mediados del siglo XIX en Europa sobre este tema es una discusión sobre el valor de la ley. Yo dudo que en América latina hayamos tenido —esto no se puede generalizar— en cada uno de los países un debate real y profundo sobre la codificación. No hemos codificado; hemos hecho consolidaciones de leyes y por lo tanto hoy nos enfrentamos al problema grave: que el programa normativo no significa nada para nuestros pueblos, y no significa nada para nosotros los abogados, pues ni siquiera lo conocemos; ni siquiera conocemos las leyes de nuestra especialidad.

En nuestros países el sistema normativo vuela como una nube, y en algunos casos es una nube tóxica que está por encima de la sociedad y que no rige la vida social; incluso hay algunos países en los cuales el mejor modo de evitar tomar una decisión de fondo no es dictar una ley. La crisis de la justicia, la crisis del Parlamento, es la crisis de la legalidad; la crisis de la razón jurídica, es la crisis de la República. Entonces, a rescatar la idea de codificación como una idea de dotar de sentido a la legislación, y si no tiene sentido el Código Penal que está poniendo en peligro a cada ciudadano que puede ir muchos años a la cárcel o protegiéndome los bienes más fundamentales, ¿qué ocurrirá con el resto de la legislación? La codificación requiere no solamente un trabajo de técnica normativa sino una especial discusión social acerca del sentido normativo de esa ley; eso es codificar, no solamente juntar leyes en un texto reglado.

Y en tercer lugar se ha señalado, y me parece con mucha fuerza y razón, el problema de impunidad estructural que hay en vuestro país. Marca uno de los elementos más odiosos de nuestras sociedades porque esconde una sociedad de privilegios; impunidad es la contracara de una sociedad de privilegios. Me llama la atención —no estoy en condiciones de terciar en este debate sobre si es el 98 % o si el 38 % o 40 %— que, por los datos que dieron aquí y por las proyecciones que están haciendo, hay un millón de casos que ingresan a la justicia penal y que en los próximos años quedarán sin resolución; y si de dos millones y medio había capacidad para un millón y medio más o menos, aun en las cifras más benévolas, esto no es un problema de mejor funcionamiento de un funcionario, sino que marca el problema estructural de la administración de justicia, el problema estructural de impunidad, porque si ustedes a esto le agregan los otros millones de casos que deben quedarse sin solución en el ámbito civil, laboral, etcétera, van a llegar finalmente a la conclusión de que el 20 o 25 % de la población de este país o de cualquier otro país —en mi país se dan las mismas condiciones: claramente teníamos el caso del 93 % en Buenos Aires— ustedes van a llegar al cálculo de que millones de personas de este país, que tuvieron un contacto con la justicia, se van sin ninguna solución. Los efectos que tiene esto sobre la credibilidad de las personas son muy grandes; todo esto marca, me parece a mí, la profundidad del debate.

Finalizo destacando el tercer punto que es lo que falta en este debate. Al prepararme para venir aquí a participar en este foro, y leyendo desde el exterior lo que vemos como el hecho más relevante que es el inicio de un proceso de paz, el hecho político más relevante que uno ha seguido con atención los últimos meses sobre Colombia, y por supuesto conociendo la experiencia que se había dado en Centroamérica de las reformas judiciales y los procesos de paz, preparé mis intervenciones en gran medida girando alrededor de estos dos grandes temas: "Reforma judicial" y "Proceso de paz". No logro comprender muy bien que nadie aquí habla del proceso de paz. De hecho, en todo este foro no se ha hablado del proceso de paz y no se ha vinculado la reforma de la justicia penal con el proceso de paz. No logro entenderlo; no logro discernir qué es lo que hay a través de esto. Ustedes sabrán bien, se los digo con la transparencia de alguien que viene de afuera y dice cómo esto no figura como hecho político.

Me parece que hay un punto ahí que debe destacarse: si la reforma judicial y el proceso de paz no van juntos, es que alguno de los dos, o ambos, son artificiales, y yo diría que lo más probable es que ambos sean artificiales. En primer lugar, porque si el problema de la reforma judicial no está volcado sobre el problema de la pacificación del país en situaciones más graves como las que tiene Colombia —en cualquier situación de cualquier país lo mismo— entonces es que el problema judicial no ha encontrado todavía el centro de su eje de gobierno, porque la justicia gobierna pacificando la sociedad; la justicia no es el único, pero es como el centro en torno al cual gira todo el sistema de intervención de los conflictos y la pacificación de la sociedad.

Al mismo tiempo, si un proceso de paz no asume que se necesita modificar muchos de los modos de intervención de los conflictos por los modos pacíficos de la administración de justicia, entonces no está pensando en un proceso de paz, es decir que la reforma judicial es siempre y en todo lugar, sea un país desarrollado, sea un país que ha salido de grandes traumas como es el mío, sea un país que vive en una situación traumática, la reforma judicial es siempre parte de la ingeniería de la paz en la sociedad, en todas las circunstancias.

Entonces, el vínculo que tiene que existir entre la reforma judicial y el proceso de paz es ineludible. No se puede, en

ninguna circunstancia, en ningún país, separar el problema de la reforma judicial de los procesos de pacificación de la sociedad.

