



LA REFORMA A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA: LAS LECCIONES APRENDIDAS

Farid Samir Benavides • Alberto M. Binder • Carolina Villadiego
Catalina Niño • Coordinadora

**FRIEDRICH
EBERT** 
STIFTUNG

Programa de
Cooperación
en Seguridad
Regional

LA REFORMA A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA: LAS LECCIONES APRENDIDAS

Farid Samir Benavides Vanegas

Alberto M. Binder

Carolina Villadiego Burbano

Catalina Niño Guarnizo • Coordinadora

**FRIEDRICH
EBERT 
STIFTUNG**

**Programa de
Cooperación
en Seguridad
Regional**

Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol)

Calle 71 n° 11-90

Bogotá

Teléfonos (57 1) 254 14 14 / 347 30 77

www.fescol.org

PRIMERA EDICIÓN

Bogotá, junio de 2016

ISBN 978-958-8677-31-6

COORDINACIÓN EDITORIAL

Juan Andrés Valderrama

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Ángela Lucía Vargas

FOTOGRAFÍA DE LA CARÁTULA

Ángela Lucía Vargas

IMPRESIÓN

Disonex

Las opiniones expresadas en este libro son de responsabilidad de los autores y no traducen necesariamente el pensamiento de la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES).

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

Contenido

Presentación

Catalina Niño Guarnizo

— 9 —

La multitemática y diversa reforma a la justicia en América Latina

Carolina Villadiego Burbano

— 13 —

Reformas sustantivas relativas al reconocimiento de derechos de las personas.....	17
Reformas relativas a la estructura estatal que brinda servicios de justicia	22
Reformas procedimentales	33
Reflexiones acerca de la multiplicidad de reformas realizadas	38
Conclusiones	41
Referencias.....	43

— 5 —

Sistemas penales para adolescentes en América Latina

Carolina Villadiego Burbano

— 47 —

Introducción	47
Sistemas penales para adolescentes en la región	49
Conclusión	52
Referencias	52

La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo

Alberto M. Binder

— 54 —

La política judicial como política de largo plazo	54
Discusiones iniciales en el proceso de reforma.....	67
Primera etapa del proceso de reforma: reformas de primera generación.....	73
Problemas irresueltos en la primera etapa.....	78
Segunda etapa. El diseño y puesta en marcha de reformas de segunda generación.....	85
La persistencia de problemas anteriores y la aparición de nuevos	90
Una visión más amplia. La tercera generación de problemas y desafíos	95
Conclusiones.....	99
Referencias.....	101

Las reformas a la justicia en América Latina

Farid Samir Benavides Vanegas

— 104 —

Introducción	104
Objetivos declarados e indicadores para la evaluación	108
Contexto de las reformas, para establecer sus objetivos no declarados	116
Obstáculos a las reformas	119
Conclusión: las lecciones aprendidas.....	120
Referencias.....	121

Política criminal y seguridad

Farid Samir Benavides Vanegas

— 123 —

Introducción	123
La ausencia de una política criminal en América Latina.....	129
Los costos del delito y de la política pública.....	130
La reacción del Estado: más y más cárcel.....	131
Problemas de medición	133
Problemas delictivos.....	136
Conclusión.....	148
Referencias.....	148

Diez recomendaciones de política pública

— 151 —

Anexos

— 155 —

Anexo 1. Argentina. La reforma penal	156
Anexo 2. Chile. Reforma procesal penal: a quince años del inicio de su implementación.....	159
Anexo 3. México. La reforma a la justicia penal.....	162
Anexo 4. República Dominicana. Reforma a la justicia	165
Anexo 5. República Dominicana. Reforma procesal	170

Presentación

A pesar de sus profundas diferencias, los países de América Latina comparten algunos desafíos comunes muy significativos. Uno de los más relevantes en la actualidad es la inseguridad pública, vinculada con gran frecuencia a la violencia homicida. La región es la más violenta del mundo. A pesar de las importantes mejoras en materia de reducción de la pobreza y de crecimiento económico de los últimos años, en once de los dieciocho países contemplados en el Informe regional de desarrollo humano 2013-2014, *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), las tasas de homicidios llegan a niveles que la Organización Mundial de la Salud considera como epidémicas: más de 10 por cada 100.000 habitantes. En el mundo fue la única región en la que la violencia letal se incrementó entre 2000 y 2010: en 12%. Por supuesto, hay grandes diferencias entre los países y en algunos las tasas han disminuido significativamente, aun cuando siguen siendo muy altas al compararlas con las de otras regiones.

En cuanto a los robos, un delito de gran impacto social, también han aumentado de manera notable: en los últimos veinticinco años su tasa ha crecido para la mayoría los países latinoamericanos, y 6 de cada 10 son cometidos con violencia, en muchos casos con armas de fuego. Esto solo para mencionar los dos delitos más citados en estudios y análisis y más publicitados en los medios.

¿Cómo atender este problema? Es claro que las causas de la situación de violencia e inseguridad son diversas y que a la hora de diseñar políticas públicas para atender estas dinámicas la acción de los Estados debe contemplar distintos factores estructurales económicos, sociales, institucionales y culturales. En este sentido, desde hace varios años la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) viene trabajando sobre el problema de la violencia y la inseguridad en América Latina, en particular en lo que se relaciona con las dinámicas del crimen organizado en la región. El análisis de dichas dinámicas ha sido una parte importante de nuestro trabajo, dadas las implicaciones que los grupos criminales y sus actividades tienen para la gobernanza democrática en nuestros países. Una de las preocupaciones fundamentales de la FES, una de las bases de nuestros proyectos, es pensar en cómo fortalecer la democracia, mejorar la calidad de las instituciones públicas y promover una ciudadanía más informada y capaz de ejercer sus derechos. En esa línea, desde hace varios años venimos trabajando en la construcción y desarrollo de propuestas concretas de política pública que puedan contribuir en esos propósitos.

Partimos de la base de que para enfrentar la criminalidad y la delincuencia se necesita un aparato de administración de justicia eficaz y eficiente, que cuente con la confianza de la población en términos de su legitimidad para solucionar los problemas tanto de convivencia como de violencia e inseguridad. Ese aparato de justicia comienza con la policía, la institución pública con la que los ciudadanos tienen un contacto más directo y la cara del Estado frente a la comunidad. Así, en 2012 publicamos un libro sobre las reformas policiales en la región, planteando algunos lineamientos que desde una perspectiva progresista nos parecían claves en cualquier proceso de reforma de dichas instituciones¹.

Este libro es una continuación de ese esfuerzo propositivo, que parte de la convicción de que la reforma de los sistemas de justicia, no solo penal sino en su sentido más amplio, es tan necesaria como la de las policías y que

1 Patricia Arias, Héctor Rosada-Granados, Marcelo Fabián Sain. *Reformas policiales en América Latina. Principios y lineamientos progresistas*. Friedrich-Ebert-Stiftung, Programa de Cooperación en Seguridad Regional. Bogotá.

ambas deben ser parte de un mismo proceso. Aquí nos concentraremos en ese elemento fundamental del marco institucional, la justicia, fundamental para enfrentar un problema que, además de afectar la vida de los ciudadanos, tiene fuertes impactos negativos en el desarrollo socioeconómico y político de nuestros países.

Es sabido que en los países latinoamericanos la justicia es poco efectiva y poco accesible a la mayoría de los ciudadanos, que las capacidades de investigación y solución de casos son pocas, y que los sistemas están sobrecargados, entre otras por el acento en una tendencia de populismo punitivo que ha llevado al uso excesivo del sistema penal (aumento de penas, del número de conductas tipificadas como delitos, abuso de la prisión preventiva, entre otros), aún si desde una perspectiva progresista este debería ser el último recurso para atender las conductas punibles. Junto con las reformas policiales, las de los sistemas de justicia deben ser centrales en cualquier programa de reforma institucional que busque fortalecer al Estado y darle mayor legitimidad frente a la ciudadanía. El papel de la administración de justicia es fundamental para garantizar la calidad de la democracia. Una justicia accesible, eficiente, eficaz y con procesos transparentes y expeditos mejora las relaciones sociales, disminuye la criminalidad y la violencia y le da herramientas a las instituciones para enfrentar mejor amenazas complejas como la que representa el crimen organizado.

Por ello, hemos reunido a tres autores con amplios conocimientos sobre los sistemas de justicia de la región y sobre los procesos de reforma que se han llevado a cabo en la materia. Ellos nos presentan un panorama de lo que se ha hecho hasta ahora y de lo que está pendiente para mejorar el funcionamiento del sector.

En el primer capítulo, Carolina Villadiego se refiere a las reformas a la justicia no penal, señalando que en muchos casos estas también pueden tener un impacto en materia de seguridad y lucha contra el crimen organizado. A continuación, en un texto breve muestra la situación actual de la justicia para adolescentes, destacando la convivencia de nuevas doctrinas con viejas prácticas. Después, Alberto M. Binder hace un recorrido específico por las reformas a la justicia penal, analizando sus tres etapas, que están lejos de haber concluido. El texto es, además de una caracterización de las

concepciones y el desarrollo práctico que han seguido las reformas, una reflexión sobre los avances y retrocesos, y sobre las dificultades y obstáculos a su desarrollo. Farid Benavides recoge luego la discusión sobre los objetivos declarados y no declarados de las reformas y su vínculo con las dificultades para evaluar sus resultados, y se refiere a la necesidad de que los Estados desarrollen políticas criminales serias e integrales, no solo en el proceso de mejorar el funcionamiento de los sistemas de justicia, sino también en relación con la lucha eficaz contra las diversas formas de criminalidad, incluidas las más complejas como el crimen organizado. Al final del libro se presentan algunas recomendaciones que se deben tener en cuenta en los procesos de reforma a los sistemas de justicia, recogidas de las discusiones expuestas a lo largo de los capítulos anteriores. Para terminar con un anexo que incluye cinco textos, en los que se evalúan algunos asuntos de las reformas en Argentina, Chile, México y República Dominicana.

Los textos incluidos, y las conclusiones y recomendaciones, además de avanzar en el examen de una problemática clave para el combate a las diversas manifestaciones del crimen organizado y la criminalidad en América Latina, sirven de base para futuras investigaciones sobre la relación entre la administración de justicia, la lucha contra la criminalidad organizada, la violencia y la inseguridad, y el fortalecimiento de la gobernanza democrática y el imperio de la ley en la región.

CATALINA NIÑO GUARNIZO
Coordinadora

La multitemática y diversa reforma a la justicia en América Latina

Carolina Villadiego Burbano*

Este artículo tiene el propósito de describir y reflexionar acerca de las múltiples reformas realizadas a los sistemas de justicia en los países de América Latina durante las últimas tres décadas. Dado que otro texto de este libro se concentra en la reforma procesal penal realizada en casi todos los países de la región, este capítulo se concentra en el análisis de las otras reformas. El propósito es triple. Primero, mostrar que en las últimas décadas los sistemas de justicia han sido ampliamente reformados, por lo cual actualmente son, en buena medida, y al menos normativamente, distintos a los que existían en los ochenta. Segundo, mostrar que aun cuando las reformas efectuadas han generado avances sustantivos importantes en diversos campos, en otros, la falta de implementación adecuada y las carencias de evaluaciones serias sobre ellas han impedido conocer sus resultados reales. Tercero, evidenciar que varias reformas a la justicia, distintas a las penales o penitenciarias, impactan asuntos relacionados con el crimen organizado y la seguridad ciuda-

* Abogada por la Universidad de los Andes, Bogotá. Magister en derecho (LLM) por la Universidad de George Washington y en ciencia política y sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Directora de investigaciones de sistema judicial de Dejusticia, Bogotá.

dana, al modificar la estructura del sistema de justicia o al regular asuntos sustantivos y procedimentales en materia civil o mercantil que afectan los negocios lícitos e ilícitos desarrollados por el crimen organizado. Por este motivo, es necesario tener una visión omnicompreensiva del sistema de justicia y de las diversas reformas que se le han hecho, para analizar distintas estrategias para enfrentar el crimen organizado.

Ahora bien, los países de América Latina¹ tienen tradición de derecho continental europeo por su herencia colonial de España y Portugal (Hammergren, 1999), aun cuando dicha herencia tiene matices. Primero, porque varios incorporaron instituciones cercanas a la tradición anglosajona y, como resultado, sus sistemas de justicia pueden incorporar tradiciones legales diversas: juicios por jurados, control judicial de decisiones, entre otros (Hammergren, 1999). Segundo, porque mientras los países de Europa continental iniciaron procesos de reformas importantes a finales del siglo diecinueve, los latinoamericanos no hicieron dichas reformas, sino que generaron sus propias lógicas y prácticas (Duce, 2012: 192-193).

Durante el siglo veinte, varios países de la región emprendieron reformas constitucionales de envergadura (Gargarella, 2005), que usualmente trajeron consigo nuevos diseños institucionales en los sistemas de justicia². En las últimas décadas, además, se emprendieron otras, aun cuando algunas son anteriores a la década de los ochenta (Pásara, 2015: 131).

Dichas reformas respondieron a una gran variedad de objetivos y, por ello, son multitemáticas, incluso en los casos en los que un mismo país hizo varias.

1 En este texto, América Latina se refiere a los países de habla hispana y portuguesa de la región. De esta forma, se excluye a los que integran la Caricom (Caribbean Community: Comunidad del Caribe), aunque algunos de ellos estén ubicados en la región latinoamericana. Para mayor información de los países que integran la Caricom, véase, Ceja, 2009.

2 En este texto se usa “sistema de justicia” como término general que se refiere a las autoridades públicas y las demás personas autorizadas para resolver controversias en un país. Por tanto, no se refiere únicamente al poder judicial, sino que implica una visión amplia de la “justicia”.

Estas iniciativas han sido de muy diversa índole, y van desde reformas constitucionales, cambios estructurales en la administración de justicia y sanción de nuevos códigos civiles y penales hasta esquemas menos ambiciosos que tienen por objeto efectuar mejoras técnicas a los sistemas existentes (DeShazo y Vargas, 2006: 3).

A pesar de la diversidad, para efectos de una agrupación conceptual las divido en tres: 1) sustantivas, encaminadas a reconocer y hacer efectivos los derechos de las personas; 2) relacionadas con el diseño de la estructura estatal que se encarga de prestar los servicios de justicia; y, 3) procedimentales, orientadas a generar nuevos esquemas procesales. Esta clasificación no desconoce que hay reformas cuyos rasgos distintivos se desprenden de los tres grupos mencionados, como, por ejemplo, la modificación de los sistemas penales inquisitivos ocurrida en gran parte de la región (Duce, 2012: 189-191). Tampoco desconoce que en algunas circunstancias las reformas han implicado cambios sustantivos y procedimentales al mismo tiempo o que una modificación a la estructura del sistema de justicia puede implicar modificaciones sustantivas o procedimentales.

En general, en el primer grupo de reformas *sustantivas* se encuentran cambios relacionados con: 1) la “constitucionalización” de los derechos fundamentales de las personas, principalmente por medio de su consagración en constituciones que los países adoptaron en las últimas décadas; y 2) la creación de nuevos derechos para grupos poblacionales específicos (infancia, indígenas, mujeres), entre otros.

En el segundo están modificaciones a la *estructura estatal* encargada de brindar servicios de justicia, incluidos cambios en torno a: 1) los órganos encargados del “gobierno” y la “gerencia” judicial; 2) la implementación de tribunales especializados para resolver conflictos, 3) el traspaso a instancias administrativas de asuntos que eran competencia judicial; y, 4) la creación de mecanismos alternos al proceso judicial para resolver conflictos.

En el tercer grupo están reformas a los *procedimientos específicos*, e incluye: 1) el diseño de mecanismos especiales de protección de derechos constitucionales: acciones de amparo, tutela, grupo, clase, entre otras; y, 2) el desarrollo de nuevos esquemas procesales en el poder judicial para materias civiles, laborales y de familia.

Las reformas responden a propósitos particulares que, como se mencionó, no necesariamente son uniformes, ni siquiera cuando se trata del mismo tipo de reforma en diferentes países. Esta variedad de propósitos se puede resumir así: fortalecer el acceso a la justicia, proteger los derechos fundamentales, mejorar las instituciones encargadas de prestar servicios judiciales, descongestionar la justicia, optimizar su eficiencia, fortalecer la independencia de los jueces e implementar esquemas procesales acordes con Estados democráticos, entre otros (Pásara, 2015: 133-137).

Es importante mencionar que varias fueron impulsadas por organismos multilaterales como el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en especial en los asuntos relativos a mejorar la justicia civil y comercial en la región. Otras fueron promovidas por agencias de cooperación internacional (como USAID: United States Agency for International Development), en especial, aquellas en materia penal (Rodríguez, 2003: 425). Sin embargo, en palabras de Hammergren:

Las reformas financiadas por donantes, que se iniciaron en los años sesentas con el Movimiento de Derecho y Desarrollo, y en los años ochenta con los programas de administración de justicia de la USAID, introdujeron un conjunto de innovaciones más amplio, pero adolecían de la misma visión limitada y sus consiguientes restricciones sistémicas. La mayor parte de estos programas reconocían la mayor dimensión del problema, pero aún depositaban una gran confianza en la adición selectiva de algunos elementos que faltaban –por lo general, programas de capacitación, nuevos sistemas administrativos, mejores herramientas de investigación y técnicas para evaluación de pruebas (Hammergren, 1999).

Además, los cambios efectuados no solo respondieron a la incidencia externa, sino que en muchas ocasiones acontecieron debido a debates internos que coincidieron con agendas de organismos internacionales. Dos ejemplos ilustran este punto. El primero lo constituye la ola de reformas constitucionales recientes que devino en la adopción de nuevas constituciones, nutrida a partir de otras experiencias internacionales, pero profundizada con ideas propias innovadoras (Uprimny y Sánchez, 2013). El segundo es la implementación de la reforma procesal penal en América Latina, que aun cuando estuvo influenciada por la agenda de Estados Unidos (Pásara, 2015: 134), también

fue impulsada en muchos países a consecuencia de las transiciones democráticas, el desgaste del sistema inquisitivo y la influencia de grupos nacionales que la promovieron (Duce, 2012: 197-200).

De esta forma, a continuación este documento describe y analiza de manera general los tres grupos de reformas, sin referirse a aquella relativa a la modificación del sistema procesal penal. Posteriormente, se presentan unas reflexiones acerca de las reformas realizadas, y, finalmente se exponen unas conclusiones generales.

Reformas sustantivas relativas al reconocimiento de derechos de las personas

Derechos de las personas reconocidos en las constituciones

En general, en las últimas tres décadas casi todos los países de América Latina adoptaron nuevas constituciones (Gargarella, s. f.: 1), y algunos incluso lo han hecho varias veces. Ciertas reformas fueron promulgadas luego de transiciones a la democracia, y por ello, su objetivo central era controlar el presidencialismo exacerbado (p. 2). Recientemente, varios países adoptaron nuevas constituciones fundadas en fuertes presidencialismos (Uprimny y Sánchez, 2013), por lo cual, “para bien o para mal, la vocación presidencialista de los regímenes políticos latinoamericanos continúa siendo parte del acervo constitucional característico de la región” (Uprimny y Sánchez, 2013).

Las nuevas constituciones tienen rasgos comunes: la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y la inclusión de derechos que antes solo estaban regulados legalmente: infancia, vejez, entre otras (tabla 1) (Gargarella, s. f.: 11); el reconocimiento de derechos sociales como derechos constitucionales: recreación, alimentación, ambiente, entre otras (p. 11); y la creación de algún tipo de mecanismo constitucional para proteger estos derechos: amparo/protección (Uprimny y Sánchez, 2013).

Tabla 1. Cambios sustantivos asociados al reconocimiento de derechos

País	Año de constitución	Catálogo amplio de derechos fundamentales	Mecanismos de participación ciudadana (Al menos: consulta, o referendo, o iniciativa legislativa popular)
Argentina	1994	Sí	Sí
Bolivia	2009	Sí	Sí
Brasil	1988	Sí	Sí
Chile	1980	Sí	Sí
Colombia	1991	Sí	Sí
Costa Rica	1949	Sí	Sí
Ecuador	2008	Sí	Sí
El Salvador	1983	Sí	Sí
Guatemala	1985	Sí	Sí
Honduras	1982	Sí	Sí
México	1917	Sí	Sí
Nicaragua	1987	Sí	Sí
Paraguay	1992	Sí	Sí
Perú	1993	Sí	Sí

Fuente: elaboración propia con base en las constituciones nacionales de los países.

Adicionalmente, las nuevas constituciones reconocieron mecanismos específicos para fortalecer la participación ciudadana en las decisiones públicas, lo que implica también una forma de promover el respeto por sus derechos constitucionales (Uprimny y Sánchez, 2013). En efecto, esta forma de entender la democracia “podría ser teorizado como una ambiciosa tentativa por articular formas más clásicas de democracia representativa, que suelen enfatizar la dimensión deliberativa de la democracia, con visiones más radicales de democracia participativa” (Uprimny y Sánchez, 2013).

Así, se crearon: consultas populares, referendos, iniciativas legislativas populares, plebiscitos, entre otras (Zovato y Orozco, 2008: 136). La diversi-

dad en la regulación de dichos mecanismos es amplia entre los países, e incluso, los elementos centrales para comprender a cada uno de ellos, varían. Por ejemplo, algunos países tienen consultas obligatorias automáticas (p. 141) y materias excluidas (p. 142); algunos tienen referendos populares que permiten derogar leyes (p. 142); y algunos tienen mecanismos de iniciativa ciudadana para proponer leyes (p. 142). En muchos casos, estos mecanismos no son solo nacionales, sino también locales/municipales (p. 143).

En todo caso, su uso puede no haber sido significativo, ya que “en cuanto a los resultados de la aplicación de estos mecanismos, cabe destacar que en nuestra región han tenido un resultado mixto, oscilante entre intentos de manipulación neopopulista y posiciones conservadoras o tradicionalistas” (Zovato y Orozco, 2008: 143). Pero, sin duda, la inclusión de estos mecanismos representa un avance importante para garantizar una democracia más participativa y muestra un rasgo determinante de las reformas constitucionales.

Pluralismo jurídico: los derechos de pueblos indígenas y otros grupos étnicos

Otra de las reformas se relaciona con el reconocimiento del pluralismo jurídico en varios países de la región. América Latina tiene alrededor de quinientos veintidós pueblos indígenas, siendo la concentración de esta población alta en países como Bolivia y Guatemala (Unicef, s. f.: 1, 2). Según censos realizados entre 2000 y 2008, la población indígena asciende a 28'858.580 en la región (pp. 1, 2). Además, la población afrodescendiente es significativa, pues “algunos estudios arrojan cifras que van desde los 80 millones hasta los 150 millones de afrodescendientes en Latinoamérica y el Caribe” (Antón et al., 2009: 32).