No logro comprender todavía cómo se puede desvincular ese tema aquí en Colombia; al mismo tiempo, me parece que ésta es una invitación. Creo que allí está el rumbo de la mayor dificultad de la reforma judicial, pero también el rumbo de la mayor riqueza teniendo siempre como guía el hecho de que los debates que no se saldan se van pagando caro a lo largo del desarrollo institucional, el no haber podido determinar hace 200 años con claridad qué tipo de administración de justicia queremos, cómo queremos tratarnos unos a otros, y ha sido una de las causas importantes de buena parte de la violencia y del atraso que hemos tenido que pasar en nuestro país.

3. Lecciones sobre la reforma penal en América latina

La idea de la exposición es tratar de reflexionar y darles algunas lecciones sobre el proceso de reforma de la justicia penal en América latina. Esta información no tiene un carácter de anoticiar, sino que parte del hecho de que toda América Latina comparte una herencia común que proviene de los sistemas judiciales que hemos heredado de toda la colonización y la conquista española, y eso rigió y configuró buena parte de nuestra institucionalidad durante varios siglos.

También tiene que ver con el hecho de que el proceso de nacimiento de nuestras repúblicas es un movimiento regional, sin ninguna duda, y es una época; incluso existía una circulación de ideas y una comunidad de trabajo en todos los países bastante superior a la que se ha dado después, pero el desarrollo institucional de América latina también va siguiendo ciclos y pasos parecidos, y de hecho las últimas décadas han ratificado estos movimientos regionales que tiene América latina, donde compartimos problemas, compartimos aspiraciones, compartimos las mismas presiones tanto interna como externamente; así que yo creo que se aprende mucho y sobre todo se fortalece mucho todo el movimiento de reforma

cuando se le analiza en términos regionales, con menores intensidades en México que tiene un proceso de transición a la democracia, por llamarlo así, mucho más complejo y con algunas particularidades, pero desde todos los países centroamericanos hasta el Cono Sur, hoy no hay país en América latina y en el Caribe donde no se esté discutiendo a fondo la justicia penal, o donde no se estén llevando adelante procesos de magnitud.

La reacciones que se van sacando también provienen de las enormes dificultades que enfrentan esos procesos. Hoy una de las constataciones que podemos realizar es que en ninguno de los países en los cuales se ha llevado adelante una reforma importante de la justicia penal, se ha logrado una implementación adecuada de esos sistemas por más que hayamos trabajado, se hayan invertido recursos, y éste es un hecho que debe asumirse: no se han podido implementar en ningún país adecuadamente los procesos de reforma.

El que no existan adecuadas transiciones entre los modelos diseñados y la puesta en marcha produce efectos muy negativos sobre el desarrollo del proceso. Aquí en Colombia, es una de las ideas que he escuchado y que todos conocíamos, tampoco hubo una adecuada transición entre el primer paso de la reforma y su puesta en marcha y esto hoy en día se nota; esto ha ocurrido muchísimo en los países que lo han hecho. Pero también hay que tener en cuenta algo que es importante, y es que a pesar de conocer estas dificultades que en algunos momentos son muy traumáticas —por ejemplo en Buenos Aires, Argentina, la inadecuada implementación de un sistema de reforma de la justicia penal, ha producido una serie de ineficacia muy profunda— no ha habido ningún país que haya retrocedido; no ha habido ningún país que haya dicho: "Debemos volver a los sistemas escritos". Al contrario, se van sumando día a día nuevos países o van intensificando su proceso de reforma.

Justo en estos días se terminó de aprobar el nuevo Código Procesal Penal de Bolivia, que hace cambios muy grandes en un país que tenía estructura mixta. Al mismo tiempo, se ha hecho otra constatación que creo es pertinente y que así como las dificultades no han cambiado la intensidad de la política, y eso demuestra que se está apuntando a un proble-

ma grave, un problema que la sociedad reclama con urgencia, la capacidad de reconstrucción del sistema antiguo, del sistema inquisitivo, es enorme. Si hay algo de lo que debemos tomar conciencia es que al sistema inquisitivo apenas le hemos dado unos pequeños golpes, y su capacidad de reconstruirse bajo nuevas formas es favorecida por algunos sistemas como mixtos.

Hay otros sistemas que lo dificultan un poco, pero hasta ahora no ha habido ningún modelo procesal puesto en marcha en la justicia penal de los países de América latina que haya impedido totalmente la reconstrucción del nuevo sistema inquisitivo. Esto quiere decir que hay que realizar un análisis y una propuesta de intervención, aun sobre los sistemas ya en funcionamiento, que debe seguir siendo muy intensa; esta es otra lección que hemos aprendido.

El proceso de reforma comienza con un tipo de discusión sobre qué modelo se quiere y cómo hacer la ley en ese sentido; se produce también una fractura en la técnica normativa. En la tradición latinoamericana, muy imbuida de la tradición continental europea, la realización de un código era algo así como el fin de la carrera intelectual de algunos juristas que entre ellos hacían una propuesta, y se jugaban esa propuesta antes que nada por su calidad técnica. Este modelo, en el que no interesaba si un código se hacía en cinco o diez años porque, insisto, era la culminación de una carrera profesional técnica y que convertía a un jurista en jurisconsulto, se ha modificado profundamente hacia modelos muy participativos, hacia modelos más elásticos también, para romper esta idea de que cuando se hace un código se hace para que rija cien años, y sobre todo para que específicamente los códigos procesales sean normas mucho más dinámicas, que se estén ajustando permanentemente.