Las reformas en este ámbito hacen parte de un proceso de reconocimiento de los derechos y tradiciones jurídicas de estas poblaciones, con mayor énfasis en los casos de pueblos indígenas. Varias constituciones incorporaron regulaciones relacionadas con el pluralismo jurídico, aunque hay diversos grados de reconocimiento multicultural entre los países. Dichos cambios se dieron en “Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991),

Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994), Venezuela (1999) y, sobre todo, Ecuador (2008) y Bolivia (2009)” (Rodríguez y Baquero, 2015: 29).

Las reformas también han implicado, por un lado, un reconocimiento “judicial” de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, no solo mediante las constituciones y leyes, sino también por medio del uso de recursos judiciales de protección de dichos derechos (Rodríguez y Baquero, 2015: 30-32). Por otro, el reconocimiento de derechos específicos atribuidos de manera exclusiva a los pueblos indígenas y comunidades negras, tales como circunscripciones electorales específicas e incorporación de jurisdicciones propias, entre otras (tabla 2) (Uprimny, 2011: 3).

Este tipo de reformas tuvieron dos consecuencias significativas. Por un lado, el reconocimiento del pluralismo y los derechos de poblaciones que han sido discriminadas en varios países de la región, y, por otro, la consolidación de un sistema de justicia complejo que comprende no solo a

Tabla 2. Derechos de grupos étnicos en las constituciones nacionales

País	Incorporación de derechos de grupos étnicos en la constitución (usualmente, indígenas)	Reconocimiento de jurisdicción indígena o consuetudinario
Argentina	No	No
Brasil	Sí	No
Bolivia	Sí	Sí
Chile	No	No
Colombia	Sí	Sí
Ecuador	Sí	Sí
Guatemala	Sí	No
México	Sí	Sí
Paraguay	Sí	Sí
Perú	Sí	Sí

Fuente: elaboración propia con base en las constituciones nacionales de los países.

los jueces como personas encargadas de administrar justicia, sino también distintos tipos de justicia comunitaria que fomentan un sistema jurídico de tendencia multicultural.

Especialización sustantiva de materias en el sistema de justicia

Las reformas sustantivas relacionadas con el reconocimiento de derechos de las personas incluyen también la independización de ciertas materias dentro del sistema de justicia (Villadiego, 2007: 29). Durante mucho tiempo, los países tenían divididos sus sistemas judiciales en dos grandes áreas: civil y penal. Pero debido al cambio en las relaciones sociales, al desarrollo del movimiento de derechos humanos y a la constitucionalización de los derechos fundamentales, una de las reformas sustantivas fue la especialización de materias en el amplio ámbito de la “justicia civil” (p. 29).

En la actualidad, en general, la justicia civil dejó de englobar las materias familiares y laborales, entre otras (Villadiego, 2007: 29-31). Este tipo de reformas se hicieron en una gran mayoría de casos antes –o a la par– de la adopción de las nuevas constituciones. Estos cambios tienen explicaciones generales y específicas, y entre las generales se pueden describir dos. Primero, varias reformas fueron inspiradas a partir del movimiento de derechos humanos consolidado en la segunda mitad del siglo veinte, que afianzó derechos específicos: laborales, sindicales, sociales, pensionales, entre otros (Villadiego, 2007: 29). Segundo, la transformación de las sociedades durante el siglo veinte implicó nuevas dimensiones de las relaciones sociales que generaron controversias antes inexistentes (comercio electrónico, por ejemplo), y que hicieron necesario contemplar nuevos derechos (Villadiego, 2007: 59). En todo caso, esto no implicó el abandono de formas tradicionales de relación entre las personas derivadas de conflictos por tierras o cobranza de deudas, lo que incrementó la cantidad de controversias que pueden ser conocidas por el sistema de justicia.

Por otro lado, las explicaciones específicas se relacionan con cada materia en particular. Por ejemplo, en la justicia laboral, los movimientos sociales del siglo veinte tendentes a reconocer derechos de los trabajadores generaron una “justicia del trabajo” con lógica propia. Durante ese siglo

se adoptaron *leyes obreras* que implicaron la promulgación de normas para proteger garantías laborales específicas (Bronstein, s. f.). Además, los modelos económicos implementados durante el siglo veinte impactaron las regulaciones laborales, lo que devino en reformas que redujeron algunos derechos de los trabajadores (subsidios, pensiones, entre otras) (Bronstein, s. f.).

Otro ejemplo son las materias familiares, y recientemente, los asuntos que afectan los derechos de la infancia y la adolescencia. Por ejemplo, después de la adopción de la Convención internacional sobre los derechos del niño (1989), la mayoría de países de la región adoptaron

leyes generales de protección o códigos de niñez. Son los casos de la Argentina (2005), Bolivia (Estado plurinacional de) (1999), el Brasil (1990), Colombia (2006), Costa Rica (1998), el Ecuador (2003), El Salvador (2009-2010), Guatemala (2003), Honduras (1996), México (2000), Nicaragua (1998), el Paraguay (2001), el Perú (1992), la República Dominicana (2003), el Uruguay (2004) y Venezuela (República Bolivariana de) (2000) (Morlchetti, 2013: 10).

En suma, desde la segunda mitad del siglo veinte, los países de la región iniciaron procesos de especialización de materias y sub materias, especialmente en el ámbito de lo que antes se denominaba “civil” (tabla 3). Esto se debe, principalmente, a que los movimientos de derechos humanos, las luchas sociales y el cambio en las relaciones entre las personas generaron especialización en los sistemas judiciales de la región. Aunque esta independización tiene rasgos generales, no es homogénea entre los países. Por ejemplo, la mayoría tiene especializadas las áreas laborales y de familia de los asuntos civiles, mientras que solo algunos independizaron otras materias: agrarias y contencioso-administrativas, por ejemplo (Villadiego, 2013: 25-27).

Reformas relativas a la estructura estatal que brinda servicios de justicia

La adopción de nuevas constituciones también generó en muchos países la reconfiguración de aspectos centrales de la estructura estatal que brinda servicios de justicia. En general, estos cambios se agrupan en cuatro: 1) el diseño y la organización de los órganos encargados del gobierno judicial; 2) la imple-

Tabla 3. Áreas especializadas en el sistema de justicia no penal en América Latina en 2012

País	Civil mercantil	Laboral social	Familia	Contencioso administrativo	Multicompetente	Otros
Argentina	Sí	Sí	Sí	Sí	S/D*	S/D
Bolivia	Sí	Sí	Sí	Sí	S/D	Sí (Agrario)
Brasil	Sí	Sí	S/D	S/D	Sí	S/D
Chile	Sí	Sí	Sí	No	S/D	Sí (Cobranza previsional)
Colombia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (Agrario)
Costa Rica	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (Pensiones alimentarias, agrario)
Rep. Dominicana	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (Niñez y adolescencia)
Ecuador	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (Inquilinato, relaciones vecinales)
El Salvador	Sí	Sí	S/D	Sí	Sí	Sí (Inquilinato)
Guatemala	Sí	Sí	Sí	S/D	Sí	Sí (Niños, niñas y adolescentes)
Honduras	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (Niñez y adolescencia, inquilinato)
Nicaragua	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	S/D
Panamá	Sí	Sí	Sí	S/D	Sí	Sí (Niñez y adolescencia y libre competencia)
Paraguay	Sí	Sí	S/D	Sí	Sí	Sí (Niñez y adolescencia)

* S/D: sin dato.

Fuente: Villadiego, 2013: 26.

mentación de tribunales especializados para resolver conflictos; 3) el traspaso a instancias administrativas de asuntos que antes eran competencia de los jueces; y 4) la creación de mecanismos alternos de solución de conflictos.

Modificaciones al esquema del gobierno judicial

Una reforma de gran envergadura se relaciona con el diseño de nuevos esquemas de gobierno judicial. La definición de “gobierno judicial” no es unívoca en la región (Ceja, 2006), pero sus funciones genéricas pueden agruparse en tres: 1) atribuciones para garantizar la independencia de los jueces sin caer en un corporativismo judicial extremo; 2) estabilidad judicial, que en América Latina se ha traducido como mecanismos de carrera judicial; y, 3) representación del poder judicial en un ámbito político externo (Vargas, 2006: 5-7).

Las reformas en el gobierno judicial en la región usualmente implicaron la adopción de consejos de la judicatura/magistratura encargados de distintas funciones (tabla 4). Al respecto, Vargas dice:

La respuesta ideada en América Latina para generar un gobierno judicial que evitara la afectación de la independencia externa de los jueces –que era lo que sucedía cuando estaba en manos del poder ejecutivo o del legislativo– y que a su vez escapara de los riesgos para la independencia interna –que se presentaría de concentrarlo en la Corte Suprema–, fue la creación de los consejos de la justicia (o de la judicatura o de la magistratura). Se desarrollaron así organismos especializados para asumir este rol con una integración plural, tanto de los distintos poderes del Estado como, en algunos casos, también de la sociedad civil (Vargas, 2006: 7).

El diseño de los consejos fue diverso, y en los países se adoptaron modelos distintos (Vargas, 2006: 7-8). Actualmente, hay consejos que son independientes de otros sectores jurisdiccionales aun cuando pertenecen al poder judicial; y otros que son subordinados a las cortes supremas (pp. 7-8). En este último caso, la regla general es que sus miembros sean funcionarios del poder judicial o elegidos por ellos mismos, aunque en algunos se pueden encontrar miembros externos (Costa Rica, por ejemplo. Ley 7333 de 1993, artículo 67).

Tabla 4. Creación de un órgano encargado de funciones de gobierno judicial

País	Consejo de la Judicatura/Magistratura (independiente de Corte Suprema)	Cortes supremas u órgano dependiente de ella
Argentina	X	
Brasil	X	
Bolivia	X	
Chile		X
Colombia*	X	X
Costa Rica		X
Ecuador	X	
El Salvador	X	
México	X	
Nicaragua		X
República Dominicana	X	
Uruguay		X

* Colombia: en la reforma constitucional establecida en el acto legislativo 02 de 2015 se creó un nuevo esquema de gobierno judicial que contempla un “Consejo” que podría categorizarse más como un órgano dependiente de las jurisdicciones y una gerencia judicial. Sin embargo, aún no ha terminado la transición del Consejo Superior de la Judicatura anterior, por lo cual el país tiene actualmente los dos escenarios.

Fuente: elaboración propia con base en las constituciones nacionales de los países.

La falta de uniformidad en el diseño de los consejos se observa también en el método de designación de sus miembros y las funciones encomendadas a ellos. Respecto del sistema de nombramiento, este varía significativamente: en varios países, los miembros son nombrados por representantes del poder judicial, del poder ejecutivo y del poder legislativo. Por ejemplo, en Argentina, el Consejo de la Magistratura Federal tiene diecinueve miembros que representan a jueces, abogados, academia, al poder ejecutivo y al legislativo (ley 26.855 de 2013, artículo 2°). En Colombia, una reciente reforma constitucional modificó el Consejo Superior de la Judicatura y lo reemplazó por uno compuesto por nueve funcionarios, siendo la mayoría de la rama judicial y los demás elegidos por ellos mis-

mos (Constitución política, artículo 254). En Bolivia, los miembros del Consejo son elegidos por sufragio universal, luego de que la Asamblea Legislativa propone la lista de candidatos (Constitución plurinacional, artículo 194).

Respecto de las funciones de los consejos, estas son diversas en los países de la región. Varios tienen a su cargo los sistemas de nombramiento de jueces; algunos ejercen también la función disciplinaria de los jueces; y otros administran al poder judicial (Hammergren, 2002: 3, 4; Pásara 2015: 147). Por ejemplo, en Argentina, el Consejo administra el poder judicial y selecciona a los jueces (Constitución, artículo 114); en Bolivia ejerce el régimen disciplinario y el control del manejo administrativo (Constitución plurinacional, artículo 193); y en Ecuador es el “órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial” (Constitución, artículo 178).

La reforma al gobierno judicial continúa discutiéndose en diversos países de la región. En los últimos años, además, han aparecido nuevas estructuras de gobierno judicial o modificaciones sustantivas a las existentes, derivado de la promulgación de nuevas constituciones (Bolivia, Ecuador, por ejemplo), o de reformas constitucionales (Colombia, por ejemplo). Una posible explicación se relaciona con que, en general, el desempeño de estos organismos ha sido considerado como desfavorable (Hammergren, 2008: 97). Otras explicaciones se refieren a la necesidad de las altas esferas del Estado de controlar dichos órganos, siendo que esa necesidad puede venir del poder ejecutivo (Pásara, 2014b: 95) o del mismo poder judicial.

Creación de tribunales especializados

Otra reforma significativa emprendida en los sistemas de justicia de la región ha sido la creación de tribunales especializados para determinadas controversias, en algunas ocasiones por fuera de la estructura del poder judicial. Dos ejemplos ilustran estas reformas. Por un lado, la creación de cortes o tribunales constitucionales (Hammergren 2002: 1), y, por otro, la creación de órganos jurisdiccionales para resolver controversias electorales (tabla 5) (Zovato y Orozco, 2008: 117).

Tabla 5. Creación de tribunales para ejercer funciones jurisdiccionales especializadas

País	Corte/Tribunal constitucional	Tribunal electoral autónomo en la estructura del Estado
Argentina	No	No
Brasil	No	No
Bolivia	Sí	Sí
Chile	Sí	Sí
Colombia	Sí	Sí
Costa Rica	No	Sí
Ecuador	Sí	Sí
El Salvador	No	Sí
Guatemala	Sí	Sí
Honduras	No	Sí
México	No	No
Nicaragua	No	Sí
Perú	Sí	Sí
República Dominicana	Sí	Sí
Uruguay	No	Sí
Venezuela	No	No

Fuente: elaboración propia con base en constituciones nacionales y Zovato y Orozco, 2008.

Del lado de los tribunales constitucionales, las reformas encaminadas a generar un tribunal independiente y diferenciado de los demás sectores judiciales han sido distintas en la región. En primer lugar, no todos los países han seguido este camino (algunos, simplemente fortalecieron –o crearon– salas constitucionales en sus cortes supremas); e incluso, cuando crearon tribunales constitucionales, algunos lo hicieron dentro del poder judicial, mientras que otros los convirtieron en órganos autónomos en la estructura del Estado (Marroquín, 2004: 101).

En segundo lugar, hay diversidad en el número de miembros de los tribunales constitucionales y en las funciones asignadas a estos. En materia de

funciones, por ejemplo, los tribunales creados usualmente ejercen control constitucional de las leyes; pero tienen diferencias en otras de sus competencias. Así, en Chile, el tribunal constitucional resuelve los asuntos de constitucionalidad de los autos que expide la Corte Suprema y otros jueces del país (Constitución, artículo 93, numeral 2º); en Perú conoce los conflictos de competencia que se suscitan (Constitución, artículo 202, numeral 3º); y en Colombia selecciona la revisión de acciones de tutela (Constitución, artículo 241, numeral 9º).

Del lado de los tribunales electorales, varios países cuentan con ellos desde inicios del siglo veinte, y son de naturaleza autónoma frente al poder ejecutivo y legislativo, y algunas veces incluso frente al poder judicial (Zovato y Orozco, 2008: 117-120). Sin embargo, su diseño y sus funciones varían en la región (pp. 120-127).

Las reformas emprendidas a estos tribunales se relacionan con: 1) el fortalecimiento de su autonomía funcional y técnica; 2) la ampliación de sus atribuciones; y, 3) la garantía de su imparcialidad (Zovato y Orozco, 2008: 121-122). Respecto de lo primero, la reforma ha consistido en que el tribunal cuente con autonomía expresa, se le confiera personalidad jurídica y patrimonio público y tenga facultades reglamentarias (p. 122).

Respecto de las reformas que amplían las atribuciones de los tribunales electorales:

se les ha encomendado también el registro electoral, (...), la delimitación de los distritos electorales, la supervisión de las campañas electorales y el registro y financiamiento de los partidos políticos. (...) la fiscalización de los recursos de los partidos políticos, la supervisión de los procedimientos internos de los partidos políticos para la selección de sus dirigentes y candidatos a cargos de elección popular, (...) la realización de los instrumentos de democracia participativa o semidirecta y la reglamentación de normas legales electorales (Zovato y Orozco, 2008: 123).

Por último, las reformas encaminadas a garantizar la imparcialidad de estos tribunales han pretendido “despartidizar” la conformación de los tribunales mediante la reducción de la participación de los partidos, depurar el sistema de designación de sus miembros y otorgarles un tipo de estabili-

dad que garantice su independencia: dedicación exclusiva, buena remuneración, estabilidad en el cargo, entre otras (Zovato y Orozco, 2008: 122-123).

Este tipo de reformas generaron la ruptura de una máxima autoridad del poder judicial en sentido jurisdiccional, pues en aquellos países en los que existen tribunales constitucionales u otros tribunales de rango superior, la Corte Suprema dejó de ser la única unidad de cierre. Lo anterior, por supuesto, no ha estado exento de controversias, pues en algunas ocasiones se han generado enfrentamientos entre dichas instancias.

Traspaso de asuntos y controversias a instancias administrativas

Otra de las reformas emprendidas a la estructura del sistema de justicia es el traspaso de controversias que eran resueltas por el poder judicial a instancias administrativas, que en algunas ocasiones puede verse como una “desjudicialización” de asuntos. Ha estado atravesada por una pregunta: ¿qué asuntos necesitan realmente ser conocidos por los jueces y cuáles pueden ser conocidos por otras autoridades no judiciales? (Villadiego, 2007: 60).

Esta reforma tuvo dos ejes: 1) fortalecer el sistema registral y notarial para que se encargara de ciertos trámites: matrimonios, separaciones, procesos hereditarios, cambios en el estado civil, entre otras (Villadiego, 2007: 47-48); y, 2) entregar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, por ejemplo, en casos de consumo.

El grado de extensión de la reforma varía entre los países e incluso difiere dentro de uno mismo. En algunos se amplió el uso de notarías para la realización de diversos trámites relacionados con el estado civil de las personas (cambio de nombre, por ejemplo), y para hacer otros trámites en los que las partes están de acuerdo en la solución. En otros se autorizó a autoridades administrativas para ejercer funciones jurisdiccionales, y por ello, entidades del poder ejecutivo pueden resolver conflictos como si fueran jueces (superintendencias, en el caso de Colombia, por ejemplo).

Este grupo de reformas enmarca diversos debates de política pública. Por ejemplo: ¿cuáles son los asuntos y controversias que deben ser de

conocimiento del poder judicial y cuáles pueden ser resueltos por otras autoridades?

En el corazón de la pregunta hay dos debates. El primero es si los jueces deben resolver solo controversias o conflictos entre partes y los demás asuntos que no tengan estas características deben ser tramitados por otras autoridades. A este respecto, algunas legislaciones nacionales han comprendido que los jueces solo deben resolver conflictos, y por ello, el trámite de otros asuntos se hace en otras instancias (distribuciones de herencias por mutuo acuerdo, por ejemplo). Otras han definido que determinados asuntos comprenden un interés público relevante, y por ello, la decisión debe ser judicial aunque no exista necesariamente un conflicto entre partes (adopción, por ejemplo). Y algunas han modificado su visión alrededor de ciertas “controversias”, para redefinirlas como asuntos de naturaleza más administrativa (contravenciones de tránsito, por ejemplo).

El segundo debate es si solo los jueces que pertenecen al poder judicial deben ser los encargados de resolver controversias o si esta facultad jurisdiccional puede ejercerla otra autoridad que no pertenezca al poder judicial. Este asunto ha generado controversia, en especial si se ve como una estrategia para crear “funciones judiciales” paralelas en lugar de fortalecer al poder judicial, y como una estrategia que brinda una justicia más eficiente a personas ricas. Por otro lado, ante la cantidad de necesidades jurídicas de la población de cada país, para la ciudadanía es fundamental establecer mecanismos que fortalezcan el acceso a la justicia, así sea mediante formas diversas al poder judicial.

De esta forma, el traspaso de asuntos a autoridades administrativas es otra de las reformas emprendidas en la región. La diversidad de motivaciones es amplia, el diseño en cada lugar es distinto y sus resultados deben ser evaluados.

Implementación extendida de mecanismos alternos al proceso judicial para resolver conflictos

El cuarto grupo de reformas a la estructura del sistema de justicia se relaciona con la implementación de mecanismos alternos al proceso judicial para resolver conflictos. Esta reforma ha estado atravesada por una pregunta central: ¿qué asuntos pueden ser resueltos por medio de mecanismos que no involucren principalmente a autoridades judiciales o administrativas, es decir, que sean alternos al proceso judicial?

En América Latina, varios países han definido en las últimas décadas los tipos de controversias que pueden ser resueltas a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otras (Villadiego, 2007: 60). Debido a que la naturaleza del arbitraje es de carácter adjudicativo, pues un tercero resuelve la controversia, se debate si es un mecanismo alternativo de solución de conflictos (Mera, 2013: 380, n. 3). Sin embargo, varias legislaciones nacionales que lo regulan lo hacen en el marco de los “mecanismos alternos de solución de controversias” (tabla 6).

En general, este tipo de reformas se hicieron con el ánimo de cumplir con una multiplicidad de objetivos: 1) descongestionar los poderes judiciales; 2) fortalecer el acceso a la justicia; 3) generar mecanismos menos formales, más pacíficos y donde las partes son fundamentales para arreglar la controversia, para resolver conflictos, entre otras (Mera, 2013: 384).

Actualmente, la mayoría de países tiene arbitraje para la resolución de controversias comerciales y también la mediación y/o conciliación para la gestión y solución de conflictos civiles, laborales y familiares, entre otras (Villadiego, 2007: 48-49).

Respecto del arbitraje, este mecanismo promueve que las partes accedan a un “árbitro” que resuelve su controversia, esto es, un particular que administra transitoriamente justicia. Algunas críticas a este mecanismo en esferas y debates académicos es que constituye una “justicia de élite”, ya que son los poderosos quienes más lo usan.