Así, pues, hemos aprendido que un proceso de reforma comienza con una determinada metodología de discusión, que si no se hace en determinado momento se tiene que hacer en otro, o finalmente se paga en alguna etapa del proceso y continúa muchos años después. No termina con la aprobación de la ley; no termina con la planificación; no termina con la puesta en marcha del sistema; es decir que la atención que hay que ponerle a los procesos en transición es mucho más intensa que lo que estamos haciendo.

Ahora, esta herencia común, estas dificultades comunes, estos anhelos comunes, esta persistencia de la política a pesar de todas las dificultades que hay, la constatación de que el problema es mucho más profundo y grave de lo que pensaba, necesitan una renovación en el modo como estamos analizando el problema.

En una primera etapa fue importante lo que se llamó "la discusión de problemas", en gran medida para tratar de llamar la atención sobre la necesidad de hacer propuestas estructurales, pero hoy día tenemos que superar la discusión de modelos.

He podido observar el debate profundo que se hizo en las mesas de trabajo; es notorio cómo aquí también están atrapados en la discusión de modelos, y entonces la discusión giraba, y explico que esto tuvo su razón en determinado momento en torno a una discusión de modelos o de detalles. Entonces, o se discute si se tiene que ir para tal modelo o para otro modelo, se discute cómo debe resolverse la declinatoria de competencia; el salto es de ese tipo, y en el medio está ausente lo que hoy consideramos un paso importante en el desarrollo de la justicia de América latina: la "discusión de problemas".

Entonces me parece importante que superemos la discusión de modelos, la discusión de detalles, para meternos de lleno en la discusión de problemas. La discusión de modelos genera también muchas distorsiones que en primer lugar son de dudosa validez; ha tenido un gran efecto pedagógico esta especie de secuencia que todos conocemos: sistema acusatorio, sistema inquisitivo, sistema mixto; es una versión pedagógica muy simplificada que ha servido, ha ayudado, pero no expresa los diferentes funcionamientos de la justicia penal.

Hoy sería mucho más interesante realizar clasificaciones con base en las relaciones que hay entre los modos de proceder y la organización procesal, por ejemplo, o establecer modelos por el grado de uso de tecnología que tienen, o grado de ritualismo, o formalismo que tiene esta clasificación que se ha hecho.

También generan una excesiva discusión conceptualista que depende de clasificaciones que a veces son arbitrarias; por ejemplo, aquí discuten sobre sistema acusatorio puro o

no, entonces se generan discusiones conceptuales que en el fondo responden a clasificaciones hechas por un doctrinario en algún momento atinadas.

No digo que no sea necesario que el fiscal pertenezca o no al Poder Ejecutivo, y en general los sistemas acusatorios no tienen una directa relación con esta pertenencia de la Fiscalía al Poder Ejecutivo, o con la autonomía o con el Poder Judicial. De hecho hay dos países: uno se atiene más al sistema acusatorio con investigación a cargo del Ministerio Público con control judicial, con un Ministerio Público muy judicialista como en Costa Rica, y no sólo es judicialista sino que está subordinado a la Corte Suprema, y desde luego no me parece bien esto; y el otro es Paraguay que tiene un Ministerio Público que en la Constitución está dentro del Poder Judicial, más al estilo colombiano, con autonomía dentro de este poder y tiene un sistema que ustedes llamarían acusatorio puro, sin que la ubicación del Ministerio Público sea un elemento determinante para esto, aunque por supuesto es un problema importante la discusión sobre la ubicación del Ministerio Público pero no es un problema relevante.

También esta discusión de los modelos ha generado y, aunque parezca mentira, ha influido mucho. Por ejemplo, tuve la discusión sobre si los sistemas acusatorios son en realidad imposición de los Estados Unidos; es una discusión que está presente en toda América latina y que hay que darla porque es un problema, y porque en nuestra historia muchas veces se nos han impuesto instituciones y han sido adoptadas de un modo acritico. Esto no sólo tiene un problema de interpretación histórica, porque no es cierto que los Estados Unidos hayan inventado el sistema acusatorio ni mucho menos, sino que tiene que ver con la discusión sobre los problemas.

Tenemos que ver ahí que la discusión de modelos no tiene ningún sentido. Voy a tratar de explicarlo en la dimensión histórica: se están tratando de resolver problemas concretos. No es que la Revolución Francesa impuso el sistema mixto sabiendo que era un sistema mixto, pues está tratando de resolver problemas políticos muy concretos.

El problema de la ley importada, que es un problema en América latina, no tiene que ver con el hecho de que utilicemos el derecho comparado, porque cualquiera que haya te-

nido que redactar una norma, un proyecto de ley, sabe que es la seriedad del trabajo legislativo tratar de conseguir el derecho comparado y analizarlo para tratar de dar las distintas soluciones y no inventar el agua azucarada.

El problema que está atrás de la discusión de la ley importada o la ley impuesta es que no tenemos claridad sobre cómo analizar los problemas que tenemos que resolver; entonces muchas veces copiamos propuestas técnicas, copiando atrás de esas propuestas técnicas la identificación del problema que se ha hecho en otra realidad. Entonces, cuando la discusión del modelo se tiñe de una discusión nacionalista, ayuda más que combatir la incorporación de legislación de un modo acríptico, porque en América latina todo es legislación importada legalmente, y después vamos a ver que si quisiéramos elaborar una legislación autónoma, tendríamos que mirar hacia otros sectores, tanto a las comunidades y pueblos que han desarrollado algo muy parecido a lo que llamamos sistema acusatorio, o a la práctica que está desarrollando la sociedad.

Estos ejemplos que voy poniendo, que se repiten en todos los países, estas mismas discusiones, con lo que se demuestra que es una preocupación seria de muchas comunidades jurídicas, ayudan a superar la discusión de modelos para ir a la discusión de problemas. Esto es lo que reclama una segunda etapa del proceso de reforma donde ya hay muchas ideas que están más claras y la concepción general de que hay que ir hacia cambios profundos. Ahora, para superar esta discusión de modelos, me parece importante comenzar a construir tres perspectivas de análisis:

En la perspectiva del análisis histórico sobre nuestros sistemas judiciales, no es casualidad que no exista una historia de los sistemas judiciales. En América latina existe un relato de los códigos aprobados o no aprobados, relatos de quienes estuvieron en la Corte Suprema, pero no hay un análisis histórico profundo del desarrollo de nuestros sistemas judiciales. Eso nos permitiría detectar muchos problemas que tienen base estructural, y realizar cambios con base histórica, es decir realizar cambios con conciencia histórica.

La dimensión de una superación del análisis por modelos tiene que ver con lo que podemos llamar la "perspectiva política" que nos tiene que llevar a ver el problema judicial

como un problema del gobierno de la sociedad. Todavía vamos a analizar por qué la discusión sobre los problemas judiciales no está enmarcada sobre una idea de gobierno, porque la idea de gobierno de la sociedad no está interiorizada en los operadores judiciales, en la comunidad jurídica; tiene que ver con la realidad también de que nuestros sistemas judiciales han gobernado muy poco.

Entonces la perspectiva política lleva al problema de la reforma judicial y de la justicia penal al gobierno de la sociedad; de lo que estamos hablando es de cómo se prepara el sistema judicial para asumir la cuota de gobierno de nuestras sociedades en un marco concreto.

En tercer lugar, está la "perspectiva empírica": aunque parezca increíble, todavía conocemos muy poco sobre el funcionamiento del sistema de justicia, casi nada. Inclusive una de las críticas más profundas que tenemos que hacer al proceso de reforma judicial en América latina, es que después de diez, de quince años de mucha actividad y mucha inversión, en algunos casos no se ha logrado construir todavía una recta información confiable acerca de los funcionamientos de los sistemas judiciales.

La discusión que teníamos al momento de mi primera intervención es una discusión importante; determinar si existe un grado de ineficacia del 98 % o del 50 %; es una discusión central en todo esto. Si es cierto que existe un grado de ineficacia del 98 %, entonces no tendríamos que discutir mucho, más bien hay que cerrar esto que tenemos y construir una cosa nueva; si no es cierto, hay que empezar a ver los elementos eficaces, y es importante este tipo de conocimiento empírico pero fíjense que, lo pongo como ejemplo ahora, aun ese caso tiene una falla enorme que se repite en todos los países: estamos contando causas. Uno no puede decir entran tantas causas o salen tantas causas y eso es como querer contar zanahorias con vacas, porque cada causa puede ser una cosa diferente y no solamente porque por supuesto la estadística siempre produce algún grado de uniformidad, sino que no podemos contar con una causa, un hurto simple, un hecho en flagrancia y una defraudación bancaria, y todas nuestras estadísticas judiciales viven contándolo como una causa. La causa, que es lo más averiado que hay y que tiene unas dimensiones enormes, siempre es contada como

una unidad; de ahí que la información que tenemos es poco confiable.

Ahora, esto que se viene discutiendo de por qué después de diez años no hemos podido tener información confiable sobre los sistemas, no deja de ser para mí todavía un misterio, porque además vivimos una época en la cual pareciera que el tener información empírica tiene prestigio. Sin embargo, en el caso del sistema judicial no se ha logrado construir esto. No conozco a fondo la situación de Colombia, y es uno de los países que más ha trabajado esto, pero también me parece —no sé, ustedes lo dirán— que no se ha desarrollado suficientemente este campo. Así, la primera perspectiva nos da conciencia histórica; la segunda, conciencia política. Es la tercera dimensión, la dimensión empírica, la que nos hace poner los pies sobre la tierra. Se ha discutido mucho; es una discusión permanente en nuestros países.

Hagamos reforma con los pies en la tierra. El único modo de poner los pies sobre la tierra es tener información confiable sobre los funcionamientos de los sistemas. Esta frase: "Pongamos los pies en la tierra", lo que esconde es la idea de que uno puede tener ideas, más valiosas o menos valiosas, de cómo hacer las cosas. Entonces, pocas veces un proceso de reforma tiene los pies sobre la tierra.