En lo que hace referencia a la conciliación y a la mediación, estos mecanismos permiten que las partes busquen la intermediación de un tercero

Tabla 6. Reformas que introducen mecanismos alternos al proceso judicial

País	Tema	Año	Nombre de la reforma	Fuente
Argentina	Mediación obligatoria	2010	Ley 26.589. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales	http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/165000-169999/166999/norma.htm
Brasil	Arbitraje	1996	Ley 9.307 de 23 de setiembre de 1996	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm
Bolivia	Arbitraje y conciliación	1997-2015	Leyes 1770 de 1997 y 708 de conciliación y arbitraje	http://doctrinal.lex.blogspot.com.co/2015/06/ley-708-de-conciliacion-y-arbitraje-de.html
Colombia	Arbitraje	2012	Ley 1563 del 2012, estatuto de arbitraje nacional e internacional	http://conciliacion.gov.co/portal/Arbitraje/-Qui%C3%A9-es-Arbitraje/Ley-1563-del-2012
	Conciliación	1991-1998-2001	Leyes 23 de 1991, 226 de 1998 y 640 de 2001	http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3992
Costa Rica	Mediación y arbitraje	2006	Ley 2006-014, ley de arbitraje y mediación	http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ecuador%20-%20Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf
El Salvador	Mediación y arbitraje	2002	Ley de mediación, conciliación y arbitraje	http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indic-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-mediacion-conciliacion-y-arbitraje
Guatemala	Arbitraje	1995	Ley de arbitraje	http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/GTM/Arbitraje_s.pdf
Honduras	Conciliación y arbitraje	2000	Ley de conciliación y arbitraje, decreto 161-2000	http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/honduras/lconyarb.asp
Panamá	Arbitraje, mediación y conciliación	1999	Decreto ley 5 de 1999	http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/comercial/dl051999.pdf
Perú	Arbitraje	1995	Decreto legislativo 1071	http://campecam.tripod.com/id11.html
	Conciliación	1997	Ley 26872 de conciliación	http://campecam.tripod.com/id12.html

Fuente: elaboración propia, con base en las fuentes definidas en la tabla.

(conciliador/mediador) para que les ayude a solucionar su controversia. Su uso se ha expandido en la región, sin un objetivo o propósito común, y no es que en general se haya encontrado una gran diferencia entre el diseño de la mediación respecto del de la conciliación en la región (Mera, 2013: 380).

El análisis de los mecanismos alternos al proceso judicial ha tenido algunas críticas. Por ejemplo, Pásara dice:

en las vías alternativas también se reproducen las desigualdades e inequidades que son lacras en la justicia estatal [y] (...) el objetivo de privatizar de este modo la administración de justicia corre el riesgo de dejar fuera de ella, o relegar a un papel secundario, al Estado que, mal que bien, es en el sistema el único garante posible de valores tan importantes como la protección de derechos del más débil y la prevalencia del interés social en la resolución de conflictos (2014a).

Adicionalmente, estos mecanismos se han expandido sin mayor reflexión acerca de: 1) su efectividad; y 2) su vínculo con el sistema judicial. Su expansión debería tener en cuenta las evaluaciones realizadas en torno a la falta de comparecencia de las partes (Mera, 2013: 419), pero sobre todo, a que estos mecanismos deben ser una verdadera forma de acceso a la justicia para que las personas no acudan ante el sistema judicial, en vez de ser una oferta de “segunda categoría” (p. 425). Además, el sistema judicial “oficial o formal” debe funcionar muy bien, para que las partes realmente acepten usar estos mecanismos porque lo desean, y no porque consideran que sea su mejor alternativa ante la ineficacia judicial.

De esta forma, los países de la región han realizado reformas encaminadas a implementar mecanismos alternos al proceso judicial para resolver los conflictos. La variedad de estos mecanismos es amplia en la región, no necesariamente unívoca, y en general carecen de evaluación.

Reformas procedimentales

Durante los últimos treinta años, los países latinoamericanos emprendieron distintas reformas a los procedimientos debido a que algunas modificaciones constitucionales involucraron nuevos procedimientos (Uprimny y

Sánchez, 2013) y a que hubo reformas específicas a los esquemas procesales en distintas materias (Villadiego, 2007: 59-60). A continuación se describen dos grupos de cambios: 1) la creación de mecanismos especiales de protección de derechos constitucionales; y, 2) la implementación de nuevos esquemas procesales para materias civiles, laborales y de familia dentro del poder judicial.

Mecanismos de protección de derechos constitucionales

Una de las reformas procedimentales más significativas en los últimos veinticinco años en la región fue la adopción de mecanismos de protección de derechos fundamentales (tabla 7). Incluyó la incorporación de herramientas

Tabla 7. Mecanismos de protección de derechos fundamentales en las constituciones

País	Acción constitucional de protección de derechos fundamentales
Argentina	No
Brasil	Sí
Bolivia	Sí
Chile	No
Colombia	Sí
Costa Rica	Sí
Ecuador	Sí
El Salvador	Sí
Guatemala	Sí
Honduras	Sí
México	Sí
Nicaragua	Sí
Paraguay	Sí
Perú	Sí
República Dominicana	Sí

Fuente: elaboración propia con base en las constituciones nacionales de los países.

procesales, o el fortalecimiento de las existentes, para que los ciudadanos protejan judicialmente sus derechos por medio de mecanismos expeditos como el amparo o la tutela (Uprimny, 2011: 6). Implicó también la creación de mecanismos que permiten a los ciudadanos solicitar la inconstitucionalidad de las leyes, cuando consideran que estas han violado la Constitución (Uprimny y Sánchez, 2013). Esta reforma está ligada a la relativa a la constitucionalización de los derechos y a la creación de tribunales constitucionales especializados.

Probablemente, esta es una de las reformas que mayor impacto ha causado en la región, ya que acercó de manera importante la justicia a la ciudadanía. Los procedimientos empleados usualmente son expeditos (con algunas excepciones), no requieren abogado y son menos costosos.

Nuevos esquemas procesales para la resolución de controversias

Otro tipo de reforma procedimental fue el diseño e implementación de nuevos esquemas procesales (tabla 8). En este texto reseño principalmente los cambios a los procedimientos civiles-mercantiles, laborales, familiares, agrarios, entre otros (Ríos Leiva, 2013: 95). Algunas reformas se inspiraron en el Código procesal modelo para materias no penales realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en 1998, que propugnaba por la incorporación de la oralidad y la inmediatez en los procedimientos (Villadiego, 2007: 34). Otras se inspiraron en la reforma procesal penal llevada a cabo en casi todos los países de la región y tuvieron como rasgo común la incorporación de la oralidad en los procedimientos y la modernización del sistema de justicia (Ríos Leiva, 2013: 95).

El diseño e implementación de estas reformas no ha sido homogéneo en la región, aun cuando en la mayoría de países que las han realizado se ha incorporado la oralidad en los procedimientos. Este tipo de modificaciones enfrenta diversos debates en torno al mejor esquema procesal que debe ser implementado, en especial respecto de si este debe ser más inquisitivo o más adversarial y si es necesario continuar con la lógica del expediente (Ríos Leiva, 2013: 95-96).

Tabla 8. Reformas a los esquemas procesales

País	Tema	Año	Nombre de reforma	Fuente
Bolivia	Procedimiento administrativo	2002	Ley 2341, de procedimiento administrativo	http://www.gacetoficialdebolivia.gob.bo/normas/compendio/%C3%98srea%20comercial
	Procesal civil	2013	Código procesal civil, ley 439 de 2013	http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=336490
Brasil	Leyes de pequeñas causas	1995	Ley 9099/95, de <i>Juizados Especiais</i>	http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103497/lei-dos-juizados-especiais-1e1-9099-95
Chile	Laboral y cobranza previsional	2002	Ley 20.022, que crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional	http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=238321
	Tribunales de familia	2004	Ley 19.968, que crea los tribunales de familia	http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557
Colombia	Procesal contencioso administrativo	2011	Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo	http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249
	Procesal civil	2012	Ley 1564 de 2012, Código general del proceso	http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1564_2012.html
Costa Rica	Procesal contencioso administrativo	2006	Decreto legislativo 8508, Código procesal contencioso-administrativo	http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cr/cr026es.pdf
	Cobro judicial	2007	Ley 86241, de cobro judicial	http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Ley/Ley%208624-Cbro%20judicial.pdf
Ecuador	Código general del proceso	2015	Código orgánico general de procesos	http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20ODE%20PROCESOS.pdf
Honduras	Procesal civil	2007	Código procesal civil	http://www.poderjudicial.gob.hn/Juris/Leyes/Codigo%20Procesal%20Civil%20(actualizada-07).pdf
Perú	Procesal civil	1993	Código procesal civil	https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf
	Procesal laboral	2010	Ley 29497, nueva ley procesal del trabajo	http://www.trabajo.gob.pe/LEYPROCESALTRA-BAJO/pdf/ley_29497_trabajo.pdf
Uruguay	Procesal	1988	Ley 15.982, Código general del proceso	https://www.iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civiluruguay.pdf

Fuente: elaboración propia.

Las modificaciones a los esquemas procedimentales se pueden caracterizar en tres subgrupos: 1) reformas integrales a los procedimientos no penales; 2) reformas procedimentales en algunas materias: civiles, familiares, laborales, entre otras; y, 3) cambios procesales específicos dentro de una materia particular (civil, por ejemplo).

Primero, la reforma integral a los procedimientos fue realizada solo en algunos países de la región; por ejemplo, en Uruguay (1989), Colombia (2011-2012) y Ecuador (2015). La de Uruguay, basada en gran medida en el anteproyecto del Código procesal modelo, incorpora los principios de oralidad e intermediación en la mayoría de actuaciones y simplifica los esquemas procesales (Villadiego, 2007: 34). En Colombia se hicieron dos, un poco más recientes, y pretendieron incorporar procesos orales y por audiencias para el trámite de asuntos civiles, laborales, familiares y contencioso-administrativos (Colombia, leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012). En Ecuador, la reforma regula todas las materias, con excepción de la penal, constitucional y electoral, y propugna por un proceso oral y por audiencias en todas las instancias (Ecuador, Código orgánico general de procesos).

Segundo, en determinadas materias las reformas procedimentales fueron realizadas por otros países. Por ejemplo, Perú reformó en 1993 su Código de procedimiento civil, que incorporó un procedimiento mixto, es decir, actuaciones orales y escritas con lógica de expediente (Villadiego, 2007: 38-39). También modificó su procedimiento laboral (2010) y estableció un proceso por audiencias en el que el juez evita la desigualdad entre las partes (Perú, ley 29497).

Además, Chile introdujo una reforma a sus procedimientos de familia (2004) y de trabajo (2005), inspiradas en gran medida en la implementación del sistema penal acusatorio en ese país (Ríos Leiva, 2013: 103). Ambas fueron “el resultado de grandes transformaciones económicas, políticas y sociales que desde el año 1990 fueron gradualmente adquiriendo densidad y que decantaron en diferentes demandas sectoriales hacia el sistema judicial” (Ríos Leiva, 2013: 103). Honduras, por su parte, adelantó una reforma importante a su procedimiento civil e incorporó la oralidad en los procesos (Código procesal civil, 2007); y Costa Rica efectuó una reforma a su legislación procesal contencioso-administrativa (decreto legislativo 8508 de 2006).

Tercero, unos países modificaron procedimientos específicos en una misma materia (civil, laboral, por ejemplo), sin cambiar todo el procedimiento de esta. Dos casos ilustran este tipo de modificaciones. Primero, la reforma temporal de cobro judicial en Costa Rica (2007), mediante la cual se regularon “dos esquemas procesales para las cobranzas de deudas de obligaciones personales y reales de naturaleza civil, mercantil, agraria y administrativa” (Villadiego Burbano, 2012: 2). El procedimiento incluyó un esquema más ágil para estos asuntos, que incluye dos tipos de procesos:

[e]l monitorio, encargado de tutelar obligaciones personales de carácter civil, mercantil, administrativa y agraria fundamentadas en documentos, privados o públicos, con o sin fuerza ejecutiva [;] Y el de ejecución, encargado de tramitar el cobro de procesos con prenda e hipoteca (p. 42).

Segundo, las modificaciones encaminadas a establecer esquemas especiales para resolver casos de “pequeñas causas”, es decir, “controversias civiles cotidianas definidas según política pública, cuyos montos de reclamación no exceden un tope determinado, son tramitadas a través de procedimientos sumarios y menos formales a los tradicionalmente empleados, generando un menor costo de litigar para las partes” (Villadiego, 2008: 95). El caso más significativo es el de Brasil, que implementó juzgados especiales en el ámbito federal y estadual, que privilegian el uso de la conciliación para la solución de conflictos (conducida por el juez togado, lego o un conciliador), y que permiten al juez decidir el caso si no hay acuerdo de conciliación entre las partes o comparecencia de una de ellas (ley 9099 de 1005, artículos 21, 23; y ley 10259 de 2001, artículo 2º).

En suma, varios países de la región emprendieron reformas importantes a sus procedimientos no penales. Los cambios procesales han sido diversos, han influido a diversas materias específicas y se han implementado de forma diferenciada.

Reflexiones acerca de la multiplicidad de reformas realizadas

De acuerdo con lo descrito, América Latina ha hecho distintas reformas a la justicia en más de treinta años. Sin embargo, su efectividad y conocimiento

es difícil de medir, debido a que muchas solo son conocidas por un grupo reducido de personas (abogados, jueces o directamente afectados), a que no ha habido evaluaciones serias de todas, a que han respondido a objetivos diversos y a que su cantidad es excesivamente amplia.

La falta de conocimiento de los cambios es una primera característica de las reformas emprendidas. Algunas han sido ampliamente conocidas por la ciudadanía debido a que la puede haber impactado de manera directa, como, por ejemplo, el caso de las reformas constitucionales que reconocieron derechos fundamentales y establecieron mecanismos expeditos para su protección. Pero otras –la gran mayoría de las reseñadas en este texto– son menos conocidas. Esto se debe, en parte, a que hay una gran atomización del conocimiento y de los grupos de personas involucrados en las materias reformadas: civiles, laborales, familiares, derechos de pueblos indígenas; y en parte, a que usualmente han sido lideradas por personas específicas con intereses determinados en las materias (abogados, jueces, expertos en los temas), que las han mantenido alejadas de la ciudadanía.

De esta forma, las reformas tienen varias características: 1) son atomizadas, incluso dentro de un mismo país; 2) hay una gran diversidad de actores e intereses involucrados en cada uno de los subtemas de las modificaciones emprendidas; 3) existe un alcance limitado y difuso de los cambios establecidos; y 4) no prevén un tipo de evaluación o seguimiento que permita conocer sus resultados.

La diversidad de asuntos que han sido objeto de modificaciones y la cantidad de reformas han generado que estas no se hayan emprendido de manera conjunta o sistemática. Más bien, se han hecho por partes, y aun en los países en los que se hicieron algunas reformas integrales a los procedimientos, estas estuvieron separadas de las sustantivas y de otras modificaciones, como la adopción de mecanismos alternos de solución de conflictos o el reconocimiento del pluralismo jurídico. Esta característica hace que sea difícil hacerles seguimiento a todas las reformas, pero sobre todo una evaluación seria frente a su efectividad integral.

Además, justamente por la diversidad de actores involucrados, es muy complejo realizar los procesos de concertación para el diagnóstico de los

problemas a modificar y los diseños y la implementación de las reformas. Una reforma integral en estas materias debe negociar con distintos grupos de interés: empresarios, indígenas, comunidades étnicas, procesalistas, defensores de derechos de infancia, sindicatos, entre otras. Por eso, las resistencias externas a las reformas –y a sus evaluaciones– son tan difíciles de manejar en estos asuntos, ya que deben discutirse con muchos grupos interesados.

Sin embargo, uno de los asuntos que más llama la atención en el grupo de reformas realizadas es que en varias de ellas ha habido oposición de grupos internos del sector judicial.

Varios factores concurren a explicar las resistencias que vienen desde adentro del sistema. Primero, en una organización burocrática “se rechaza el cambio cuando los puestos están amenazados o la estabilidad de la organización es atacada”. Segundo, tratándose de una organización estatal la resistencia a la reforma tiende a ser la regla. Tercero, las propias ineficiencias que una reforma de la justicia busca combatir constituyen oportunidades para que jueces, abogados y personal de apoyo obtengan beneficios. Son razones suficientes para llegar a esta paradoja, presente en todas partes, por la cual quienes estarían en una buena posición para señalar problemas efectivos y necesidades reales de los tribunales son quienes tienen los menores incentivos para introducir cambios en ellos, dado que perciben la reforma como una amenaza a sus intereses (Pásara, 2015: 193).

Por otro lado, frente al cúmulo de reformas llevadas a cabo, se cuestiona el alcance limitado y difuso de los cambios establecidos. Esto tiene varias explicaciones. Primero, la mayoría de reformas han contenido cambios normativos, es decir, han cambiado viejas leyes por nuevas y han consagrado nuevos derechos y esquemas procesales en la normatividad (Pásara, 2004: 8). Pero la experiencia muestra que los cambios normativos no son suficientes, pues su efectividad depende en gran medida de su implementación práctica, y por ello, los cambios requeridos incluyen otros factores más allá de los normativos (Pásara, 2004: 8).

Pese a lo que creen y sostienen hasta ahora jueces, abogados y profesores de derecho, reformar la justicia no consiste, principal ni centralmente, en cambiar leyes. El error principal cometido, sobre todo en los inicios de pro-

cesos de reforma en la región, consistió en centrar el cambio en reformas legales. Como derivación de los diagnósticos superficiales y, a menudo, con el concurso de expertos internacionales y nacionales, con mucha frecuencia –sobre todo, en la primera ola de reformas– se planteó que los problemas de justicia en la región tenían origen y explicación en la normatividad legal existente (Pásara, 2004: 8).

Sin embargo, y aunque no existen recetas únicas, “el cambio institucional efectivo opera a través de una variedad de mecanismos interrelacionados y depende de su influencia conjunta más bien que del impacto de uno solo de ellos” (Hammergren, 1999).

Segundo, en muchos lugares el sistema de justicia en la práctica (jueces y abogados) ha permanecido inalterado, lo cual lleva a que la justicia no haya mejorado efectivamente. En muchas ocasiones esto ha generado que los cambios no hayan sido implementados a cabalidad como se diseñaron y, por tanto, las reformas solo se desarrollan superficialmente (Pásara, 2015: 183).

Por último, una de las mayores dificultades que han enfrentado las reformas es su falta de evaluación y ajuste, y en cambio, su expansión sucesiva sin que su efectividad se haya valorado. Este es, sin duda, uno de los grandes talones de Aquiles de las reformas a la justicia en la región. No solo se han diseñado muchas reformas en los últimos treinta años a las que se les ha destinado una gran cantidad de recursos públicos, sino que año tras año se discuten más, sin que se haya reflexionado seriamente acerca de si las reformas mejoraron y fortalecieron el sistema de justicia en América Latina. Hay quienes, como Luis Pásara, sostienen que no ha sido así.

Conclusiones

Durante el siglo veinte, varios países de América Latina emprendieron reformas a sus sistemas de justicia, reformas multitemáticas y ampliamente diversas que trajeron consigo nuevos diseños institucionales. Respondieron a una gran variedad de objetivos y no siempre se encuentra un rasgo común, incluso en aquellas similares que fueron implementadas en diversos países. Algunas quisieron fortalecer el acceso a la justicia, optimizar la efi-

ciencia del sistema de justicia, fortalecer la independencia de los jueces, implementar esquemas procesales acordes con Estados democráticos, entre otros. Varias fueron impulsadas por organismos multilaterales y agencias de cooperación internacional. Pero muchas fueron promovidas por actores nacionales que impulsaron los cambios.

Las reformas descritas en este texto pueden agruparse en tres: 1) aquellas sustantivas que pretendieron reconocer y hacer efectivos los derechos; 2) las que estuvieron relacionadas con el diseño de la estructura estatal encargada de brindar servicios de justicia; y, 3) las procedimentales, orientadas a generar nuevos esquemas procesales.

En las reformas sustantivas se identifican cambios relacionados con la “constitucionalización” de los derechos fundamentales, el reconocimiento del pluralismo jurídico y la creación de nuevos derechos para grupos poblacionales específicos. Estas reformas tuvieron varias consecuencias. Por un lado, elevaron a rango constitucional derechos que fueron objeto de luchas y movimientos sociales, por otro, se propusieron garantizar los derechos de pueblos indígenas y otros grupos étnicos.

En las relacionadas con los cambios a la estructura estatal encargada de brindar servicios de justicia se encuentran modificaciones relacionadas con el gobierno del poder judicial, la implementación de tribunales especializados para resolver conflictos, el traspaso de asuntos a autoridades administrativas y la expansión de mecanismos alternos al proceso judicial. Respecto del gobierno judicial, la principal modificación fue la incorporación de un órgano tipo Consejo de la Magistratura/Judicatura para ejercer determinadas funciones, que no son uniformes entre todos los países que cuentan con dicho órgano. Frente a los tribunales especializados, varios países tienen tribunales constitucionales y todos cuentan con un órgano electoral; esto implicó la ruptura de unidad jurisdiccional en el sistema de justicia. En lo que hace referencia al traspaso de asuntos judiciales a instancias administrativas, varios países de la región fortalecieron su sistema notarial y registral y entregaron competencias jurisdiccionales al poder ejecutivo. Por último, todos implementaron algún tipo de mecanismo alternativo al proceso judicial para resolver conflictos (arbitraje, mediación, conciliación), sin que su efectividad se haya evaluado de manera constante.

En las reformas procedimentales específicas se destaca el diseño de mecanismos especiales para la protección de derechos constitucionales y el desarrollo de nuevos esquemas procesales en el poder judicial para materias civiles, laborales y de familia. Los mecanismos constitucionales son los que en mayor medida han acercado la justicia a la ciudadanía, porque son simples y expeditos, con excepciones. Las modificaciones a los esquemas procesales de materias no penales han implicado un amplio rango de cambios: desde reformas integrales a los procedimientos, modificaciones específicas a algunas materias y cambios procesales dentro de una materia.

De esta forma, aunque en los últimos treinta años América Latina ha adelantado distintas reformas a la justicia, la confianza en el sistema de justicia no ha mejorado significativamente. Algo que ha faltado en el tipo de reformas descritas es una evaluación sistemática de los cambios. Las reformas han sido atomizadas e involucran a múltiples actores con intereses diversos, y tal vez por ello se han expandido sin una evaluación seria. En cualquier caso, una de las lecciones aprendidas es que los cambios normativos por sí solos no transforman las prácticas ni la cultura jurídica y que la efectividad de la reforma no está en su diseño normativo, sino en su proceso de implementación, seguimiento y evaluación.