Aunque suene una frase muy fuerte, quisiera hacer un simple ensayo para demostrar un poco esto que digo: la necesidad de romper el modelo de discusión, éste sobre sistemas acusatorios, sistemas inquisitivos; hacer una pequeña explicación de lo que sería un análisis histórico y de qué importancia puede tener para llevarnos a comprender muchos de los problemas que hoy tenemos.

4. *El peso de la herencia inquisitiva*

El análisis histórico nos demuestra que aquello de lo que queremos salirnos, esto que llamamos reforma de la justicia, no es el modelo propio de la justicia de Occidente; se trata de un específico y concreto tipo de administración de justicia que se construyó en una época determinada, con fines determinados. Lo que conocemos como modelo inquisitivo, y que no es un modelo de proceso penal sino que es un conjunto completo de sistema judicial, es decir un modelo de juez, un

modelo judicial, un modelo de procedimiento y una cultura que se ha formado alrededor de esto, es la administración de justicia del Estado moderno; es la administración de justicia de la Monarquía Absoluta, y si hay algo que caracteriza a este sistema inquisitivo realizado en el siglo xvi, es que provoca una ruptura muy fuerte con todas las tradiciones anteriores, porque la Monarquía Absoluta es la primera vez que logra establecer, organizar un nuevo tipo de Estado, el Estado moderno con una gran cuota de poder, con una nueva forma de ejercicio del poder sobre territorios muy importantes y, por lo tanto, organiza un tipo de justicia al servicio de ese poder concentrado.

El sistema inquisitivo es el sistema judicial propio de un sistema político con poder concentrado, y por supuesto no es sólo un problema de la justicia penal, que hoy es tan inquisitiva como la justicia civil, como la contenciosa administrativa, como todos los modelos de la América latina y buena parte de los europeos todavía. Este sistema inquisitivo que está pensado en una determinada forma de poder, en un momento muy preciso, que es el Estado moderno, tiene unas características muy propias que por supuesto no fueron inventadas en ese momento sino que se van tomando instituciones del desarrollo de la historia; por supuesto se toman algunos elementos del derecho romano; se van tomando las instituciones que se conocen, pero se construye un modelo, una forma del sistema judicial que es totalmente nuevo, inédito para el desarrollo europeo, que venía trabajando sobre las matrices del derecho romano y el derecho germánico, que no tenía nada que ver en su esencia con esta nueva forma del sistema inquisitivo.

Este sistema inquisitivo tiene algunas características centrales y que ustedes las ven presentes hasta hoy día: en primer lugar, se construye como un sistema altamente verticalizado. El Poder Judicial que en la tradición jurídica romana-germánica era un poder fragmentado, vinculado a los intereses de las partes, a los jueces privados. No se puede explicar, por ejemplo en el desarrollo jurídico de Occidente, sobre la base del juez profesional; el juez profesional es un invento tardío, y todavía Carrara en 1860 piensa en el derecho procesal desde el jurado, no del juez profesional; inclusive Carrara usa una frase terrible, algo así como "Dios nos

libre de los jueces absolutos" porque él concebía que era una gran perversión de los sistemas judiciales y de la tradición jurídica.

Se construye como un sistema altamente verticalizado donde el poder jurisdiccional le corresponde al rey, y el rey lo que va organizando son distintos estamentos que van desplegando una pirámide, la cual va entregando parte de su jurisdicción, y por supuesto para que vuelva el poder hacia la cúpula. Todavía se enseña esto del efecto devolutivo de los recursos. Esto nace en el sistema inquisitivo y es el hecho de que se le está devolviendo al rey el poder jurisdiccional; entonces es un modelo de justicia en donde el rey está sentado y es el titular del Estado, es el Estado. Dice Luis XIV: "Yo soy el Estado" y va desplegando una justicia que se va haciendo como una pirámide vertical.

¿Esto qué tiene? Tiene un elemento importante: en el sistema inquisitivo la independencia judicial no existe, no puede existir por razones de estructuras; está pensado, está organizado para que no exista independencia judicial, para que los jueces sean transmisores de ese poder del rey; por eso todavía hoy, después de diez años de discusión intensa en América latina sobre el problema de la independencia judicial, no atinamos a encontrar el modo de sistemas independientes porque el sistema inquisitivo está construido para que no haya justicia independiente, para que los jueces sean funcionarios de una administración de justicia que es manejada desde el vértice del poder. Hoy no está el rey, pero están los Tribunales Superiores; están los Consejos de la Judicatura; están los estamentos superiores de los sistemas judiciales que siguen ejerciendo esta misma lógica con mayor o menor intensidad, con mayor o menor calidad. Es otro problema, pero ésa es la estructura.

A su vez, el sistema inquisitivo establece otro elemento que es central: el uso de la escritura. Por supuesto, esta pirámide necesita un modo de comunicación, y entonces el uso de la escritura no es solamente el uso de una nueva técnica de comunicación en esta época, sino que prácticamente genera un nuevo lenguaje. La Europa del siglo xvi era una Europa de cultura oral; era una Europa donde ni siquiera se podía usar el término de analfabeto, sino que no se utilizaba. En el mismo siglo se está inventando la imprenta. Recién

ahora se empieza a utilizar la escritura; es absolutamente inédita la justicia. Fue pensada como algo oral, inclusive cuando hoy día se trata de explicar todas las formas de los actos jurídicos utilizando las mismas categorías del derecho romano, pero se olvida que en el derecho romano las formas son de oralidad, y hoy las formas son formas de la escritura, y era algo totalmente diferente. En este contexto, la justicia nunca fue escrita y a partir de este momento se convierte en algo escrito y al convertirse en escrito se convierte en algo aislado.

Imaginense en el contexto de una Europa oral lo que podía significar una justicia escrita. Significaba una justicia secreta, profundamente secreta.

¿Hasta qué punto llega esto a nuestros días? Hace algunos años en Guatemala se decía que cómo vamos a poner la justicia oral en un país donde todos son analfabetos, y se tuvo que levantar uno de los magistrados de la Corte, que estaba a favor del cambio, y dijo: "discúlpeme. Esto está pensado al revés. ¿Cómo vamos a tener una justicia escrita en un país donde todos son analfabetos? Si viviéramos en un país de sordos y mudos, usted tendría razón".

Fijense hasta qué punto existe esta distorsión hoy. El efecto que produjo la justicia escrita lo sigue produciendo porque alrededor de la escritura se construyó todo un ritual, toda una liturgia que todavía no hemos abandonado, y no la hemos abandonado no por simple comprensión del problema, sino que tenemos que admitir algo que entonces se hizo con intención, o por lo menos se diseñó así, y que ahora todavía se sigue utilizando en el sistema judicial: el poder está en el trámite; el poder no está en la sentencia; el poder está en el ritual y en el trámite.

Inclusive el castigo está en el trámite; el castigo es el proceso; el castigo es la prisión preventiva; el castigo es la demora. El poder está en la ritualidad del trámite y esto es constitutivo del sistema inquisitivo. Por eso nos cuesta tanto cambiarlo, porque uno muchas veces se desespera diciendo que hacer las cosas de esta forma es más simple.

¿Cómo puede ser que sabemos que en los diez primeros días se juntaron todas las pruebas que existen y no sabemos por qué hay que esperar ocho meses para llegar al juicio oral? Hay que esperar ocho meses porque el poder está en el trámite;

no porque no se entienda que esto es más sencillo que lo otro. Al mismo tiempo, este sistema inquisitivo que se establece en esta época, crea otro criterio que es fundamental y existe hasta ahora y ustedes lo están viviendo, que es una justicia en la cual ya no interesa la discusión sino interesa el proceso de convencimiento de una persona en particular que es el inquisidor.

Entonces la verdad ya no va a ser una construcción del diálogo, del debate, de la discusión entre las partes, sino que es un proceso interior, casi moral, del descubrimiento de la verdad, que finalmente no va ser el resultado de un debate, sino una especie de afirmación de verdad con muchas connotaciones morales que hace una sola persona. Son sistemas unipersonales.

Fijense ustedes cómo esta tendencia al sistema unipersonal sí es vigente a pesar que le cambiemos los ropajes; va cambiando, pero sigue existiendo.

Muchas de las quejas que escuchaba en el debate, es que por ejemplo el sistema procesal colombiano sigue siendo el sistema de una persona, por más que se le cambie el nombre, y tiene sus raíces en esto, pues fue organizado el sistema inquisitivo para que sea de una sola persona y en el fondo los demás son auxiliares de la justicia; por eso en el sistema inquisitivo no hay litigio, lo que hay es el inquisidor que le pide auxilio al abogado, le pide auxilio a los testigos. La idea de auxiliar es del juez en el fondo, cuando si hoy se traslada esta lógica ustedes dirán que parece que todos los demás sujetos del proceso son auxiliares de la Fiscalía que es la que ha encarnado esta idea unipersonal, y un poco así también se está todavía en el marco del sistema inquisitivo.

Por último, este sistema inquisitivo tiene otra cosa que me parece que es muy importante: este nuevo ejercicio de poder que se hace en el Estado moderno tiene una enorme capacidad discursiva, es decir no sólo es una práctica de poder nuevo concentrado muy fuertemente sobre territorios más extensos, con este tipo de ejercicios de poder. La Europa de entonces era una Europa fragmentada de los sistemas feudales, que tiene una enorme capacidad de inventar realidades para simplificar su ejercicio de poder; esto es lo que algunos llaman la razón festiva de decir "a partir de esta época se elabora buena parte de las simplificaciones que van a ayudar a una gestión de poder más complicado".

Fijense que es la época de las nacionalidades; por eso se dice el Estado Nación, y si no fuera porque ahora este Estado moderno está en crisis, nosotros seguiríamos creyendo que España o Francia son una sola nación, o Alemania o Italia, y ahora empezamos a descubrir que los italianos del norte se quieren separar; que los franceses se han peleado toda la vida; los españoles consideran que son por lo menos de seis o siete nacionalidades distintas, y que en Europa, si se dejaran las fronteras más o menos libres, habría 500 países; es decir que es en este momento en el cual se inventan las nacionalidades: se inventa España; se inventa Francia; se inventan otro tipo de nacionalidades; eso es una práctica de poder muy importante. Se inventa el nuevo mundo porque ésta es la época donde nace la globalización, el sistema mundo, y para eso era necesario que apareciera esta última parte que termina de integrar todos los continentes.