Referencias

- ANTÓN, JHON, ÁLVARO BELLO, FABIANA DEL POPOLO, MARCELO PAIXÃO Y MARTA RANGEL. 2009. “Afrodescendientes en América Latina y el Caribe: del reconocimiento estadístico a la realización de derechos”. *Serie Población y Desarrollo*. 87. Cepal. Santiago.
- BRONSTEIN, ARTURO S. s. f. “Pasado y presente de la legislación laboral en América Latina”. Recuperado de http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/pasado.htm#_Toc425669029
- CEJA (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS). 2009. “Reporte sobre la justicia en las Américas”. Ceja. Recuperado de http://www.cejamericas.org/reportes/2008-2009/muestra_portada3217e.html?idioma=espanol&tipereport=REPORTE4

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS E INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES. 2006. *Sistemas Judiciales*. 10. “Gobierno Judicial”. Buenos Aires.
- DESHAZO, PETER Y JUAN ENRIQUE VARGAS. 2006. “Evaluación de la reforma judicial en América Latina”. Center for Strategic and International Studies (CSIS) y Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Washington y Santiago de Chile.
- DUCE, MAURICIO. 2012. “Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos”. En Lucía Dammert (ed). *Crimen e inseguridad: políticas, temas y problemas en las Américas*. Flacso. Santiago.
- GARGARELLA, ROBERTO. s. f. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”. Recuperado de http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf
- . 2005. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América 1776-1860*. Siglo XXI. Madrid.
- HAMMERGREN, LINN. 2008. “Twenty-Five Years of Latin American Judicial Reforms: Achievements, Disappointments, and Emerging Issues”. *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*.
- . 2002. “Do judicial councils further judicial reform? Lessons from Latin America”. Carnegie Endowment for International Peace. Washington.
- . 1999. “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”. En Alfredo Fuentes (ed.). *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*. Corporación Excelencia en la Justicia. Bogotá.
- MARROQUÍN GUERRA, OTTO. 2004. “El magistrado constitucional”. *Revista de Derecho*. 8. Nicaragua.
- MERA, ALEJANDRA. 2013. “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. Diagnóstico y debate en un contexto de reformas”. En

GIZ-Ceja. *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Santiago.

MORLACHETTI, ALEJANDRO. 2013. *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*. Cepal-Unicef. Santiago.

PÁSARA LUIS. 2015. *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam Editores. México.

-----, 2014a. “La designación de jueces en la reforma de la justicia latinoamericana”. En DPLF, *Blog de la Fundación para el Debido Proceso*, Washington. Recuperado de <http://dplfblog.com/2014/12/18/la-designacion-de-jueces-en-la-reforma-de-la-justicia-latinoamericana/>

-----, 2014b. “Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana”. DPLF-Dejusticia-IDL. Washington, Bogotá, Lima.

-----, 2004. “Reformas del sistema de justicia en América Latina. Cuenta y balance”. Presentación en el Congreso de cultura y sistemas jurídicos comparados, México.

RÍOS LEIVA, ERICK. 2013. “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”. En GIZ-Ceja. *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Santiago.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. 2003. “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo”. En Rodrigo Uprimny, C. Rodríguez y M. García. *Justicia para todos*. Editorial Norma. Bogotá.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y CARLOS BAQUERO. 2015. *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Ediciones Dejusticia. Bogotá.

UNICEF. S. F. “Los pueblos indígenas en América Latina”. Recuperado de http://www.unicef.org/lac/pueblos_indigenas.pdf

- UPRIMNY, RODRIGO. 2011. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos”. Recuperado de http://www.ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimmy_constitucionalismo_latinoamericano.pdf
- UPRIMNY, RODRIGO Y LUZ MARÍA SÁNCHEZ. 2013. “Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas”. Inédito.
- VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. 2006. “Gobierno judicial: la organización y el rol de las cortes supremas”. *Sistemas Judiciales*. 10. Ceja-Inecip. Buenos Aires.
- VILLADIEGO BURBANO, CAROLINA. 2013. “Los sistemas de justicia no penal en América Latina: información de la justicia civil-mercantil, laboral, de familia y contencioso- administrativa”. En GIZ-Ceja. *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Santiago.
- , 2012. “Reforma al cobro judicial en Costa Rica”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago. Recuperado de http://www.ceja-mericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/7375-reforma-al-cobro-judicial-en-costa-rica.html
- , 2008. “Estudio comparativo: justicia civil de pequeñas causas en las Américas”. En Centro de Estudios de Justicia de las Américas. *Justicia civil: perspectivas para una reforma en América Latina*. Santiago.
- , 2007. “Estudio comparativo: avance en América Latina y el Caribe de la reforma a la justicia civil”. En Juan Enrique Vargas (ed.). *Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago.
- ZOVATTO, DANIEL J. Y JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ. 2008. “Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007. Lectura regional comparada”. En Daniel J. Zovatto y Jesús Orozco Henríquez (coord.). *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*. Universidad Nacional Autónoma de México-IDEA Internacional. México.

Sistemas penales para adolescentes en América Latina

Carolina Villadiego Burbano*

Introducción

Desde 1990, los países de América Latina iniciaron una transformación en la regulación de sus regímenes penales para adolescentes, es decir, en los sistemas que establecen las reglas procesales que se siguen contra una persona menor de edad (usualmente entre 12/14 y 18 años de edad), acusada de cometer un delito (Beloff, 2007: 213). Estos cambios fueron influenciados principalmente por olas reformistas de gran envergadura en la región. Por un lado, la adopción de la “doctrina de las Naciones Unidas de protección integral de la infancia” y su incorporación en la Convención internacional sobre los derechos del niño (1989), que cambió el enfoque de protección de los derechos de la niñez (García Méndez, 2007: 27). Por otro, la consolidación de los derechos humanos en el ámbito penal, incluso desde una visión tradicional de los derechos civiles y políticos, que fueron ampliamente reconocidos e incorporados en las transformaciones constitucionales realizadas por varios países de la región (Uprimny, 2011: 4-5). Recientemente, los cambios derivados

* Abogada por la Universidad de los Andes, Bogotá. Magister en derecho (LLM) por la Universidad de George Washington y en ciencia política y sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Directora de investigaciones de sistema judicial de Dejusticia, Bogotá.

de la adopción del sistema penal acusatorio promovieron, en algunos casos, sistemas penales para adolescentes de corte acusatorio¹ (Beloff, 2007: 182).

La influencia de la doctrina de *protección integral* en los regímenes penales para adolescentes ha tenido diversas implicaciones. Primero, la superación (al menos normativamente) de la vieja doctrina de la *situación irregular*, según la cual la infancia era considerada como “menores objetos de protección” y la intervención estatal estaba mediada por la “compasión-represión” (García Méndez, 2007: 27-29). Segundo, la incorporación de la idea fundamental de la doctrina de *protección integral*, esto es, que las personas menores de 18 años de edad son sujetos titulares de derechos (García Méndez, 2007: 33) autónomos e independientes de los derechos de las demás personas. Tercero, la comprensión de que el juzgamiento penal de los adolescentes debe cumplir, además de las reglas generales establecidas para todas las personas, criterios de especificidad (Beloff, 2007: 182). Cuarto, la necesidad de diseñar sistemas penales de adolescentes en concordancia con los principios fundamentales de la Convención internacional sobre los derechos del niño, en especial, el interés superior de los niños, la autonomía progresiva, la no discriminación y la participación².

El tránsito de los regímenes penales adolescentes a la doctrina de *protección integral* no ha sido sencillo en la región. Por eso, aún hoy existen leyes que cuentan con visiones contrapuestas, es decir contienen postulados de la nueva y de la vieja doctrina (Beloff, 2007: 177-178).

Además, en los procesos de implementación persisten diversas dificultades. Ejemplo de ello es la difícil coordinación entre los nuevos regímenes penales para adolescentes y los sistemas administrativos encargados de los programas de protección, incluidos los de privación de libertad. Un problema específico es que aun cuando las nuevas leyes se fundan en la nueva doctrina, muchos sistemas administrativos se crearon y anclaron sobre la “situación irregular” (García Méndez, s.f.: 6-7).

1 Véase, por ejemplo, Chile, ley 20.084 de 2011, y Colombia, ley 1098 de 2006.

2 Estos principios son ejes centrales de la Convención internacional sobre los derechos del niño y se encuentran contenidos en los artículos 2°, 3°, 5° y 9° inciso 2.

Por otro lado, la influencia del movimiento general de los derechos humanos se refleja en la inclusión de los conceptos de derecho de defensa, debido proceso y presunción de inocencia en la Convención internacional sobre los derechos del niño (artículos 37 y 40) y en los regímenes penales para adolescentes.

Adicionalmente, la incorporación del sistema penal acusatorio influenció, en algunos casos, el diseño procesal de los sistemas penales para adolescentes. Como dice Beloff,

desde el punto de vista procesal, se adaptan las características de los sistemas modernos latinoamericanos acusatorios (que garantizan los principios de oralidad y contradicción), sistemas flexibles que permiten instancias conciliatorias no solo al inicio sino a lo largo de todo el proceso, esto es, flexibles para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como ocurría en la práctica del sistema anterior (2007: 182).

Sistemas penales para adolescentes en la región

Actualmente, la mayoría de países de América Latina tiene legislaciones integrales en materia de infancia y adolescencia de acuerdo con la Convención internacional sobre los derechos del niño. Generalmente, dichas legislaciones consagran las normas relacionadas con el régimen penal adolescente. Pero, en algunos países (Chile y Costa Rica, por ejemplo), existen leyes específicas al respecto (tabla 1).

Antes de la promulgación de dichas leyes, los adolescentes que infringían las normas penales usualmente eran sometidos a un proceso judicial de protección típico de la doctrina de *situación irregular* (García Méndez, s.f.: 5-6). Una de las transformaciones de las nuevas leyes fue abandonar la mezcla entre las políticas de persecución penal y las de protección, para establecer en materia penal un régimen fundado en las garantías propias del debido proceso con derechos específicos de la infancia (Beloff, 2007: 181-182).

Los regímenes penales de adolescentes creados en las últimas décadas comparten cuatro características esenciales. Primera, la definición de una

Tabla 1. Regímenes penales para adolescentes en América Latina

País	Legislación integral de infancia y adolescencia	Tipo de régimen penal para adolescentes	
			Año
Bolivia	♦ Código niña, niño y adolescente (ley 548)	♦ Artículos 259-348 del Código del niño, niña y adolescente	2014
Brasil	♦ Estatuto de da criança e do adolescente (ley 8069)	♦ Artículos 103-128 del Estatuto de da criança e do adolescente	1990
Colombia	♦ Código de infancia y adolescencia (ley 1098)	♦ Artículos 139-191 del Código de infancia y adolescencia	2006
Chile	♦ No tiene	♦ Sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (ley 20084 de 2005)	2005
Costa Rica	♦ Código de la niñez y la adolescencia (ley 7739)	♦ Ley de justicia penal juvenil (ley 776 de 1996)	1996
Ecuador	♦ Código de la niñez y la adolescencia	♦ Artículos 305-389 del Código de la niñez y la adolescencia	2002
El Salvador	♦ Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia de 2009	♦ Ley penal juvenil (decreto 863 de 1994)	1994
Guatemala	♦ Ley de protección integral de la niñez y adolescencia (decreto 27)	♦ Artículos 132-263 de la ley de protección integral de la niñez y adolescencia	2003
Honduras	♦ Código de la niñez y la adolescencia (decreto 73)	♦ Artículos 180-268 del Código de la niñez y la adolescencia	1996
México	♦ Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes	♦ Constitución de México, artículo 18 ♦ Ley federal de justicia para adolescentes de 2012 ♦ Cada entidad federativa está facultada para regular lo relativo a la justicia de adolescentes en su estado de acuerdo con las competencias establecidas	2012*
Paraguay	♦ Código de la niñez y la adolescencia (ley 1680)	♦ Artículos 192-259 del Código de la niñez y la adolescencia	2001
Perú	♦ Código de niños, niñas y adolescentes (ley 27337)	♦ Artículos 183-241 del Código de niños, niñas y adolescentes	2000
Uruguay	♦ Código de la niñez y la adolescencia (ley 17823)	♦ Artículos 69 a 116 del Código de la niñez y la adolescencia	2004
Venezuela	♦ Ley orgánica de protección para niños y adolescentes de Venezuela	♦ Artículos 526-671 de la ley orgánica de protección para niños y adolescentes	2007

* Ley federal.

Fuente: elaboración propia con base en las leyes nacionales de los países.

edad mínima por debajo de la cual ninguna persona acusada de haber cometido un delito está sujeta a un régimen penal (Convención internacional sobre los derechos del niño, 1989, artículo 40, núm. 3A). Segunda, la inclusión de principios específicos que guían el diseño y la implementación de los regímenes penales para adolescentes (interés superior, autonomía progresiva, por ejemplo).

Tercera, la definición específica de aspectos sustantivos y procesales aplicables a los adolescentes, que se diferencian de los de los adultos, tales como autoridades competentes (jueces, fiscales), mecanismos de defensa, sistema de recursos contra las decisiones, consecuencias por infringir las leyes penales, entre otras (Convención internacional sobre los derechos del niño, 1989, artículo 40, núm. 3). Y cuarta, la definición normativa de que la libertad es la regla general del proceso penal. Por tanto, se diseña una amplia gama de sanciones –diferenciadas incluso por rango etario–, en la que la privación de la libertad no es la central (Beloff, 2007: 182).

Los regímenes penales para adolescentes de los países de la región también tienen diferencias entre sí. A continuación menciono varias. Algunos consideran que los adolescentes, aun sometidos a un régimen penal, son “inimputables” (Ecuador, por ejemplo). Otros conservan lenguajes propios de la doctrina de situación irregular porque utilizan términos como “menor” (El Salvador, por ejemplo). Varios desarrollan detalladamente las reglas que se siguen en los procesos penales (Costa Rica, Colombia, Venezuela, por ejemplo). Algunos consideran que los adolescentes a los que se les declara responsables penalmente se les imponen sanciones (Colombia, por ejemplo). Otros tienen rangos de privación de libertad un poco largos, pues son de diez años (Costa Rica, por ejemplo).

Otras diferencias están mediadas por movimientos reformistas nacionales. Por ejemplo, algunos países han hecho más de una reforma a sus leyes de infancia y regímenes penales para adolescentes (Bolivia y Venezuela, por ejemplo). También, en otros, donde la reforma procesal penal no se ha iniciado decididamente, los regímenes de adolescentes no están acordes con los postulados del sistema acusatorio (Brasil y Uruguay, por ejemplo). Pero en donde se ha implementado recientemente el sistema penal acusatorio, los regímenes penales para adolescentes son de tendencia adversarial

(Chile, Colombia, por ejemplo). Finalmente, en algunos países las tensiones derivadas de la necesidad de mejorar la seguridad ciudadana han impulsado reformas tendentes a endurecer los regímenes penales para adolescentes.

Conclusión

Durante las últimas décadas, los países de América Latina realizaron diversos procesos de reforma a sus sistemas penales para adolescentes, cambios influenciados por cuatro movimientos reformistas: 1) la adopción de la “doctrina de las Naciones Unidas para la *protección integral*” y de la Convención internacional sobre los derechos del niño; 2) la consolidación normativa de los derechos humanos de las personas procesadas penalmente; 3) la constitucionalización de los derechos humanos de la niñez y de las personas en conflicto con la ley penal; y, 4) la reforma procesal penal que implementó el sistema penal acusatorio.

Actualmente, una gran cantidad de países tiene leyes que reglamentan sistemas penales para adolescentes, que en general se fundan en los postulados de la doctrina de *protección integral*. Dichas leyes tienen diferencias entre sí. Pero algo común a las reformas realizadas es que, a pesar de los cambios normativos, hay muy poca información sobre su implementación y, mucho menos, evaluación de los cambios efectuados y del funcionamiento de las instituciones a cargo. Lamentablemente, las transformaciones de los sistemas penales para adolescentes no tuvieron el mismo nivel de intensidad ni de seguimiento que tuvo la reforma procesal penal, por lo cual poco se conoce acerca de sus avances y sus desafíos.

Referencias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención internacional sobre los derechos del niño.

BELOFF, MARY. 2007. “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006). *Justicia y Derechos del Niño*. 9. Unicef. Santiago.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. 2007. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. *Justicia y Derechos del Niño*. 9. Unicef. Santiago.

-----, s.f. “La legislación de “menores” en América Latina: una doctrina en situación irregular”. En *Derecho de la infancia/adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral*. Recuperado de http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf

UPRIMNY, RODRIGO. 2011. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos”. Recuperado de http://www.ceppas.org.gt/media/uploads/documents/uprimmy_constitucionalismo_latinoamericano.pdf

La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo

Alberto M. Binder*

La política judicial como política de largo plazo

La política de reforma como política pública

Una de las características más destacables de todo el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina es que ha logrado constituirse, finalmente, como una política de largo plazo. Esta afirmación parece equívoca, ya que se refiere a la característica de largo plazo como algo que se “adquiere finalmente” y no algo que ya se poseía desde el inicio, pero no lo es: al contrario, hace referencia a una modalidad específica a resultas de la cual la toma de conciencia pública acerca de la necesidad de esa política, así como las acciones sucesivas de corrección o estímulo se han ido sucediendo de gobierno a gobierno, incluso respecto de gobiernos de distinto signo político, hasta el presente, en un ciclo que no parece haber concluido y que mantiene vitalidad. En una región donde la proclama de la necesidad de “políticas

* Vicepresidente del Inecip (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales) Argentina. Profesor de posgrado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional del Comahue. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

de Estado” es permanente, pero la práctica de construirlas es por el contrario tan débil y errática, el mantenimiento de acciones de cambio en una misma orientación durante ya casi tres décadas es algo que debe destacarse. Ello no debe ser entendido en el sentido de que solo ha existido un proceso acumulativo e incremental de cambios; al contrario, se trata de un proceso rico en avances y retrocesos, en redefiniciones de problemas antiguos, así como el descubrimiento de otros nuevos o de nuevas perspectivas y herramientas.

Por otra parte, existe también otra dimensión digna de destacarse vinculada a la anterior, que consiste en la comprensión creciente del proceso de reforma de la justicia penal como el desarrollo de una determinada política pública. Esto parece una afirmación de Perogrullo, pero no lo es. Tradicionalmente, los cambios vinculados a la administración de justicia eran vistos como un “problema procesal”, en el mejor de los casos advertidos desde los profesionales o los grupos académicos dedicados a esos asuntos. Todavía es bastante común que los cambios legislativos en general sean vistos como “problemas jurídicos”, sin tomar nota de los grandes problemas de política que subyacen a ellos. En el caso de la reforma de la justicia penal –lo que no ocurre todavía con los cambios de la justicia civil– se fue acentuando paulatinamente una visión de “políticas públicas” que permitió incorporar otros problemas, otras visiones, otras disciplinas y ha sido una de las razones de que la comprensión del problema por parte de los decisores políticos se viera facilitada. Esta afirmación no significa necesariamente que el diseño o la ejecución de la reforma de la justicia penal haya respondido a patrones orientados claramente por técnicas de políticas públicas, aunque tampoco debe descartarse que el diálogo con esa perspectiva sí haya influido en algunos países o sectores. Lo cierto es que la superación de la mirada “meramente procesal” por una mirada del desarrollo de políticas públicas y, por tanto, de contenidos políticos y efectos sociales, contribuyó de un modo claro a la estabilización de los esfuerzos de cambio, así como su politización –y por ello también ciclos de contenidos diferenciados– permitió que diversos sectores políticos pudieran participar en un proceso que puede verse en perspectiva histórica como algo continuo.

Ha sido esa visión y esa perspectiva la que ha permitido tanto detectar como profundizar y poner en la agenda pública algunos problemas profun-

dos que constituyen obstáculos mayores para todo logro de corto plazo. Una política de largo aliento se construye también cuando se toma conciencia de que las dificultades para lograr efectos en tiempos menores no son solo el resultado de defectos de puesta en marcha o alguna otra razón de gestión del cambio, sino que tienen que ver con problemas de tipo más profundo, imposibles de remover a corto plazo aun con la gestión más eficiente. Podemos llamar a estos problemas una “base estructural” de problemas, siempre que no usemos esa frase para dar cuenta de un conjunto de dimensiones que solo se pueden remover con “acciones extraordinarias”. Es decir, que no es necesario algo así como una “revolución” para removerlos. Si ello fuera así, la democracia sería incapaz de remover bases de ese tipo. Si usamos esa frase en el sentido de un conjunto de falencias de larga data, profundamente arraigadas en sectores sociales (profesionales, generalmente) pero que pueden ser removidas por acciones ordinarias de gobierno por más que lleven tiempo y sean intensas, sí podemos usarla, ya que es bastante común encontrarnos con problemas de este tipo no solo en la justicia sino en la educación, la salud, la seguridad y hasta en la economía de un país. Esa “base estructural” que debe enfrentar el proceso de reforma de la justicia penal se funda, por lo menos, en las cuatro dimensiones que señalamos a continuación.

La matriz histórica de la justicia penal como tradición

Existe un punto común en toda la región, que por una parte es evidente, pero por otra tardó en advertirse su magnitud y el condicionamiento que generaba. Toda América Latina es tributaria de una forma de legalidad, vinculada a un tipo histórico de administración de justicia, cuyos efectos se sienten con fuerza en la actualidad. En primer lugar, la matriz de la legalidad colonial se caracteriza por un “hiperlegalismo”, es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no solo era parcial sino altamente inconsistente y selectivo. Una aplicación de la ley vinculada a los privilegios o a la arbitrariedad, a la vez que una base moralista y declamativa. Así lo señala Ots y Capdequí, para quien lo característico del derecho indiano era un “casuismo muy acentuado y una tendencia reglamentarista minuciosa” (1968: 88). Pero ello no derivó en un sistema de precedentes sino en un mo-

delo consuetudinario plagado de excepciones y aplicación desordenada, en lo que también influía la distancia, las realidades tan multiformes y, en especial, la divergencia entre la juricidad planteada por moralistas y teólogos (cuyo paradigma es Vitoria) y las condiciones económicas y políticas reales de la conquista (esclavitud, saqueo, etcétera). Según las versiones de los historiadores, la fórmula suspensiva de las instrucciones reales “se acata, pero no se cumple”, era una práctica administrativa ordinaria y una puerta abierta a la arbitrariedad de las autoridades coloniales (Ots y Capdequí, 1968: 88 y 89). Lo cierto es que se conforma un Estado con una práctica de legalidad muy diferente a la que hoy consideramos como adecuada (aunque la relación entre hiperlegalismo e incumplimiento selectivo sigue existiendo) y un predominio de una *dimensión administrativa de la ley* impropia para generar una cultura de la legalidad que aun hoy constituye una de las principales rémoras de la cultura jurídica de nuestros países.