Se inventa el nuevo mundo. Un mundo que tenía civilizaciones tan antiguas como las egipcias, aparece como un nuevo mundo; eso es una invención. Hay toda una discusión en México, muy interesante sobre ello, se conoce como la invención de América. También en esta época se inventa el mundo judicial, el mundo judicial en el que hoy estamos dispersos; es un invento discursivo de esta época y esto que es lo que genera una cosmovisión, una cultura que es propia de esta época, y esto sigue siendo uno de los obstáculos principales porque en realidad seguimos pensando en el contexto de esta cultura que no tiene que ver con la tradición anterior; por eso en gran medida el análisis histórico nos libera de la cosmovisión judicial, porque muchas veces creemos que estamos pensando en los problemas judiciales, que estamos pensando y mirando los problemas propios de un determinado sistema de justicia que fue inventado en determinada época; esto ha influido en el nivel de la percepción.

Si se hiciera una investigación entre los problemas que se perciben desde el interior del sistema judicial y los problemas que se perciben afuera del sistema judicial, hay una discordancia enorme; muchas veces esto que llamamos las reformas parciales y las reformas totales corresponden a dos visiones diferentes: las visiones del interior del sistema y las visiones desde fuera del sistema, y por eso a veces alguien decía que era un diálogo de sordos, y a veces es un diálogo de

sordos porque lo que se percibe como problema desde el exterior del sistema no tiene nada que ver con lo que se percibe como problema desde el interior del sistema.

Recuerdo una discusión que sosteníamos en Buenos Aires, datos muy concretos hechos por la Corte Suprema de que del 100 % de casos que entraban a la justicia penal, el 97 % no llegaba a nada, no tenía ni un sobreseimiento, una absolción o una condena, que son las salidas de calidad del sistema, cuando el sistema está diciendo: "Usted es culpable", "Usted es inocente", el resto eran salidas sin calidad, archivos, preclusiones; eso era que el sistema no había tomado una decisión. Eran sistemas en los cuales no se había tomado una decisión y los jueces se enojaban mucho con esto, pues decían "nosotros trabajábamos mucho" y es verdad porque ese 3 % era un montón de trabajo, pero es reconciliable porque desde afuera uno le podía decir "pero no interesa que usted trabaje mucho porque aquel 97 % es irreductible" y al mismo tiempo se decía que esto es injusto: ¿si yo trabajo 15 horas por día qué culpa tengo?, y el juez también tenía razón: ¿qué culpa tiene si estaban mal organizadas las cosas?

Entonces esta diferencia entre la visión interna y la visión externa ha generado y sigue generando todavía, y a mí me parece que aquí hay mucho de la discusión, esto ha generado buena parte de los malos entendidos de las reformas judiciales y de los debates y de las dificultades políticas para llevarlos adelante. Ahora, fíjense en esto, porque no es sólo un problema de fácil convencimiento porque al interior del sistema judicial se vive toda una cosmovisión determinada, toda una cultura de la cual hoy día los jueces, los fiscales y buena parte de la abogacía está atrapada y piensa en términos del sistema inquisitivo.

Esta cultura genera tres elementos que hoy están presentes en el sistema inquisitivo, la tarea de la justicia está pensada básicamente como una forma de garantizar la obediencia; lo que interesa es que la norma se cumpla para que el súbdito obedezca y toda norma lo que pone en cuestión es la autoridad del rey. Si lo trasladamos hoy día a una discusión en términos modernos, el concepto de acción pública y la excesiva estatalidad de esto sigue en este mismo marco, lo que hace que siempre que el conflicto no sea el conflicto pri-

mario entre el imputado y la víctima, sino que el conflicto del que se ocupa la justicia es del imputado que desobedeció al Estado, entonces el conflicto secundario es del que se ocupa la justicia. El conflicto primario no le interesa, lo expulsa; por eso las víctimas no aparecen; por eso el imputado si no aparece y no lo vemos mejor; por eso queda mediatizado por las distintas profesiones jurídicas, porque de lo que se va a ocupar trabajar la justicia es el conflicto secundario; "me desobedeció y por lo tanto tengo que restablecer la obediencia".

Alguien puso justamente un ejemplo, el caso de dos chicos que se pelean en la escuela, donde lo que interesa es que el chico desobedeció las normas de la dirección y no el otro que está con el ojo morado. Bueno, pero esto es muy profundo, porque todo el sistema judicial expulsa, aun en el caso civil, al conflicto primario y se queda con esta relación de desobediencia del derecho como si eso fuera lo primario; eso significa perder de vista la función del derecho. Yo diría que nuestros sistemas judiciales han perdido de vista, o no la han tenido nunca porque provienen del sistema inquisitivo, la función del derecho, o creen en una función del derecho.

La justicia piensa poco en sus finalidades políticas, porque pensar en sus finalidades políticas significa enfrentarlas a los procesos concretos que vive un determinado país, en un determinado momento; es decir que si la justicia se asume como un sistema de gobierno y no como la aplicación de principios celestiales, sino como un sistema de gobierno que tiene que ver con determinadas funciones de gobierno en la sociedad, tiene que estar atenta a los procesos políticos, por supuesto desde su propia característica de ejercicio de poder.