Por otra parte, España exportó el modelo inquisitorial de administración de justicia, que acentuaba esa visión *administrativa y ordenancista*, ya que esa *maquinaria judicial* no estaba pensada para controlar el poder público o el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de *afirmación del poder del monarca*, no de limitarlo. Mucho se ha escrito sobre la Inquisición, sobre la influencia que ha tenido en la configuración del autoritarismo moderno (Lea) o la pesada carga que significaba para las nacientes repúblicas (Sarmiento) o, con mucha más profundidad aún, fue el objeto de muchas de las grandes batallas de la Ilustración y encontramos todavía en Carrara, a mediados del siglo diecinueve, una lúcida y feroz crítica al secretismo, la arbitrariedad, el abuso sobre el imputado, la demora, la tortura; en fin, un modelo judicial tan alejado de los principios republicanos de entonces como mucho más aún de las exigencias de una república democrática. Los pensadores y políticos fundadores de nuestras repúblicas vieron este problema pero no lograron torcerlo; en el mejor de los casos, con esfuerzo se logró adoptar en las normas el modelo inquisitorial bonapartista (sistemas mixtos), con todos sus componentes autoritarios que repotenciaron el modelo inquisitorial clásico, pero en la práctica la tradición inquisitorial más antigua se impuso por sobre los llamados “modelos mixtos”. Quien quiera ahondar en este punto se encontrará con una literatura que ya lo ha destaca-

do con insistencia¹. El esfuerzo por emular la legislación continental europea –ella misma con graves problemas por sus vínculos con la tradición inquisitorial– no logró frenar la tradición de la legislación colonial arraigada en prácticas políticas, comerciales, sociales y culturales y sustentada por la práctica de una abogacía formada al calor de esas mismas prácticas o de la influencia de la formación teológica-canónica. Y en esto se manifiesta la fuerza de la matriz histórica, como tradición. Una elaboración propia de la legislación –si ella hubiera sido posible– hubiera sufrido el mismo problema. El asunto no es la “copia” de la legislación sino la fuerza de la tradición inquisitorial.

No se trata, pues, solo de destacar un hecho histórico que ya de por sí tiene una gran influencia. Lo inquisitorial en nuestra región no es simple historia, *es una tradición*. Y como tal entendemos un conjunto de prácticas enraizadas en la historia, no siempre conscientes en quienes las ejecutan, pero que, precisamente por su base histórica, son el terreno *desde donde organizamos nuestra comprensión del mundo, tanto intelectual como práctico*. Ya la hermenéutica ha destacado la fuerza de esta tradición, no solo en el sentido negativo sino también en tanto funda todo horizonte posible de comprensión. Por ello, es insoslayable una visión historicista de la reforma de la justicia penal en América Latina, pero no en la forma de una pedagogía simple de las etapas del desarrollo de las instituciones, sino en la visión más rica de las tradiciones constituyentes de nuestro pensar y hacer la actividad judicial. Hay un conjunto de tradiciones que hunden sus raíces en la Inquisición cuya influencia ha sido determinante para el desarrollo de la reforma de la justicia penal. Por ejemplo, la tradición infraccional, que se desentiende de la idea del conflicto y su gestión; o la maquina, según la cual es el juzgado, el tribunal, la sala o la cámara la que administra justicia y, por tanto, la participación personal del juez puede ser “delegada” en una justicia de secretarios, funcionarios y empleados que igualmente ponen en funcionamiento la maquinaria. Estas y otras tradiciones hacen que todavía la política de reforma de la justicia penal sea, en el más estricto sentido de la palabra, una política “contra la Inquisición”.

1 En www.cejamericas.org o www.inecip.org se puede encontrar diversa literatura alrededor de la matriz histórica de la justicia penal.

La cultura judicial en la región

Se ha vuelto bastante usual apelar a problemas “culturales” para señalar las dificultades de la puesta en marcha de los nuevos modelos procesales. Se apela a una persistente *cultura inquisitorial* como la causante de muchos retrasos o se sostiene que hasta que no se revierta esa cultura no se podrán obtener frutos de la reforma. Si bien esa afirmación puede ser asumida como una hipótesis válida para explicar muchas de las dificultades, también corremos el riesgo de que se convierta en una muletilla sin contenido, que, apelando a una entidad metafísica indeterminada, nos deje en la inacción propia de la espera de un cambio que nadie determina como se debería producir. Por ello debemos ahondar en este punto, en tanto la escasa investigación que en general ha existido al respecto nos permita².

En primer lugar, es necesario diferenciar entre la cultura de la legalidad propia de los ciudadanos y la *cultura jurídica propia de los operadores, es decir, de los abogados*. Ciertamente existirán vínculos entre una y otra, pero no tan directos ni tan determinantes para nuestro asunto. En tanto la ciudadanía tenga poco apego a la legalidad o la perciba como un juego de privilegios y trampas, la fortaleza de la administración de justicia siempre tendrá problemas. Cuando ello ocurre no es por una especie de desprecio congénito por la ley, sino una larga experiencia acumulada (como ocurre con cualquier tema cultural) de un funcionamiento de ese tipo. Es decir, la tradición inquisitorial ha generado una ciudadanía escéptica acerca del valor de la ley y de la razón jurídica porque la justicia ha funcionado de un modo tal que no ha moldeado otra percepción ciudadana. No es irrazonable que un ciudadano común, en especial aquellos más vulnerables, descrean de la ley y la administración de justicia.

No obstante, para nuestro tema es mucho más importante la *cultura de la abogacía*. Es aquí donde se encuentran los principales problemas. En primer lugar, se trata de una cultura poco afecta al valor de la ley: de hecho,

2 Sobre las investigaciones relativas a la cultura jurídica, ver Squella (1994), Tarello (1995), Binder (2007).

es bastante usual que en las propias escuelas de leyes se trasmita poco entusiasmo sobre el valor de la ley; en segundo lugar, se trata de una cultura poco clara acerca del valor de la propia profesión y de los límites que ella impone al ejercicio del litigio y al respeto a los intereses de los clientes. En ese sentido, existe un fuerte grado de poco “profesionalismo” en el ejercicio de la abogacía; en tercer lugar, existe un apego a un cierto conceptualismo de tipo escolástico que hace que muchas de las discusiones y de la formación de las élites mejor preparadas carezcan de los métodos y de las doctrinas para construir instrumentos aptos para gestionar la conflictividad y se orienten más a repetir doctrinas y teorías en abstracto, sin clarificar el juego de intereses que se encuentra en la base de toda discusión jurídica. Pero, de todos modos, la característica más determinante para nuestro asunto de la cultura jurídica es que ella se desarrolla, antes que nada –y de un modo masivo– como una *cultura del trámite*.

Ya hemos destacado en otro lugar (Binder, 2012: # 2) como el trámite se convierte en una práctica extendida, que se encuentra consolidada en el saber forense, que convierte la legislación en un *manual de procedimiento*, que se desentiende de los productos y efectos para prestar atención preferente al camino, procedimiento, secuencias, etcétera, lo que impide una comprensión cabal de las nuevas reglas de juego, que son *reglas de litigio, no de trámite*. Claro está que toda organización burocrática desarrollará trámites sin los cuales no puede hacer frente a demandas masivas, pero ello no es el problema. Lo determinante es la centralidad de ese trámite en la configuración de los esquemas mentales de la abogacía y en la realidad que ello luego genera, provocando un círculo vicioso de retroalimentación que llamamos *reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales*. Estos esquemas mentales que se fundan en, pero a la vez ellos mismos fundan prácticas cotidianas (“habitus” en el sentido de Bourdieu), son en gran medida los que producen las mayores distorsiones del funcionamiento de los sistemas de la justicia penal y los que nos permiten ver cómo prácticas que claramente se querría desterrar (el escriturismo, el formalismo sin sentido, la mora como despilfarro del tiempo, el desprecio por los problemas concretos de los litigantes, el maltrato a las víctimas e imputados, etcétera) reaparecen bajo nuevos ropajes. Más complejo es el problema aun cuando todavía una parte importante de la doctrina sigue enfrascada en lo que de-

nominamos *análisis secuencial del proceso*, es decir, una forma explicativa que pone el énfasis en el trámite y las secuencias, o lo que mucho tiempo atrás se llamaba *procedimentalismo*.

Frente a ello carece de sentido el mero desaliento (o su forma más frecuente, que es la naturalización del mal funcionamiento de los tribunales –¡Esto siempre será así!), sino que se debe reaccionar construyendo nuevos instrumentos de intervención sobre el campo de la justicia penal. En primer lugar, debemos desarrollar un *nuevo programa de investigación empírica*. Hoy ya hemos incorporado al lenguaje sobre la justicia penal palabras como cultura o prácticas, pero el conocimiento que tenemos sobre las prácticas concretas, su desarrollo y fundamento, es todavía deficiente. En general, no hemos desarrollado aún una sociología de los sistemas de justicia de la magnitud que necesitan estos procesos de cambio. Ni la criminología ha podido prestarle toda la atención a ese fenómeno ni la sociología o la antropología jurídica han llegado aún al grado de precisión sobre prácticas concretas de la organización judicial, que necesitamos conocer. En segundo lugar, es necesario desarrollar nuevas formas de enseñanza con capacidad de revertir prácticas concretas. La capacitación judicial sigue, en mi opinión, sin hallar un rumbo claro de cómo enseñarles a los operadores a hacer su trabajo. O enseña interpretación de leyes o enseña valores generales, sin tener un programa amplio de *reversión de prácticas concretas o de estímulo de las prácticas adecuadas*. En fin, no necesitamos una metafísica de la cultura o de la práctica judicial, sino herramientas de intervención concretas basadas en conocimientos empíricos precisos. Finalmente, es necesario identificar las *instituciones contraculturales*, es decir, aquellas que se oponen a la cultura del trámite y nos empujan hacia la cultura del litigio adversarial. En ese sentido, todo el programa de oralización del que hablaremos más adelante se ha fundado en esta visión contracultural de las audiencias. Ello ha impactado, como veremos, en los modelos de organización, que son los reservorios más potentes de la cultura inquisitorial. Cuáles serán los modos concretos que deberán desarrollar las escuelas de leyes y los institutos de capacitación judicial o los programas de investigación de los centros de investigación es algo que no se puede describir de un modo general: cabe señalar la necesidad y la urgencia de cubrir un área donde la vacancia de información, de conceptos y nuevas pedagogías es tan urgente como poco advertida.

Usos y finalidades políticas de la justicia penal en perspectiva histórica

Pero no todo puede ser visto como un problema de pura *dinámica cultural*. La matriz histórica de la justicia penal inquisitorial ha perdurado, entre otras razones, por su *funcionalidad política*. De hecho, el modelo inquisitorial que recibió América Latina cumplía funciones políticas claras, al servicio de las nuevas formas de absolutismo y poder concentrado sobre territorios más extensos. La justicia penal, al manejar, aunque sea parcialmente, uno de los instrumentos más poderosos del Estado, ha estado al servicio de ese poder concentrado a lo largo de nuestra historia. Nadie puede desconocer las dificultades que hemos tenido en nuestra región para construir una vida republicana, mucho más cuando comenzó a tratarse de una república democrática. No es difícil de entender que la justicia penal haya, no solo acompañado, sino servido a una dirigencia política que no asumía con facilidad la idea de límites y menos aún la construcción de un poder que lo limitara. No obstante, hay que destacar también que la magnitud de la debilidad del Estado de derecho en nuestra región ha sido tan grande que los poderes concentrados tampoco necesitaban el uso, aunque fuera espurio, de la maquinaria judicial. Los poderes gobernantes podían valerse por sí mismos para llevar adelante muchas formas de abuso directo mediante la intervención directa de la policía o de comisiones policiales o tribunales políticos o administrativos. Alcanzaba con la complicidad silente de los jueces y fiscales o simplemente con el hecho más imperceptible aún de que estuvieran entretenidos en sus propios trámites, sin tomar conciencia cabal de los efectos sociales y políticos del funcionamiento de la justicia penal. Esta dualidad también marcó la institucionalidad de la justicia penal, haciendo que ella tampoco fuera una institución poderosa, ya que para el mantenimiento del “orden” y para el abuso, alcanzaba y sobraba con la manipulación de las policías y la debilidad judicial.

Vemos pues que la justicia penal tuvo, por una parte, una funcionalidad de apoyo a los poderes concentrados, pero, por otra, un desarrollo institucional débil, dado que para cumplir las funciones de cobertura tampoco se necesitaba mucha justicia penal. La figura del juez de instrucción, que más allá de todos sus defectos intrínsecos era manifestación de la centralidad y

autonomía policial es, en este sentido, paradigmática. Por eso podían existir pocos jueces de instrucción, sobrecargados, sin estructura, etcétera. Mucho peor era la situación del Ministerio Público fiscal, que en el contexto de este funcionamiento cumplía funciones accesorias, muchas veces menores, salvo cuando las formalidades del sistema inquisitorial napoleónico (mixto) le daban el poder de requerir o acusar. En ese sentido, su funcionalidad política se limitaba a asegurar que los jueces de instrucción no iban a exagerar sus facultades. Una justicia penal *tan dócil como débil* era la que podía asegurar el control directo de las policías sobre la criminalidad y, al mismo tiempo, asegurar la impunidad estructural de los delitos de los poderosos, ya se tratara de corrupción o de otras actividades ilícitas organizadas. El control policial sobre los delitos urbanos contra la propiedad, o directamente el control sobre poblaciones o sectores sociales, es decir, lo que luego la criminología va a denunciar como *selectividad del sistema penal, orientado casi exclusivamente al castigo de cierto tipo de delitos cometidos por ciertos sectores de la sociedad (pobres, marginales, jóvenes, etcétera)*, marcó también un funcionamiento selectivo de la justicia penal que continúa hasta el presente.

Esta función adquirió, finalmente, un carácter más profundo de complicidad con las distintas formas de terrorismo de Estado. Ya sea en los casos de represión directa, como en el Cono Sur, o en el contexto de guerras civiles más o menos extendidas, la justicia penal fue una parte esencial en una cobertura de impunidad que encubrió masacres, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado de poblaciones y otras aberraciones propias de las estrategias contrainsurgentes de la época. De este modo, a las críticas tradicionales al funcionamiento selectivo de la justicia penal, ahora se suma una más profunda, vinculada a su complicidad, más o menos directa, con la violencia del terrorismo de Estado. Los grandes documentos que testimonian y analizan ese periodo (Comisión de la Verdad, Informe Rettig, y en general toda la literatura que ha analizado el problema de la justicia transicional), hablan desde la falta de valentía moral hasta la complicidad más directa, pasando por el reconocimiento del problema estructural de la administración de justicia.

Justicia penal y democracia

En consecuencia, los procesos de transición hacia la democracia que comienzan a gestarse en la década de los ochenta, con las particularidades y ritmos de cada uno de ellos, pero también con sus elementos comunes, trajeron como una novedad la inclusión de la *cuestión judicial* como parte del problema democrático en su totalidad. Ya no se tratará solamente de los ejes de procesos electorarios libres y transparentes o del respeto a la pluralidad y fortaleza de los partidos políticos, sino que se trata de pensar, junto a los problemas intrínsecos de la dimensión democrática, los que aparecen ahora como propios de una *república democrática*, esto es la *fortaleza del poder judicial* como condición del imperio de la ley en la vida social. Incluso para sectores cuyo eje de pensamiento había girado exclusivamente alrededor de la transformación social, aparece un horizonte de reflexión vinculado a las instituciones propias de un sistema democrático de base constitucional. La actividad constituyente propia de esas épocas se caracterizó tanto por la reafirmación del constitucionalismo social como por la insistencia en la necesidad de la fortaleza del poder judicial como límite a los poderes ejecutivos.

Aparece así una idea que todavía hoy tiene fuertes resonancias, desafíos y deudas: *la democratización de la justicia*. La pregunta acerca de cuál debería ser el papel del sistema judicial en general y el penal en particular en una democracia no ha recibido aún respuestas completas. En particular si se trata de una democracia que debe convivir con grandes desigualdades sociales, con sistemas electorales frágiles, con un sistema de partidos incipiente o en crisis, etcétera. Ello implica una democracia con grandes tensiones sociales irresueltas que marcan una tendencia hacia la lógica de la emergencia, que siempre se ha llevado mal con la administración de justicia, que trabaja con regularidades y normalidades, antes que con excepciones. Por otra parte, la cultura política ha derivado rápidamente hacia una práctica de abundante concesión de derechos y una retórica o lenguaje de los derechos que condiciona el debate político. Esta ampliación de los derechos ciudadanos aumenta las tensiones sobre el sistema judicial que ahora debe resolver sobre la vigencia de derechos con grandes impactos sociales y económicos. En el campo de la justicia penal comienza a exigirse que ella se ocupe no de la criminalidad común sino de fenómenos criminales com-

plejos y extendidos. En consecuencia, democratización de la justicia significa, en términos generales, adaptar las reglas, prácticas y organización de la administración de la justicia a las exigencias de la sociedad compleja del siglo veintiuno, abandonar sus estructuras “predemocráticas” y constituir un nuevo tipo de reflexión sobre el poder judicial y sus nuevas tensiones.

Finalmente, una nueva tensión se presenta en las relaciones entre justicia penal y democracia. Precisamente el avance de fenómenos criminales extensos que, en su mayoría adquieren la forma de mercados criminales en permanente expansión, sumado a las crisis institucionales y de eficacia de la justicia penal y de los sistemas policiales, hacen aparecer el asunto de la violencia social bajo nuevas formas y de la mano de la sociedad hipercomunicada se expande también el temor a la victimización. Ella abre un espacio a los discursos demagógicos sobre un uso indiscriminado de la violencia, campañas de ley y orden y otras formas de populismo penal que ponen en jaque a la dirigencia democrática que debe conquistar y representar a sectores que tienen demandas de ese tipo. La necesidad de llevar adelante políticas de transformación de largo plazo buscando el apoyo de sectores atemorizados que reclaman soluciones de corto plazo obliga a inventar fórmulas complejas entre la retórica política y la ingeniería institucional.

Escepticismo, voluntarismo y cambio planificado

El conjunto de problemas descrito en los puntos anteriores genera tres modelos básicos de acercamiento a los problemas de la reforma de la justicia en general que, de un modo explícito o implícito, condicionan los debates no solo políticos sino académicos. En primer lugar, existen quienes se manifiestan escépticos sobre la posibilidad de cambiar el funcionamiento de la justicia penal. Ello se debería a razones de estructura profunda de ese sistema o porque sus funcionalidades políticas siempre la empujan hacia ello y mientras no se modifiquen prácticas políticas más profundas o el modelo socioeconómico de un país, es ingenuo pensar que la justicia penal pueda adquirir otra forma de funcionamiento. Su característica de selectividad actual, es decir, la prioridad en delitos cometidos por sectores sociales más pobres y, al mismo tiempo, su pasividad frente a delitos de los sectores

poderosos, será imposible de modificar mientras no se alteren en profundidad las relaciones de poder exteriores a la justicia misma.

Desde otro punto de vista, se considera que el cambio de la justicia penal es fundamentalmente un problema técnico de reingeniería de las instituciones y que las mejoras tanto en la eficacia como en la eficiencia de sus servicios a los ciudadanos constituyen en sí mismas el horizonte único sobre el que se debe trabajar. Sin embargo, los procesos de victimización son más complejos y no se puede analizar todo bajo un prisma simplista de una selectividad unidimensional. Por otra parte, la población en su conjunto reclama una mayor eficiencia y ello marca un problema general que merece solución. Asimismo, se trata de poner en marcha garantías constitucionales impostergables: la reforma es, antes que nada, un procedimiento técnico de concreción de esas exigencias sociales y constitucionales. Los países deben llevar adelante estas reformas dentro de los programas de modernización del Estado democrático.

Desde una tercera visión se encara el problema de reforma con una mirada más compleja y matizada. Ya hemos señalado que una de las características importantes del proceso de reforma de la justicia penal ha sido el que fuera encarado bajo la lógica de políticas públicas. Ello no implica, por otra parte, que no se reconozcan sus componentes técnicos específicos, pero ese reconocimiento no implica tampoco asumir algo así como una especialidad que no tenga también otros campos de intervención. También se deben asumir las funcionalidades políticas, el peso de las tradiciones, etcétera. En ese contexto de múltiples variables, sumado a la inestabilidad o las turbulencias propias del proceso democrático, es necesario asumir que si se trata de un proceso de largo plazo, necesariamente deberá transitar diversas etapas, adaptarse a entornos distintos, profundizar diagnósticos sobre la marcha, es decir, asumir las complejidades del ciclo de políticas públicas. El análisis de políticas públicas es también otro antídoto contra el pensamiento mágico que todavía campea en el estudio de estos procesos. Lo más importante, nos dirá este tercer enfoque, no es renegar de los avances y retrocesos ineludibles, sino tratar de lograr una planificación de largo plazo, que permita mantener el problema en agenda, renovar la mirada sobre la realidad, inventar nuevos instrumentos de intervención y monitorear el

proceso con la mejor información posible. Todo esto no es sencillo, pero implica asumir un camino de desarrollo progresivo, que parece ser el camino más seguro para darle sustentabilidad a un proceso de cambio complejo. De este modo, análisis exitistas que nos hablen del “triumfo” de la reforma o, de modo contrario, aquellos que rápidamente hablan del “fracaso” del proceso de reformas, carecen de sentido frente a procesos largos y complejos en los que se producen ajustes en un sentido u otro, marchas y contramarchas, retrocesos fundados en razones ideológicas o burocráticas e innovaciones que hacen avanzar a veces a saltos el proceso de cambio.