Esto no quiere decir que la justicia haga demás, o que la justicia pretenda actuar como parlamento o el Poder Ejecutivo, pero si la justicia no se piensa como un órgano de gobierno de la sociedad, queda flotando por fuera de la dimensión política. Pensar la dimensión política desde la idea de gobierno nos lleva por lo menos hoy a detectar a tres elementos que se suelen dejar al margen. En primer lugar, si hay una finalidad política clara, la justicia es la construcción de la paz. La construcción de la paz es una de las finalidades específicas del sistema judicial y que no le corresponde a los órganos de gobierno, que en condiciones normales no es un ges-

tor de la paz por supuesto, todos lo son en términos generales, pero al Poder Ejecutivo le corresponde administrar al Estado, recaudar los impuestos, organizar en general a la sociedad, ejecutar las políticas que al Parlamento le corresponde, bueno, lo que saben: convertir los acuerdos políticos, estabilizarlos a través de normas, porque de eso se trata: de que los acuerdos políticos que se hacen se conviertan en normas; eso sería lo que tendría que hacer un parlamento; y a la justicia le corresponde mantener la paz, construir la paz, pero no bajo la idea de orden porque, si no, caemos otra vez en lo mismo: en el conflicto secundario.

5. *Reforma penal como instrumento de paz*

Ayudar a que la sociedad construya la paz: ésa es la función de la justicia; lo hace a través del derecho, pero que lo haga a través del derecho es secundario. No es la finalidad de la justicia el administrar el derecho; la finalidad de la justicia es construir la paz. Hoy creemos bastante poco en esto; es una discusión que hay que dar, y creemos que usando el derecho se construye la paz, pero no hay que confundir el instrumento con la finalidad; el derecho es un instrumento de la paz; la justicia tiene como finalidad construir la paz de la sociedad; por eso a mí me parecía difícil de comprender el que se planteara la reforma judicial por fuera del contexto de la construcción de la paz en Colombia. Me parece imposible, y me parece que están las cosas desenfocadas y no es así porque se está manifestando que no pensamos una reforma judicial desde lo que tiene que hacer la administración de justicia. Entonces no me imagino cómo uno puede pensar una reforma judicial sin tener en cuenta lo que tiene que hacer.

Cuando en un banco hacen una reforma en su administración, lo que piensan es para qué existe el banco, o una empresa; cómo vamos a reformar la administración de justicia sin pensar para qué queremos la administración de justicia, sino en base a qué hacemos la reforma. Entonces lo primero es esto de la construcción de la paz, y para la construcción de la paz es necesario que la justicia se enfrente al conflicto primario, por varias razones: en primer lugar, porque la paz está en el conflicto primario, no en el orden; "a usted lo tengo que castigar porque desobedeció el derecho;

usted cometió un daño; ese daño hay que repararlo; si no lo podemos reparar lo vamos a castigar para que no lo haga de nuevo y para que los demás vean que no hay que hacerlo". Esto es otra discusión, pero la justicia debe enfrentar el conflicto primario y éste no es el que hay entre el fiscal y el imputado. El conflicto primario es entre la víctima y el imputado, el ofensor y el ofendido.

Sería largo ponerme aquí a explicar, y ya abusaría del tiempo, cómo va naciendo el Ministerio Público con relación a esta perspectiva; pero siempre la justicia se debe enfrentar al conflicto primario y la justicia lo que no ha hecho es enfrentarse al conflicto primario: en primer lugar, desplazó a la víctima y el fiscal dijo que todo esto es del Estado, que es una de las formas en las cuales en el sistema napoleónico asume la pretensión de totalidad, y también si puede saca al imputado, porque si la justicia se pudiera entender sólo entre abogados, seríamos todos más felices. Si fuera una especie de cuestión y sacamos la víctima y el cliente, que en verdad el cliente es una persona molesta, lo sacamos, entonces el abogado expulsa el cliente, se expulsa la víctima, y si podemos al imputado lo mandamos a una cárcel o que se vaya, y pasa a ser un acta; se ha abandonado absolutamente la estructura de enfrentarse la justicia, al conflicto, y por lo tanto no puede gobernar; no puede gobernar porque no puede pacificar; entonces cuando en algunos años se dijo en un congreso que se trataba de darle rostro humano a la justicia, significaba eso de personalizarla, de enfrentarse a esta conflictividad, porque el derecho, el instrumento del derecho es antes que nada un instrumento no violento.

Ustedes en su Constitución hablan de Estado social, democrático y participativo de derecho. Se define claramente así en la Constitución, pero eso me parece que se olvida y que antes que todos esos calificativos, el Estado de derecho es no violento; el Estado de derecho es un programa no violento de ejercicio de la política de vida en sociedad; antes que liberal, democrático o social, es no violento, porque el derecho es, por su propia definición, un instrumento que busca que no exista violencia; que los conflictos no se resuelvan en términos de uso de poder que siempre es violencia; entonces, si se pierde este rumbo, desaparece la idea de Estados de derecho y caen en cascada los demás.