Discusiones iniciales en el proceso de reforma

Reorganización total o ajuste incremental

Es importante señalar, en consecuencia, algunas de las discusiones iniciales del proceso de reforma. La explicación de los problemas por etapas (o generaciones de problemas, como hacemos) no debe entenderse en el sentido de que cada etapa o generación de problemas agota o resuelve los problemas propios o detectados en ese momento. Se trata, antes bien, de un proceso de progresiva complejidad que reclama nuevas formas de intervención. En un primer momento, entonces, se discutió si el estado inicial de la reforma (sistemas inquisitivos más o menos puros, fuertemente escriturizados, burocratizados, que convivían con fallas estructurales en su sistema de garantías, con altos niveles de autonomía policial, carentes de recursos y organizados de un modo obsoleto y deficiente), sobre cuyo diagnóstico base existían fuertes coincidencias –pese a la crónica ausencia de datos, que pervive hasta hoy– podía ser reparado mediante una política de reformas urgentes o era necesario un cambio total, completo, de las reglas de juego. Favorecía la primera opción el hecho de no postergar un mensaje político de rechazo al estado de la justicia penal, la falta de recursos técnicos para diseñar y ejecutar un plan completo de reforma, las dificultades no solo propias de un plan de largo plazo, sino las propias de un ámbito como el judicial con pocos recursos, muy apegado a sus propias rutinas y escasa o nula vocación de cambio. De hecho, en los primeros momentos de la reforma se diseñaron leyes orientadas a un cambio parcial. Por otra parte, sustentaba una política

de cambio total el hecho de que algunos de los objetivos centrales del proceso de cambio (como el establecimiento de la oralidad) era muy difícil de lograr sin un cambio total de reglas y en general porque el agotamiento del modelo inquisitivo y su inadecuación a las exigencias de la nueva situación democrática no se podía resolver con leves ajustes. Algunos países (como El Salvador, Argentina, Bolivia, etcétera) resolvieron esta tensión haciendo ambas cosas, pero pronto la reforma integral ocupó el espacio central de la discusión.

Tradiciones nacionales o leyes “importadas”

Otra discusión de importancia fue la búsqueda de un modelo para la reforma integral. Existía en la literatura –pero mucho más en la conciencia difusa de ciertos sectores de la abogacía o la política– la idea de que el “mal” de nuestra región había sido la copia lineal de la legislación extranjera. Este debate, conocido como la importación de leyes³, generó tensiones y búsquedas alrededor del modelo. En este sentido cumplió una función importantísima el Código procesal modelo para Iberoamérica, producto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que, si bien tenía como base la legislación alemana e italiana, proponía un sistema acusatorio que era el resultado de la evolución de los estudios de una institución que nucleaba a casi todos los procesalistas de la región latinoamericana. El hecho de que ese modelo haya ido decantando a lo largo de casi cuatro décadas de trabajo en un modelo acusatorio que establecía mixturas entre la tradición anglosajona y la reciente incorporación de ese modelo en la Europa continental (reformas alemana, portuguesa, italiana, etcétera), facilitó la superación de ese debate, a la vez que introducía modelos de legislación no siempre claros acerca de su orientación final, porque como ocurre en toda legislación se produce una mixtura de fuentes producto de la lucha de intereses presente en el proceso legislativo. Es decir, el problema de la legislación importada no pasó de ser un debate marginal, dado que, en la experiencia legislativa concreta, todos los países utilizan el derecho comparado de un modo directo y central.

3 Sobre este tema en particular, ver Pásara (2015), Binder/Obando (2004).

Unidimensionalidad normativa o multidimensionalidad

Otra de las características iniciales de esta primera generación de problemas consistió en el intento de superar la tradicional unidimensionalidad normativa de las reformas judiciales. No era la primera vez en la historia que la región optaba por un cambio total de códigos. De hecho, muchos países habían pasado de la legislación española a la francesa mediante cambios bastante importantes en sus códigos procesales o mediante sustituciones totales. Sin embargo, la experiencia general era que esas modificaciones no habían logrado alterar en lo fundamental las prácticas anteriores y que se había carecido de un plan de intervención que fuera más allá de la aprobación de las leyes, la creación de algunos tribunales y algo de capacitación para los operadores. En gran parte, ello era el resultado de la propia estructura de esas leyes, ya que en la medida que no modificaban las reglas de la instrucción de los casos –que en el modelo napoleónico seguía atada a la lógica inquisitorial, y el juicio oral era altamente dependiente de la producción de prueba escrita–, no producía mayor contradicción con las prácticas escrituristas vigentes entonces. El proceso de reforma de la justicia penal toma nota de ese fenómeno histórico y plantea de entrada *la multidimensionalidad del proceso de cambio*. No se debía tratar de un simple cambio de leyes, sino de un proceso complejo que actuara también sobre la dimensión administrativo-gerencial, sobre la incorporación informática, sobre los perfiles de los operadores y su capacitación, sobre el diálogo con la sociedad, etcétera. Esta multidimensionalidad provocó un fuerte impacto sobre los procesos de implementación, y si bien fue asumida como una nueva doctrina del cambio, no llegó a ser asumida en toda su profundidad técnica, limitando la posibilidad de los nuevos códigos de influir de un modo completo sobre las prácticas y abriendo paso a que, en menor medida, se repitieran los problemas propios de las viejas estrategias unidimensionales.

La cuestión estratégica: ¿por dónde dar inicio al proceso de cambio?

La toma de conciencia de que el proceso de cambio se trataba de una compleja trama de dimensiones entrelazadas e interdependientes provocó un debate inicial sobre la estrategia más conveniente. ¿Era un camino adecua-

do cambiar radicalmente el modelo de la legislación sin tener capacitados a los operadores futuros? ¿O hacerlo con una notoria carencia de recursos? ¿Cómo hacer para que esos operadores aprendieran el nuevo funcionamiento y se capacitaran? ¿Se puede poner en marcha un nuevo sistema de esas características sin tener la infraestructura adecuada? ¿O hacerlo sin que las organizaciones policiales fueran también reformadas? Cada una de estas preguntas apelaba a un conjunto más que razonable de problemas, pero también se proyectaba sobre un contexto real de producción de la política que no permitía contestar a cabalidad cada una de ellas o terminaba generando un escenario conservador, con el peligro de dejar pasar el momento de mayor voluntad política de cambio. La cuestión estratégica, entonces, consistía en elegir las mejores variables para desencadenar un proceso de cambio en el corto plazo, aprovechar la energía política disponible, asumiendo los riesgos que el contexto convertía en ineludibles, pero tratando a la vez de estabilizar y dinamizar lo más posible el proceso de cambio. En términos generales ello se logra finalmente ratificando el diseño de *reforma integral* y adicionándole *planes de implementación*, más o menos extensos, que trataran de remediar, por lo menos escalonadamente, algunos de los problemas señalados por las preguntas indicadas, aunque en ningún caso se logró transitar un escenario, no digamos ideal, sino al menos estabilizado y de menor riesgo. El caso chileno es quizás el único que permitió estabilizar el escenario de reforma, en tanto se encontraba estabilizado su escenario político.

Sustentabilidad: avances y retrocesos

Ahora bien, aun cuando la aparición de los *planes de implementación* permitió encontrar una clave estratégica que permitiera darle viabilidad a la visión de reforma integral y proyectar muchos de los problemas sobre el futuro inmediato, generó no solo nuevas discusiones sino la necesidad de manejar dos realidades nuevas: una, las organizaciones judiciales, en algún punto principales responsables de la puesta en marcha, carecían de las herramientas para gestionar ese cambio y no estaban acostumbradas a liderar procesos de ese tipo. En aquellos países donde los grupos reformistas o un grupo de personas en particular (o incluso una sola de ellas) lograba

mantener un liderazgo activo, los problemas se podían encarar con mayor soltura, pese a la dificultad. En otros, donde ello no existía y, por tanto, se debían encargar las instituciones y autoridades formales, la tendencia a que el proceso de implementación se paralizara (aun en las etapas de diseño) mostró una nueva dificultad, que hasta el presente no se ha podido resolver. Por otra parte, en la medida que los procesos se proyectaban por años o se lentificaban, en su ejecución comenzó a plantearse el problema de los retrocesos, la desaparición de la energía política o el cambio de rumbo de esa misma voluntad. La idea que el proceso de cambio tenía que *administrar avances y retrocesos en un contexto político cambiante* constituye una novedad para la escasa capacidad y cultura de la planificación en el mundo de las reformas judiciales. Pese a que ello ha sido objeto de seminarios, talleres, estudios, etcétera, en el presente sigue siendo un problema difícil de manejar.

Regionalización y redes de colaboración

Otro de los elementos característicos de estas primeras etapas de la reforma de la justicia penal es que, en todo momento, se aprovecharon las redes de cooperación entre los propios países dispuestos al cambio. Ya hemos señalado la función que cumplió el Código procesal penal modelo para Iberoamérica, no solo para conciliar tradiciones y dar una base de respaldo a los proyectos locales, sino para proveer un lenguaje común para la reforma. Ese Código modelo había sido el producto de la cooperación de los distintos grupos académicos, lo que permitió también una red de difusión de ideas más amplias. Los diversos grupos reformistas solo tuvieron que rescatar esa actividad previa y llenarla de nuevos contenidos, revitalizando la red de trabajo y permitiendo compartir experiencias, no ya sobre los contenidos técnicos sobre el proceso penal sino sobre las dificultades de la puesta en marcha y la ingeniería de planificación y ejecución. En consecuencia, se produjo ahora una regionalización de la justicia penal que ya no se sustentaba en la matriz histórica común sino en los intentos compartidos por solucionar ese problema. Ya se tratara de cooperación entre instituciones judiciales, grupos académicos o grupos de organizaciones no gubernamentales, lo cierto es que la reforma de la justicia penal se proyectó sobre una

realidad regional, pero no del modo en que muchas veces esa dimensión vuelve superficiales los problemas locales sino, al contrario, permitiendo que la inexperiencia de cada grupo local fuera mitigada por las experiencias de otros grupos de reforma y generando un espacio de intercambio que no era usual en este campo. Esa tendencia finalmente se ha consolidado y lo demuestra el nacimiento de redes institucionales entre las cortes supremas, el Ministerio Público Fiscal, las defensas públicas e, incluso, entre las organizaciones no gubernamentales.

La participación e influencia de la cooperación internacional

Finalmente, un nuevo componente contribuyó a la complejidad inicial de la reforma de la justicia penal. En algunos países, la cooperación internacional, en particular la bilateral, y más precisamente la cooperación de los Estados Unidos de Norteamérica, mostró una intención, no solo de ayudar en el proceso de cambio, sino de participar activamente en él. Ello significó, por una parte, un impulso político y material enorme para algunos países que carecían de recursos, así como terminó de convencer a ciertos sectores políticos atentos especialmente a sostener buenas relaciones con ese país; pero, por otra parte, abrió nuevos debates acerca de si el proceso de reforma era un producto genuino de los intentos de democratización de cada país o una imposición extranjera. La irrupción inicial de esa forma de cooperación –y luego de otros actores públicos y privados de cooperación bilateral, norteamericanos, canadienses, españoles, alemanes, noruegos, etcétera– ha generado un desafío no siempre manejado con habilidad. La aparición de fondos a veces excesivos para la madurez del proceso de cambio, la participación necesaria de consultores extranjeros con distintas visiones, intereses, formas de trabajo, etcétera, contribuyó tanto a dinamizar como a crear nuevos problemas. Más allá del debate político sobre el manejo de esa nueva realidad de la cooperación internacional, lo cierto es que el conjunto de esa cooperación tan diversa contribuyó a darle riqueza al debate sobre la reforma. Para algunos países se convirtió en el único camino para conformar equipos técnicos; otros llevaron adelante sus reformas sin ninguna participación de la cooperación internacional. De hecho, la convivencia con esos actores permitió alcanzar mayor madurez política y técnica al proceso

de cambio y abrió puertas para un intercambio con los países desarrollados que fuera más allá de las reglas de cooperación internacional judicial, lo que todavía es una tarea pendiente.

Primera etapa del proceso de reforma: reformas de primera generación

Sistema acusatorio y sistema inquisitorial: la nueva división de funciones

Por fuera de cualquier definición de “modelos”, lo importante es que la adopción de los nuevos sistemas acusatorios implicó una profunda *división de funciones en el proceso penal*. Lo que antes era una concentración de funciones y poderes en la figura del juez de instrucción, pasa ahora a ser una repartición de esas funciones entre los acusadores, preferentemente los acusadores públicos, es decir, los fiscales, quienes asumen toda la tarea de preparación del caso y su presentación en juicio, los defensores, quienes asisten al imputado con total autonomía y una nueva y más fuerte organización para los defensores públicos, y los jueces, que reservan para sí lo estrictamente jurisdiccional, es decir, *la resolución de los litigios, en particular, el dictado de la sentencia*. Según cada proceso en particular, esta división ha sido más o menos tajante, según el peso de las tradiciones inquisitoriales o la desconfianza hacia los fiscales. Por otra parte, en esta primera generación de cambios se establece como criterio determinante el *juzgamiento oral, es decir, mediante un juicio oral y público realizado ante jueces profesionales o en unos pocos casos ante jurados*. Esta reorganización del proceso penal produjo un gran impacto porque hacía desaparecer la figura antes protagónica del proceso penal a la vez que nacían dos nuevas instituciones, el Ministerio Público Fiscal (en la gran mayoría de países, claro está, ya existía, pero era una institución más o menos débil y sin gran protagonismo) y en particular la defensa pública, organizada como una nueva institución también más o menos autónoma. Por otra parte, si bien ya existían leyes que establecían la oralidad, adquiere ahora un nuevo impulso, y si bien imperfectamente comienzan a llevarse adelante muchos más juicios orales. Se acepta, además, que ese es el único modo de juzgamiento admisible según

las constituciones nacionales y los pactos internacionales de derechos humanos, comenzando una lectura del proceso penal *desde el bloque de constitucionalidad*. Se asume, ahora, que las reglas básicas del proceso penal están definidas ya en las leyes fundamentales y constituyen ellas mismas derechos humanos fundamentales.

La diversificación de salidas y respuestas.

Redefinir la eficacia del sistema penal

Por otra parte, las primeras y nuevas legislaciones rompen con el carácter rígido del régimen de la acción pública, que producía la ficción de que todos los delitos debían ser investigados por igual, lo que en la práctica significaba que la inmensa mayoría de ellos quedaban archivados o prescribían. Frente a ello, se introducen nuevas reglas de flexibilización y oportunidad que permiten *diversificar* las respuestas del sistema penal sin empujar todos los casos hacia la irrealizable tarea de utilizar el juicio oral para todas las situaciones. Nace así una nueva realidad que permite redefinir el concepto de eficacia y permite también cambiar la relación con los imputados y con la sociedad en su conjunto. En particular, la introducción de formas *conciliatorias* abrió las puertas hacia soluciones de mayor extensión y calidad y las distintas formas de *suspensión condicional del proceso* permitió diversificar las respuestas punitivas, incorporando todo el conjunto de penas alternativas a la cárcel en el proceso penal, lo que no se había logrado plenamente en las reformas de los códigos penales. Esta nueva dimensión del proceso penal produjo un gran impacto, no solo en las prácticas sino en la capacitación e incluso en la literatura disponible. No obstante, pronto se demostró que las instituciones judiciales, tanto el Ministerio Público Fiscal como los jueces y en gran medida la abogacía, no estaban todavía preparados para aprovechar con rédito estas nuevas instituciones.

La emergencia del problema de la víctima

De la mano de estas nuevas instituciones, pero también como expresión de cierto espíritu de época mucho más sensible a los problemas de la victimi-

zación en general, no solo en América Latina sino en el resto del mundo, la nueva legislación procesal hace un reconocimiento expreso de nuevos y más amplios derechos de la víctima. Ello respondía, en gran medida, a un profundo cambio de paradigma: de considerarla como un sujeto negativo dentro del proceso, portador de venganza o dispuesto a convertir su dolor en un negocio económico, se pasó a una mirada mucho más comprensiva de su situación y a una revalorización de la búsqueda de reparación o justicia. La mirada puesta en los grandes procesos de victimización propios de las violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras influyó en gran medida para consolidar esta mirada positiva sobre la víctima. Pero más allá de este reconocimiento en las leyes (o de las políticas de reparación en casos de violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado), este impulso alcanzó apenas para construir nuevas oficinas de asistencia a la víctima, las que no siempre fueron dotadas de recursos suficientes o proporcionados a la gravedad del fenómeno que se reconocía. En el fondo, el paradigma benevolente no pasaba de generar una sensibilidad hacia casos graves de abuso sexual o situaciones similares y a realizar un no siempre eficaz acompañamiento de las situaciones de crisis que acompañaban a esos casos. No obstante, se debe reconocer que abrir la puerta a la víctima en el proceso penal fue un avance notable dentro de la necesidad de un cambio de forma de relacionamiento entre la sociedad y la administración de justicia.

Las garantías del imputado como sistema: clarificaciones conceptuales y normativas

Desde la otra cara del proceso penal, también se produce un reconocimiento mucho más extenso y profundo de los derechos del imputado. No solo las prácticas del sistema inquisitorial habían convertido al imputado en un objeto del proceso, tratado muchas veces con crueldad inusitada, sino que las propias leyes eran reacias a reconocerle sus derechos fundamentales. En ese sentido, el proceso de reforma actúa en dos direcciones complementarias. Por una parte, amplía el catálogo de los derechos básicos de información, control de detención y resguardos de la declaración como acto de defensa y, por la otra, amplía los alcances y la obligatoriedad de la asistencia técnica

de un defensor desde los primeros momentos del proceso. Normas contundentes, tales como la consulta previa con un defensor antes de prestar declaración o la obligación de la presencia del defensor durante la declaración en la etapa preparatoria, constituyen ellas mismas un avance enorme respecto de la legislación anterior que reconocía el derecho de defensa, pero no extraía las consecuencias más importantes, en particular durante los actos iniciales del proceso, cuando esa defensa era más imperiosa para evitar las declaraciones coaccionadas. De este modo, al fundamento constitucional y de los pactos internacionales de derechos humanos se agrega ahora una legislación secundaria mucho más precisa y profusa, que aclara de un modo mucho más concreto el modo correcto del tratamiento de la persona imputada de un delito, desde que esa imputación existe, sin subordinar el ejercicio de esos derechos a autorizaciones estatales o a etapas específicas del proceso.

El nuevo desarrollo de las defensas públicas

Pero el punto de los derechos del imputado no solo quedó allí. La nueva amplitud del reconocimiento de sus derechos, así como las nuevas facultades de su defensor, podían fácilmente quedar atrapadas en las tradiciones formalistas, propensas a una incorporación inocua de estos derechos o su subordinación a requisitos menores que no surgían de la ley, pero se volvían obstáculos insuperables en la práctica de los sistemas. Por otra parte, dada la orientación selectiva hacia los imputados más pobres y vulnerables de la sociedad, resultaba imperioso un salto de calidad en la organización de las defensas públicas. Salvo algunos países, el paradigma dominante en esa época era que el defensor particular estaba obligado por leyes éticas o reglamentarias a prestar servicio gratuito al imputado indigente. Nos es difícil concluir que ello implicaba en los hechos una defensa formal y de baja calidad, pese a las proclamas del derecho concedido para defenderse. La reforma de la justicia penal planteó desde el inicio la necesidad de contar con un nuevo paradigma de defensa pública, creando instituciones fuertes, con una inversión estatal considerable, con defensores pagados por el Estado y por fuera de todo tipo de consideración caritativa. Ello provocó el nacimiento o la extensión de nuevos modelos de defensa pública y la aparición de

una nueva institución en América Latina. No todos los países tomaron las mismas decisiones o diseñaron la defensa pública del mismo modo, pero en términos generales en la consideración de este problema se produjo un salto institucional enorme.

Mecanismos de control de la duración del proceso

Una última variable importante del proceso de reforma (no se agotan aquí todas las dimensiones, sino que se destacan las de mayor impacto, en particular en una consideración política del problema) consiste en los nuevos mecanismos de control de la duración del proceso. En la medida que se le presta mayor atención a los pactos internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a una decisión en tiempo razonable adquiere mayor centralidad frente a las prácticas de procesos que se eternizaban. Sobre esa base, muchas de las nuevas legislaciones establecen nuevos mecanismos de control del proceso, estableciendo una mayor rigurosidad y abandonando la idea de que se trataba simplemente de establecer plazos legales. La aparición de la idea de *máxima duración del proceso*, el mayor rigor en el pedido de prórrogas por parte de los fiscales y en particular la introducción de consecuencias sustantivas ante el paso del tiempo, tales como la caducidad de la acción, la obligación de realizar ciertos actos en tiempos más breves, etcétera, plantean un nuevo paradigma del control del tiempo y, en consonancia con ello, de la mora judicial. El uso creciente de sistemas informáticos de gestión de casos, con capacidad para llevar conteos masivos sobre la duración de los procesos o de actos procesales en particular, sirvió también para un cambio tanto de modelo como de actitud frente a este problema estructural. No siempre los nuevos sistemas fueron aceptados por los jueces o los fiscales, que trataron –y tratan aún– de evadir el control sobre el tiempo, ya sea con prácticas dilatorias explícitas o simplemente no tomando en serio los efectos del transcurso del tiempo sobre las causas. Sin embargo, los defensores comienzan, desde esa época hasta el presente, a utilizar cada vez con mayor frecuencia mecanismos de control de la duración de las etapas procesales, con impacto, incluso, en la duración de la prisión preventiva.

Problemas irresueltos en la primera etapa

Las primeras evaluaciones. Logros y deudas

Se debe destacar que una característica importante del proceso de reforma, como desarrollo de una determinada política pública, es que ha tenido la capacidad de ir haciendo evaluaciones, más o menos profundas, según cada país, pero en todo caso proveedoras de información empírica sobre la marcha de los procesos de implementación de la reforma integral. Se ha discutido sobre las metodologías o sobre la extensión de esas evaluaciones, pero en todo caso, frente a un panorama de ausencia casi total de ese tipo de trabajo, no debe dejar de destacarse su importancia. Ya sea las que efectuaron las propias instituciones o los equipos técnicos vinculados al monitoreo de la reforma o centros y universidades vinculadas al tema, lo cierto es que al poco andar de la reforma ya contamos con una primera visión de sus resultados⁴. Frente al facilismo de cantar victoria o proclamar fracasos, lo destacable de la gran mayoría de esas evaluaciones ha sido que ellas señalaban problemas precisos en los que la reforma de la justicia penal no daba todavía los resultados esperados o marcaba nuevas y más profundas dificultades. Aún más: mostraban una tendencia a lo que desde entonces se llama *la reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio*, es decir, que el sistema en sus variables principales tendía a funcionar del mismo modo que antes. Esto por supuesto no de un modo completo, pero lo suficientemente grave como para generar una nueva batería de medias de intervención. Se toma conciencia, pues, que la acción de los operadores, mediante prácticas concretas, a veces meramente burocráticas o aparentemente inocentes, lograba que el nuevo sistema de justicia penal, a pesar de las nuevas reglas, funcionara, en los hechos, de un modo bastante cercano a lo que se quería abandonar, es decir, escriturismo, lentitud, selectividad no orientada por la planificación, así como los grandes objetivos de oralidad y publicidad de los juicios se veían opacados por las suspensiones de las audiencias, la incorporación de prueba escrita, la continuación del papel activo de los

4 El conjunto de evaluaciones sobre esta primera etapa de la reforma se encuentra publicado en www.cejamericas.org

jueces supliendo a las partes, la falta de litigio adversarial, etcétera. Todo ese conjunto de problemas comienza a ser denominado “reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios” y constituye un problema al que se le comienzan a buscar soluciones.

Las dificultades en la práctica de la oralidad

La primera de esas conclusiones tenía que ver con las graves dificultades para realizar juicios orales de calidad. Esto en dos dimensiones principales: en primer lugar, se observaba una alta tasa de suspensiones, incluso de juicios de importancia o impacto social. Esas suspensiones tenían que ver con problemas de agenda de los operadores, de traslado de detenidos en prisión preventiva, de citaciones de testigos, etcétera. En términos generales, la organización judicial demostraba una alta incapacidad para resolver los problemas prácticos para la realización del juicio oral, y ello provocaba desazón en las víctimas, violaciones en los derechos de los imputados, mora judicial y excesos en la duración de los procesos. Por otra parte, el juicio en sí mismo mostraba *una baja calidad del litigio*, ya sea porque la producción de la prueba seguía atada a la práctica de reproducir lo escrito, porque los litigantes no tenían una visión clara y estratégica de sus objetivos, porque carecían de técnicas de interrogatorio adecuadas, continuando con alegatos puramente retóricos fundados en un pobre análisis del caso. A su vez, los jueces continuaban con sus prácticas inquisitivas durante el juicio, suplantaban la actividad de las partes con largos interrogatorios autónomos, valoraban prueba previa al juicio o redactaban sentencias de un modo incomprensible e infundado. Dificultades en la puesta en marcha del juicio oral por prácticas administrativas arcaicas e incapacidad para litigar y juzgar sobre las nuevas reglas del juicio imparcial constituían escollos lo suficientemente graves como para generar una crisis en el proyecto de la oralidad de la reforma.

Burocratización de la investigación y predominio del mero trámite

Por otra parte, en la propia preparación de los casos se encontraban vicios y dificultades mayores. En primer lugar, las relaciones de trabajo entre fis-

cales y policías en lugar de normalizarse bajo nuevas formas de trabajo, ingresaron a un juego de competencia negativa o de franca desconfianza mutua. Los propios fiscales, al no tener reglas claras de cómo organizar y documentar su trabajo, pronto cayeron en las viejas prácticas del expediente, de tal modo que muchas de las investigaciones no eran más que el reflejo del viejo modo de proceder, incluso ahora más desordenado que antes. La aparición de nuevas formas de criminalidad o de formas más extensas de violencia e, incluso, la simple aparición de sentimientos de inseguridad o temor al crimen más extendido, pusieron en crisis las propias doctrinas del Ministerio Público, que comenzó a oscilar entre la demagogia que lo impulsaba a dar respuesta fácil a los reclamos sociales o la indiferencia que lo llevaba a refugiarse en el viejo aislamiento judicial. Finalmente, el control del flujo de trabajo, la falta de supervisión adecuada, la debilidad de las formas de conducción de los fiscales en jefe y la carencia de un fuerte apoyo tecnológico a la investigación, generaban un cuadro de falta de resultados que necesitaba una reestructuración importante de las formas de trabajo y en particular de los modos de organización.

La tradición inquisitorial en la práctica de los operadores

En ambas dimensiones encontrábamos una fuerte persistencia de la tradición inquisitorial. Ya no expresada de un modo profundo o grandilocuente, sino enquistada en prácticas menores y aparentemente inocentes. En gran medida, los operadores judiciales solo sabían –y también en buena medida querían– tramitar papeles, llevar adelante expedientes y refugiarse en el rigorismo de formas vacías. Atrás de estas prácticas se encontraba lo más profundo de la ideología inquisitorial: la preeminencia de la visión infraccional del derecho penal y el rechazo a hacerse cargo y gestionar los conflictos subyacentes. Esta fuerza de la tradición inquisitorial lleva a que tanto en la literatura como en la consideración general del problema aparezca el concepto de *cultura inquisitorial* como el gran obstáculo a vencer, sin que se sepa con mucha claridad lo que ello significaba y qué acciones eran indispensables para enfrentarla. Por otra parte, se toma conciencia de que la capacitación, que se había realizado con mayor o menor intensidad, era incapaz para frenar la adhesión a esas tradiciones o dotar de las nuevas

habilidades y disposiciones requeridas por el nuevo sistema. El optimismo pedagógico que había caracterizado esta primera etapa de trabajo comienza a ponerse en crisis, sin que aparezca todavía un nuevo modelo que lo sustituya.

El abuso de la prisión preventiva

Desde otro punto de vista, la prisión preventiva, que había sido foco de graves críticas en los sistemas inquisitoriales pre reforma, demostraba ser una institución resistente al cambio, mientras se apoyaba en dimensiones muy fuertes de la práctica del sistema. Si bien en muchos países la aprobación de nuevos códigos significó una baja importante de los porcentajes de presos sin condena, pronto el sistema reaccionó endureciendo esa legislación o los jueces cambiaron su jurisprudencia presionados por la opinión pública. La duración máxima de la prisión preventiva, resultado de las nuevas políticas de control de la duración del proceso, produjo su efecto, pero pronto se comenzaron a diseñar excepciones para extender esos plazos o el conteo de los mismos con base en excepciones fundadas en la actividad dilatoria de la defensa. El deterioro progresivo de las condiciones carcelarias y la sobrepoblación creciente de todos los centros de detención agravó la crítica a la prisión preventiva. En consecuencia, pronto se adquirió conciencia de que la batería de reglas diseñadas hasta ese momento no era suficiente para poner límites, o por lo menos control, a un fenómeno en el que se expresaban tendencias muy profundas de las prácticas no solo del sistema judicial sino del policial y carcelario.

Preocupación superficial por la situación de la víctima

Si bien el avance de la consideración de los problemas de las víctimas había sido un logro de esta primera etapa de la reforma, las organizaciones judiciales no habían logrado darle a las respuestas diseñadas para enfrentar este problema el volumen que se necesitaba para adquirir niveles aceptables de eficacia. Además de ello, la matriz de atención del problema era todavía simplista y orientada a un tipo particular de casos. Pero esta situa-

ción pronto entrará en crisis por varias circunstancias. En primer lugar, el aumento de los estudios sobre victimización demuestra que se trata de un fenómeno mucho más extendido de lo que se conocía hasta entonces, y que ciertos prejuicios tales como los sectores pobres vistos más bien como agresores de los sectores medios y altos eran arquetipos totalmente incorrectos: las mayores porciones de victimización se dan en los propios sectores más vulnerables de la sociedad, desmejorando aún más condiciones ya muy precarias de existencia. Por otra parte, en el escenario irrumpen formas de victimización relacionadas con la violencia de género o la trata de personas, que se convierten en reclamos de gran fuerza y van mostrando poco a poco que se trata de conflictos sociales de gran envergadura y, en algunos casos, de masividad. Finalmente, la sociedad demuestra una nueva sensibilidad frente al delito que la aqueja, generando también una sensibilidad mayor frente a la despreocupación por la situación de las víctimas. Este conjunto de factores va demostrando que el conjunto de respuestas diseñadas hasta ese momento para encarar un nuevo trabajo por y junto a las víctimas era pobre y endeble en relación con la magnitud del problema.

La deficiencia en las investigaciones complejas

Otro inconveniente que se manifestó con rapidez –y en gran medida tributario de la burocratización de la investigación– consistió en la escasa y a veces nula capacidad del sistema de persecución penal para llevar adelante investigaciones complejas, que requerían cooperación de varias organizaciones estatales (criminalidad económica, impuestos, delitos ambientales, lavado, etcétera) y, en todo caso, un diseño inteligente de la investigación. La incapacidad de armar equipos de policías y fiscales estables, la falta de bases de datos que permitieran confrontar información masiva, las dificultades para que el propio Estado le brinde colaboración o le conteste los pedidos de información a los propios fiscales, la falta de integración entre querellantes y acusadores públicos; en fin, un sinnúmero de prácticas y circunstancias consolidadas o enquistadas en las organizaciones, demostraban que frente a los delitos que provocaban graves daños sociales la respuesta del Ministerio Público y la Policía seguía atada a patrones comunes propios de los delitos menores o de flagrancia. En el caso del narcotráfico se produjeron algunos

intentos de modernización, pero no bien las estrategias debían derivar por razones de eficiencia hacia la dimensión financiera de ese mercado ilegal se manifestaban los mismos problemas.

La duración del proceso y la mora judicial

Ya hemos visto que el control de la duración del proceso constituía uno de los objetivos de las reformas de primera generación. Se pudo observar que en una primera etapa el tipo de medidas legislativas diseñadas tenía gran capacidad de provocar un mayor control, pero en tanto no estaban acompañadas de una práctica organizacional de control sobre el stock de causas, es decir, si no se planificaban las respuestas con base en la capacidad real de trabajo y no se construían políticas de respuesta adicional a ese acumulado de casos, se producía un círculo vicioso entre mora y sobrecarga de trabajo, que no solo generaba condiciones objetivas para que el plazo legal previsto no se pudiera cumplir, sino que brindaba una excelente justificación para consolidar las prácticas que eran generadoras de esa mora. De este modo, el sistema se volvía a estancar en las prácticas ya conocidas y la respuesta legislativa más fácil consistía en aligerar los estándares de duración del proceso, premiando la burocratización y la falta de previsión.

Los problemas de la implementación de la primera etapa

Algunos de estos problemas provenían de errores de diseño o de limitaciones del diseño provenientes de las necesarias transacciones políticas, propias de un proceso de cambio que necesita aprobación del sistema político. Otras provenían de limitaciones del modelo de las organizaciones, de la falta de recursos por falta de inversión o deficiencias en la capacidad real de los operadores judiciales y de su compromiso con el cambio. Pero otras provenían de las deficiencias de los procesos de implementación o puesta en marcha de la reforma. Ello se produjo por varias circunstancias. En primer lugar, la pérdida de energía política producto del cambio de época, de gobierno o la demora en tomar las decisiones acerca del diseño provocó que luego no se le prestara atención a la creación de instituciones y métodos

para la puesta en marcha o se lo hiciera de una manera débil. En segundo lugar, es ineludible que una parte importante de la puesta en marcha sea realizada por las propias organizaciones judiciales. Ellas demostraron muy poca capacidad para llevar adelante esta tarea, sea porque no tenían liderazgo o las oficinas formales para hacerlo o porque la entrada del sistema les dificultaba dirigir el proceso y hacerse cargo de su cotidianidad al mismo tiempo. En tercer lugar, los procesos de implementación han sido una continuación del debate político sobre el cambio. No es que se aceptaran las decisiones legislativas y luego se trabajara para ponerlas en marcha de un modo leal y sincero; muchos operadores continuaron apostando a la suspensión, su derogación posterior o modificación, y usaron para ese propósito la inacción o falta de colaboración para generar crisis en el proceso de puesta en marcha. Frente a ello se buscó diseñar entradas progresivas que aligeraran las cargas de planificación y dirección del proceso y permitieran un aprendizaje de la mano de los segmentos que ingresaban al nuevo sistema, pero salvo excepciones esos métodos también han estado atravesados por los mismos problemas.

Todo este conjunto de hallazgos empíricos, problemas estructurales, deficiencias organizativas, tradiciones culturales ajenas al nuevo modelo y desidia o incapacidad de muchos operadores, en lugar de provocar un debate estéril acerca del fracaso de la reforma o su abandono o parálisis, motivaron, en primer lugar, una actividad de estudio, evaluación y discusión acerca de las causas de esos comportamientos o resultados, provocando un conocimiento mayor sobre el proceso de reforma como desarrollo de una política pública –y no meramente como un cambio de proceso o de sistema procesal– y una toma de conciencia de la profundidad de muchas de esas dificultades, enraizadas en la matriz histórica de la que ya hemos hablado. Pero también, en segundo lugar, empujaron al diseño de un conjunto nuevo de herramientas, métodos de intervención o perspectivas de trabajo, que hoy son ya consideradas como parte esencial del proceso de reforma, en particular para remediar estos problemas, para prevenirlos o para disminuir ese impacto y, en términos generales, para comenzar a controlar o remediar la *reconfiguración inquisitorial* a la que ya nos hemos referido. A ese conjunto de medidas se las conoce hoy como *reformas de segunda generación* y son una respuesta clara a los problemas hallados en las primeras evalua-

ciones de la reforma y un intento firme y profundo de ajustar el proceso de cambio, con base en nuevos diagnósticos sobre la situación y las tendencias profundas del modelo de justicia penal en sí, como la pervivencia de prácticas en los operadores mucho más resistentes de lo pensado a la mera capacitación judicial.

Segunda etapa. El diseño y puesta en marcha de reformas de segunda generación

Sistema acusatorio y sistema adversarial

La necesidad de destacar algunos de los problemas principales de la etapa anterior llevó incluso a incorporar algunos nuevos conceptos o a poner nuevos énfasis en otras dimensiones del sistema de justicia penal. Así como en la primera etapa se insistió en el carácter acusatorio del sistema, para así destacar la idea de que a los acusadores le correspondía probar en juicio oral y público su acusación y que a ellos les correspondía la carga de preparar el caso para ello, ahora se busca poner énfasis en que esas tareas, así como las de defensa y resolución del caso, tienen que llevarse adelante en un *contexto de litigio*. Ello no implicaba ningún cambio de fondo –salvo algunos ajustes en el diseño de los sistemas normativos para acentuar las facultades de las partes y diferenciarlas del papel del juez– pero sí marcaba la importancia de ciertas técnicas y ciertas reglas para que el juicio imparcial fuera una realidad y no una mera ritualización del expediente previo. No obstante, la pregunta principal seguía siendo cómo formar y capacitar a los operadores judiciales dándoles un uso adecuado de las herramientas de litigio. Las escuelas de leyes han sido hasta el presente reacias o lentas en modificar sus métodos de enseñanza para preparar a los alumnos a esta nueva realidad. Las escuelas judiciales adolecen del mismo problema, entonces se mantenía un dilema: ¿cómo y dónde enseñar a litigar si los propios juicios orales que hoy se hacen –pocos y malos– no eran un escenario suficiente como para capacitar a todos los operadores judiciales? ¿Cómo enfrentar a la cultura inquisitorial de un modo práctico, cuando ella está enquistada en las actividades más elementales y el saber forense? La respuesta a este tipo de preguntas dio paso a nuevas herramientas y estrategias de cambio.

Más oralidad: la oralidad de las etapas previas al juicio

Frente a los problemas de la oralidad del juicio se diseñó una respuesta de mayor oralidad aún. Los modelos legales tributarios del Código modelo –y por ello de la tradición acusatoria continental, europea– habían respetado el carácter esencialmente escrito y reservado de la etapa preparatoria. Esto, propio en el fondo de los modelos mixtos de tipo napoleónico, volvía a producir el mismo efecto que había producido con la instauración en América Latina de esos códigos, es decir, la etapa escrita se imponía sobre la oralidad y expandía la modalidad escrita de todo el sistema. La respuesta debía ser inversa, se trataba de *oralizar todo el procedimiento*. Los códigos procesales de segunda generación o las reformas que se introducen en los de primera generación obligan a que todo el relacionamiento entre las partes, tanto en la etapa preparatoria, en el control de la acusación, en las impugnaciones, en la ejecución de la pena y, por supuesto, en el juicio central se lleve adelante mediante un litigio oral y público. De ese modo se expandió la cantidad de audiencias que producía el sistema y, al ser el modo como los operadores debían trabajar continuamente, se generó la necesidad profesional que comenzó a provocar las iniciativas de capacitación. Aparece una nueva literatura y una creciente actividad de formación mediante cursos de litigación. No obstante, y pese a la mayor instalación del tema y las demandas concretas, las escuelas de leyes y los centros institucionales de formación continúan respondiendo de un modo lento.

Desformalización de la investigación

De un modo paralelo se busca que la etapa preparatoria y la investigación dentro de ella abandonen rutinas de burocratización y comiencen a plantear algún tipo de diseño en las respuestas. Con distintas variaciones –y también evaluaciones– se desarrollan programas para responder a los delitos de flagrancia, se construyen hojas de ruta para delitos más complejos, se busca establecer alguna forma de priorización de casos y comienza un trabajo de acercamiento con la Policía, en particular con los sectores encargados de la investigación. Mientras el sistema de garantías gana con el sistema de audiencias de control de la detención o de la acusación, se establecen es-

tándares de carga de la prueba mucho más estrictos para los acusadores. El acusador, público o privado, adquiere una dimensión mucho más expuesta (por la mayor publicidad), que lo obliga a comprometerse más intensamente con el caso. El avance de los sistemas de gestión de casos permite comenzar a abandonar la pesada documentación en papel por registros electrónicos más sencillos, dinámicos y efectivos. El registro de las audiencias en video ayuda a una nueva forma de capacitación y organización del trabajo. El sistema, con todas las imperfecciones que aún contiene, comienza a fluir y se demuestra que la cultura inquisitorial no es “invencible” y que la tecnología favorece a los principios de agilidad y transparencia, permitiendo asegurar la información, dejando que el litigio fluya con rapidez y profundidad.

El “descubrimiento” de la dimensión organizacional y su impacto en las prácticas

Ambas baterías de medidas, las propias de la oralización de todo el proceso y las tendentes a la desburocratización de la investigación, ponen en evidencia que el mayor problema no se encuentra en las reglas procesales sino en los *modelos de organización*. La doctrina procesal tradicional, e incluso el pensamiento en general sobre los sistemas judiciales, le habían prestado poca atención al problema organizacional. Se hablaba, en el mejor de los casos, de leyes orgánicas, pero siempre en un sentido estrictamente normativo y secundario. De hecho, en nuestra región el modelo de organización de la justicia permanecía inalterable desde la época colonial y los juzgados, fiscalías y defensorías aumentaban de número, pero seguían atadas a un modelo celular donde cada juez o titular de la oficina era el jefe de un equipo de personas que acompañaban su ritmo y su tarea mediante una asignación de tareas que con el tiempo terminó siendo una delegación de las funciones más importantes en empleados y secretarios. Este modelo *celular*, por otra parte, formalizaba en extremo las relaciones con otros segmentos de la organización, de tal manera que toda nueva forma de estructuración por procesos de trabajo y no por grupos de trabajo se volvía imposible. La segunda generación de reformas pone en el centro de la discusión los nuevos modelos de organización de las instituciones judiciales, destaca su importancia, muestra como allí se encuentra un gran reservorio tanto de problemas como de

soluciones y destaca una idea sencilla pero determinante para el futuro del proceso de reforma: *cada institución debe tener su propio modelo de organización*. No es posible que la organización de los fiscales y de los defensores sea *refleja* de la organización de los jueces; cada una de ellas tiene objetivos y reglas de funcionamiento diferentes y por ello debe diseñar patrones de funcionamiento distinto. De este modo nace en la región una nueva preocupación por el problema de las distintas organizaciones que interactúan en el campo de la justicia penal.

Nuevos modelos de organización para el Ministerio Público Fiscal

Ese carácter reflejo se manifestaba en las organizaciones de fiscales de un modo extremadamente nocivo. No solo el tipo celular de oficinas dificultaba el trabajo en equipo y la unidad de actuación propia del Ministerio Público Fiscal, sino que provocaba una segmentación entre fiscales de primera instancia, de juicio, de impugnación, totalmente ineficiente y rígida. Eso generaba estancamiento y dificultaba la planificación y organización del trabajo con criterios de eficiencia. Frente a ello comienza el diseño de organizaciones del Ministerio Público por procesos y flujos de trabajo (atención primaria, respuestas rápidas, investigaciones comunes, complejas, especializadas, etcétera), rompiendo la idea de Fiscalía como célula cuasi-autónoma, diseñando nuevos métodos de trabajo, una integración de profesionales de distinto tipo, provocando integraciones verticales y horizontales, etcétera. Al mismo tiempo, la toma de control sobre los elementos de la organización permite la planificación del trabajo, una supervisión y control de gestión más aceitados y la generación de una variedad de respuestas que con el modo celular son imposibles de lograr. Por otra parte, en tanto se trata de una organización más compleja se comienzan a desarrollar nuevas formas de gerenciamiento y de conducción de toda la organización que cambian la idea tradicional de jefaturas y direcciones dentro del Ministerio Público. Se instala, pues, una nueva manera de pensar sobre el tipo y la calidad del trabajo de los fiscales y el modo como ese trabajo debe ser acompañado por nuevas formas de conducción.

La nueva organización de la judicatura penal

Pero dado que uno de los ejes centrales de las reformas de segunda generación consiste en la utilización de la audiencia oral y pública como método general de trabajo en todo el procedimiento, se vuelve imperioso modificar el tipo de organización judicial (en sentido estricto, como organización de los jueces) para que el sistema pueda fluir y realizar toda esa cantidad de audiencias. Ello pone en crisis aún más el modelo celular de organización de los juzgados. Aparecen así los despachos colectivos o colegios de jueces, que cambian la relación entre el trabajo del juez y los trámites. Lo que se busca es que la organización permita que el juez haga su trabajo totalmente en la sala de audiencia (salvo la redacción de algunas sentencias o resoluciones más complejas) y que todos los trámites necesarios para ello, así como la organización y el registro de esas audiencias y la consecuente atención al público y los litigantes quede en manos de una oficina única que ha recibido el nombre de oficina judicial u oficinas de gestión de audiencias o despachos unificados. Este modelo, cuya descripción es simple, produce una ruptura en la cultura de trabajo de los jueces, ya que los lleva directamente al litigio público, a la fundamentación oral y evita de modo radical toda delegación de funciones. En la fuerza de este modo sencillo de organización residen también las dificultades de su puesta en marcha con jueces reactivos a este cambio tan profundo del modo de ejercer su judicatura.

Debates alrededor de la organización de la defensa pública

Algo similar ocurre con la organización de los defensores públicos. De todas las organizaciones del sistema de la justicia penal, la defensa pública era la que más provechosamente había crecido y ese crecimiento constituía en sí un logro dada la situación de precariedad de la que se partía. Además, el solo hecho de contar con una institución más fuerte que podía respaldar el trabajo de los defensores era un avance en el diálogo y la interacción con instituciones tradicionalmente fuertes como la policía y la creciente fortaleza del Ministerio Público Fiscal. No obstante, cuando los sistemas procesales aumentaron la cantidad de audiencias públicas, en particular en las etapas preparatorias del juicio, comenzaron a generarse tensiones en las

organizaciones de defensores, producto de demandas más fuertes de participación directa en esas audiencias y de la rigidez de la orientación hacia sectores pobres que sigue manteniendo el sistema de justicia penal, lo que no permitía a las defensas públicas equilibrar su trabajo con otros segmentos de la abogacía privada. Esas tensiones hicieron nacer la preocupación por nuevas formas de gestión de la organización de la defensa pública, para asegurar la calidad del servicio, la prontitud de respuesta y el control de una demanda creciente. Por otra parte, comienza a evidenciarse que las relaciones entre la defensa pública y la defensa privada no son tan lineales ni sencillas como pareciera, en particular en países donde la defensa privada penal no tiene un mercado muy desarrollado.

La persistencia de problemas anteriores y la aparición de nuevos

Organización judicial y cultura burocrática

Las reformas de segunda generación acertaron en identificar manifestaciones claras de la tradición inquisitorial que se expresaban como cultura burocrática (cultura inquisitorial) y en diseñar respuestas a esas formas de trabajo que aprovechaban los avances en el cambio de paradigma, pero lo instalaban en un nivel más concreto y cotidiano y no solo en las dimensiones discursivas del sistema. En esta fortaleza reside su mayor dificultad. Al identificar prácticas ya muy concretas las herramientas de intervención tienen menos potencia de las que tienen las que permiten cambiar el sistema (cambios de código, por ejemplo). Esa potencia se encuentra todavía en algunas leyes de organización que logran plantear con claridad un nuevo modelo, pero muchas otras o son genéricas o ya no pueden ser modificadas sino en detalles. En esos casos es necesario instalar nuevos modelos de gestión por medio de prácticas administrativas, decisiones gerenciales, etcétera. Ello ha vuelto mucho más certero, pero a la vez complejo, el trabajo de conducción de los procesos de cambio. Al acercarse a la cultura burocrática, sus métodos de intervención obligan a utilizar mecanismos que generen mayor adhesión de los miembros de esa cultura, y ello puede implicar situaciones difíciles de resolver en el corto plazo. Las relaciones entre el empuje

“externo” a la organización y la indispensable “adhesión interna” para que la cotidianeidad se acerque a lo diseñado obligan a múltiples equilibrios que muchas veces le quitan claridad al proceso de cambio o directamente han provocado la persistencia de problemas o la aparición de nuevas manifestaciones de los mismos o de otras disonancias.

La organización a mitad de camino: problemas de la ingeniería institucional

Lo dicho se manifiesta en los problemas de reingeniería institucional. Como señalamos, pocas veces se puede volver a diseñar completamente la organización y cuando así ocurre también hay que adaptar el modelo organizacional que se ha dejado de lado. Nadie trabaja sobre una “tabula rasa”. Muchas organizaciones, en consecuencia, se han quedado a mitad de camino. Se tiene un sistema por audiencias pero se resiste el colegio de jueces. Se quiere el colegio de jueces pero no se aceptan las reglas de las oficinas judiciales centralizadas. Se acepta la oficina judicial centralizada pero los jueces quieren seguir teniendo el control de algunos de sus empleados. Los fiscales aceptan organizarse bajo nuevas formas, pero dentro de esas formas quieren mantener el trabajo individual propio de las organizaciones celulares. Los defensores entienden que la oralización del proceso les da cargas de trabajo nuevas pero se resisten a modificar sus modos tradicionales de preparar el caso. En fin, nadie podría decir que no se ha abierto un nuevo camino de reingeniería institucional en la región, pero también reconocería las dificultades, falta de “racionalidad”, falta de conocimiento y dirección que entorpecen ese proceso. Esa reingeniería “a medias”, que caracteriza en gran medida el estado actual de la reforma en América Latina, provoca problemas en los tipos de respuesta que reclama la sociedad con insistencia y urgencia.

Eficacia y control de la criminalidad. Los vínculos en la justicia penal y el sistema de seguridad

Posiblemente la relación más traumática se esté manifestando entre los problemas de seguridad de las poblaciones y las respuestas de la persecución

penal. Pese a que los ministerios públicos han hecho esfuerzos para modificar algunas de sus prácticas e, incluso, han aumentado y mejorado las relaciones con las policías, la situación creciente de reclamos por la inseguridad, la persistencia como un problema de agenda pública, las crisis propias de otras instituciones, como las policiales, las encargadas de los programas de prevención, las vinculadas al control de fronteras, cuando no la militarización de la seguridad interior, provocan nuevas tensiones en el sistema de persecución penal que no solo no están resueltas sino que todavía no tienen un marco de análisis y trabajo adecuado. En algunos casos, los fiscales buscan refugiarse en un nuevo aislamiento que llega a sostener que su trabajo nada tiene que ver con los problemas de seguridad, como si el aumento o la disminución de la criminalidad nada tuvieran que ver con ellos. En otros casos se relacionan con el problema de un modo simplista o francamente demagógico, prometiendo fácilmente castigos que luego son desmentidos por la realidad, contribuyendo a aumentar la desconfianza de los ciudadanos en el sistema de justicia penal. Las relaciones entre el sistema de persecución penal y el sistema de seguridad no están todavía claras y menos aún son armónicas y equilibradas, ello genera un problema de eficacia en el control de la criminalidad y en la confianza pública que constituye aún uno de los más graves problemas a resolver.

¿Y la víctima?

La aparición de nuevas formas masivas de victimización

Tal como señalamos, progresivamente van emergiendo fenómenos masivos de victimización. No solo porque ampliamos el concepto de víctima, sino porque graves fenómenos de violencia que estaban total o parcialmente invisibilizados (como la violencia contra la mujer o contra ciertas minorías, etcétera) van ingresando a la agenda pública de la mano de sectores militantes que han tenido éxito en llamar la atención pública o modificar la sensibilidad social. Las reformas de segunda generación no han logrado modificar todavía de un modo significativo el tratamiento de las víctimas por parte del sistema de justicia penal. Es cierto que se han ampliado sustantivamente los programas y, en algunos casos, y respecto de ciertos delitos, ese aumento es muy significativo, pero todavía no es suficiente. Ya sea

porque el diseño de los programas propios del Ministerio Público Fiscal es todavía deficiente o escaso en recursos o porque la indispensable integración con áreas de la administración es todavía muy endeble o porque no se han consolidado aún las reglas de prioridad y tratamiento de casos masivos (como sucede con la violencia doméstica), lo cierto es que es un problema de arrastre que no ha sido solucionado todavía. Ello obliga a una reflexión muy profunda y a una actividad de ingeniería muy imaginativa para dotar a las organizaciones judiciales de mayor capacidad de actuación. Una parte importante de la legitimidad en el futuro se jugará en este andarivel.

El abuso de la prisión preventiva. La búsqueda de una nueva agenda

El tiempo pasa y el uso de la prisión preventiva sigue mostrándose como una variable difícil de mover. La doctrina constitucional que se elaboró en la primera etapa de las reformas significó un paso adelante, pero no logró frenar el abuso; la oralización del control de detención ha significado otro paso adelante, pero tampoco logra frenar el abuso, aunque ha obligado a un debate que antes no se daba y ha puesto en evidencia mucha de la arbitrariedad de las decisiones. Las condiciones carcelarias mejoran muy lentamente o directamente empeoran. Se hace difícil encontrar una sola causa que justifique ese abuso. Al igual que como ocurre con la inflación en el sistema económico, se la puede expresar con un índice individual, pero en realidad mediante ella se expresan una multiplicidad de variables que debemos estudiar en su conjunto para poder actuar también de un modo integral. El control temporal propio tanto de la primera como de la segunda generación de reformas ha generado avances, pero aún no es suficiente. En la medida en que los jueces se han apropiado de esos plazos y comenzado a generar plazos judiciales más estrictos, acabando con la idea de que la prisión preventiva es algo así como un “estado procesal” que implica un reconocimiento mayor de sospecha, fuerza a los acusadores a tomarse más en serio su dictado. Pero en términos generales se puede decir que todavía no hemos encontrado una forma de encarar este problema que sea suficientemente satisfactoria y por ello se debe entender la capacidad de comprender y operar sobre el fenómeno de tal manera que una política permanente de uso restrictivo sea posible. En esta, como en otras tantas dimensiones de

nuestros problemas, sigue siendo una debilidad central la falta de información y de investigaciones empíricas.

Descontrol en las salidas alternativas

Los nuevos sistemas procesales penales se caracterizan, como hemos explicado, por un nuevo régimen de la acción penal que supera el viejo modelo de rigidez ficticia y permite el diseño de nuevas políticas de diversificación. Ello ha constituido uno de los grandes avances a la hora de darle a la justicia penal nuevas herramientas para pensar en el conflicto y no meramente en la infracción. La práctica de los sistemas es muy variada y existen aquellos que los usan profusamente, los que los usan poco y otros que producen muchas salidas alternativas pero prefieren utilizar mecanismos informales que tienen menor desgaste en la decisión. Por otra parte, en todos ellos se percibe una deficiente planificación de su uso. La decisión de aplicar una forma conciliatoria o la suspensión condicional del proceso a un tipo de casos rara vez responde a una política clara y determinada, sino que queda librada o a las peticiones de las partes o a la iniciativa personal de cada fiscal. En otros casos, su uso es francamente desalentado sin que se perciba con claridad cuál es la razón político-criminal de ese estímulo. Por otra parte, es muy extendida la falta de supervisión de los acuerdos y condicionalidades impuestas, de modo tal que muchas veces la población percibe estas salidas no como algo de alta calidad que procura la solución del conflicto, sino como una medida que propende a la impunidad. Todavía no se ha logrado dar una respuesta adecuada a este fenómeno y, en consecuencia, lo que debería ser una herramienta central de la legitimidad de la justicia penal, cumple hoy funciones ambiguas que desorientan a la población.

El uso del tiempo. Luces y sombras de la flagrancia

Finalmente, la falta de una administración racional y transparente del tiempo de la persecución penal y de la actividad judicial lleva a que el sistema busque responder a las demandas de rapidez con instrumentos delicados, tales como son los procedimientos de flagrancias o los procedimientos abre-

viados por negociación directa. No se trata de rechazar absolutamente estos mecanismos y programas que pueden resultar positivos en una política de respuestas menores que se compensan con la rapidez de la respuesta. Se puede lograr una reducción de penas que a la vez aumente la confianza social, pero ello requiere un uso inteligente de estas instituciones que no siempre se ha logrado. Por otra parte, muchas veces ellas han fortalecido la tendencia del sistema de justicia penal a concentrarse en el delito callejero, cometido por ciertos sectores juveniles, o a utilizar los procedimientos abreviados como una forma de eludir el juicio o directamente poner en una situación cuasi extorsiva a los defensores. Todo ello continúa siendo un problema que se agrava a medida que el contexto de inseguridad es creciente o la percepción de la población es sensible a la impunidad de ciertos delitos. La carencia de una integración adecuada de los sistemas de seguridad y de persecución penal, sumada a las debilidades del planeamiento político-criminal, acrecientan la importancia de este problema.

Una visión más amplia. La tercera generación de problemas y desafíos

La perspectiva político criminal

La persistencia de problemas que se vienen arrastrando desde el inicio de la reforma, como su intensificación en algunos casos o la aparición de nuevos problemas producto de la evolución de la cultura social o del cambio de expectativas, sumada a la buena experiencia que generó el hecho de ir pensando progresivamente soluciones a esos problemas, de tal manera que los objetivos de la reforma se mantienen o se actualizan, ha llevado a que hoy estemos embarcados en lo que llamamos *reformas de tercera generación*. Ello en varias dimensiones. En primer lugar, se busca *intensificar la dimensión político-criminal del proceso de reforma*, mediante la integración de la política de persecución penal en el marco de un planeamiento democrático de la política criminal. Ello plantea tanto desafíos como nuevos problemas. Integrar a la persecución penal un marco político criminal implica hacer de ella una actividad que utilice inteligentemente los datos de la inteligencia criminal y del análisis del delito. Ello implica un nuevo avance en el rela-

cionamiento con los sistemas policiales y otros organismos del Estado que producen información sobre la criminalidad. Todavía las organizaciones del Ministerio Público Fiscal no se encuentran plenamente preparadas para este tipo de interacción y ni siquiera las reglas procesales nos permiten en todos los casos la flexibilidad necesaria para ello. Pero no alcanza con una *persecución penal inteligente*. Es necesario que ella tenga la capacidad de integrarse con otras dimensiones de la política criminal y de la política de seguridad. La idea de *persecución penal estratégica* (PPE) apela a esta necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico y se haga cargo de las consecuencias y de los efectos que produce en términos de control de criminalidad. Ello no se puede lograr sin un salto de calidad en las relaciones entre fiscales y policías de investigación: el planeamiento de un caso con sentido político criminal obliga a un trabajo pensado y meticuloso, poco dispuesto a dejarse llevar por las rutinas del trabajo judicial. La aparición de nuevos sectores dentro del Ministerio Público Fiscal dedicados al análisis del delito y al planeamiento de la persecución penal constituye hoy una herramienta indispensable para ahondar en este desafío. La carencia de sistemas de información sobre la criminalidad, actualizados e integrados constituye su principal obstáculo.

La perspectiva integral sobre la víctima

Ya hemos visto como el problema de la víctima atraviesa todas las etapas del proceso de reforma de la justicia penal. Hoy la conciencia de que es necesario diseñar nuevas formas de intervención que superen en mucho lo que se venía haciendo implica un enorme desafío que interpela tanto a las doctrinas procesales como a la ingeniería institucional. Si se piensa que se trata solamente de aumentar los recursos de los planes que se venían realizando, fundados en paradigmas de asistencia simple a la víctima, posiblemente no se logre mucho. Se trata ahora de construir una alianza estratégica con las víctimas que atraviese transversalmente a toda la organización del Ministerio Público Fiscal. Ello no significa de ninguna manera subordinar la persecución penal a un único sector de víctimas, sino revisar el fundamento mismo de la intervención de los acusadores públicos como gestores de los intereses de los distintos niveles de víctimas, hasta llegar al conjunto de la

sociedad victimizada, pasando por distintos niveles que incluyen grupos específicos y comunidades. Ello implica una revisión profunda de los tradicionales programas de protección, orientación y asistencia a la víctima, para imbricar esa perspectiva en la vida cotidiana de toda la organización. En el contexto latinoamericano, donde muchos sectores sociales han demostrado una gran eficiencia al enfrentar graves fenómenos de criminalidad (derechos humanos, delitos ambientales, criminalidad económica, corrupción), implica también redefinir las relaciones de colaboración entre acusadores públicos, sociales y particulares, ampliando el concepto tradicional de legitimación para actuar en el proceso penal.

Salidas alternativas y gestión de los conflictos

La integración de lo específicamente penal en el contexto del conjunto de herramientas de gestión de la conflictividad que debe construir una sociedad constituye otro desafío que promueve nuevas ingenierías organizacionales y prácticas de trabajo. Por una parte, para poner en práctica el carácter excepcional y restrictivo del poder penal y ponerle un freno a la inflación penal, pero, por otra, para dotar a la sociedad de nuevas herramientas que le permitan ser protagonista de la gestión cada vez más compleja de la conflictividad y de compromiso con la prevención de la violencia. Ello obliga a una base conceptual y política más amplia, donde el concepto genérico de gestión de los conflictos debe convertirse en el eje articulador de todo un sistema y de una política que termina –y no empieza– en el uso del poder penal. Desde el punto de vista de la reforma, ello implica volver a pensar las herramientas para darle mayor calidad y cantidad a la política de diversificación de respuestas e integrarlas en el conjunto de actividades sociales vinculadas a esa conflictividad. Eso solo se puede lograr con un acercamiento intenso hacia la vida e institucionalidad local, lo que impacta en los modelos de organización judicial. Las nuevas oficinas de medidas alternativas (OMA) aparecen como una herramienta necesaria pero que no agota la necesidad de pensar este asunto con un marco conceptual y práctico más amplio.

Una defensa penal de mayor calidad

La experiencia histórica y aún la realidad actual muestran que la mirada sobre las garantías individuales no se debe debilitar nunca. Menos aun cuando el Estado adquiere cada día con mayor velocidad instrumentos de intervención en la vida privada de los ciudadanos casi impensables para una generación anterior. No solo la tecnología de vigilancia e interceptación de las comunicaciones, sino la acumulación de datos en bases inmensas, el uso de medios de comunicación a disposición del propio Estado y la manipulación de las expectativas masificadas de la sociedad, nos deben mantener en alerta permanente. Los jueces no siempre tienen el poder de frenar estos avances y es bastante sencillo erosionar su legitimidad social. El fortalecimiento permanente de las defensas públicas aparece como una herramienta idónea mas no suficiente. Es necesario fortalecer todas las instancias de defensa de la persona y asegurar la independencia de las profesiones dedicadas a ese menester. De allí que la autonomía de la defensa pública y su integración –y no aislamiento– del ejercicio privado o social de la abogacía independiente constituye un programa permanente de acción. La ampliación del concepto de defensa de esas garantías al mundo carcelario y la expansión de los mecanismos de control de las nuevas formas de tortura que se dan en particular en el contexto carcelario constituyen elementos básicos de una actualización de las viejas ideas de la reforma a los requerimientos del presente.

La búsqueda de nuevas relaciones con la sociedad

Finalmente se debe actualizar el pensamiento y la acción acerca de cómo construir poder para los jueces. La independencia judicial necesita poder y legitimidad, y ello se logrará si generamos las condiciones para un nuevo diálogo con la sociedad que supere el aislamiento, a veces petulante, que mantiene el sistema judicial con la sociedad en general. Las nuevas formas de participación ciudadana, en particular los sistemas de jurados, las nuevas políticas de comunicación de las instituciones judiciales, una revisión profunda del modo como se escriben y pronuncian las sentencias, la descentralización que permite acercar a los jueces a la vida comunal, un uso

extensivo y serio de la publicidad, la toma de conciencia de que la sala de audiencia y el litigio público son grandes herramientas de gobierno y otras medidas semejantes constituyen hoy un programa completo que permite repensar la actividad de los jueces en el nuevo contexto de sociedades diversas, complejas, democráticas, con altas exigencias de participación, sensibles frente al abuso, pero también atravesadas por nuevas y viejas formas de abuso y privilegios, de poderes concentrados y de manipulación de la opinión pública. En este contexto, la idea de *democratización de la justicia* aparece como el nombre genérico de todo un programa de investigación y acción destinado a repensar las bases políticas, institucionales y prácticas del poder judicial en el contexto de las nuevas sociedades complejas, de la democracia inclusiva y las tensiones modernas que se producen dentro de los sistemas republicanos sometidos al imperio de la ley. Todo ello nos debe empujar a intensificar la preocupación intelectual, política y práctica sobre los sistemas judiciales en general y en particular sobre la justicia penal, espacio social y político en el que se juega el uso de los instrumentos violentos del Estado.

Conclusiones

El recorrido que he tratado de mostrar, simplificado para una lectura no especializada y limitado por el espacio de un ensayo, busca señalar la vitalidad del proceso de reforma de la justicia penal, que ha sabido enfrentarse a problemas crecientes, sin torcer el rumbo, pero sin quedarse estancado en soluciones simplistas. Ha sabido, también, reconocer que muchos problemas no se resolvían con los instrumentos diseñados y era necesario volver a diagnosticar y dar nuevas respuestas a nuevos problemas o a problemas persistentes. Este dinamismo es lo que le ha dado capacidad de permanecer en el tiempo, ganar adhesiones en distintos sectores sociales y mantener un espíritu crítico que no ha cesado ni debe cesar. Un proceso de cambio profundo que no tiene capacidad de reconocer los problemas que no logra resolver o que aparecen, a veces como resultado de la propia intervención de ese cambio, pronto quedaría atado a una época o a una batería más pequeña de instrumentos. No ha sido esa la historia de la reforma de la justicia penal y nada más demostrativo que el hecho de que a lo largo de las décadas

hasta el presente, nuevos países se han sumado al cambio de paradigma que la reforma propuso desde el inicio.

Mantener este espíritu no es tarea fácil ni automática. Implica generar instituciones con capacidad de revisar su propio desempeño y sus prácticas; implica renovar agendas de investigación y enseñanza, renovar lenguajes y perspectivas y mantener un diálogo abierto con los sectores políticos que deben canalizar las demandas insatisfechas de la sociedad. Existen buenas razones para que la sociedad todavía se encuentre insatisfecha con los resultados de la justicia penal, pero ello no se resuelve convirtiendo a esa demanda en una apelación mágica o dando respuestas demagógicas. Es exigible a las nuevas generaciones de técnicos y políticos que conozcan y comprendan los esfuerzos que se vienen realizando desde hace casi tres décadas, para que puedan diseñar las nuevas herramientas de trabajo sin volver a repetir los errores del pasado o para que lo hagan conociendo la profundidad de los problemas. La ingeniería institucional en América Latina no es una tarea sencilla porque debe lidiar con fuertes tradiciones que operan sobre la burocracia o los grupos profesionales, tales como la abogacía. Enfrentar esas tradiciones implica nada menos que construir nuevas culturas burocráticas y profesionales, algo que nadie puede pensar que se pueda desarrollar en poco tiempo.

Finalmente, hay tareas que han quedado pendientes desde un inicio: quizá la más notoria es la renovación de la enseñanza del derecho. Pero no se puede explicar la resistencia a ese cambio por simple descuido. Hay algo más profundo en el modo como formamos a los abogados y el modo como construimos el saber jurídico en la escuelas de leyes que todavía necesita ser esclarecido. En este sentido, la justicia penal es dependiente de cambios que se deben dar en otras áreas del derecho (pienso antes que nada en todo lo relativo al derecho procesal civil) que hoy marchan por otros caminos. Sin embargo, el saber jurídico siempre se ha producido desde las necesidades profesionales, y sostener en el tiempo los cambios que viene llevando adelante la justicia penal, tarde o temprano, influirá de un modo determinante sobre el programa de enseñanza.

La otra gran tarea pendiente consiste en dotar a estos procesos de cambio de una base empírica más sólida. La experiencia muestra que no es tan

sencillo como parece, nos encontramos con un campo necesitado de muchas más investigaciones que las que se vienen realizando y que apunta a resolver grandes demandas sociales; sin embargo, todavía no se ha logrado consolidar un programa de investigación de largo aliento y gran envergadura. Pronto, ya tendremos que dejar de hablar de “reforma de la justicia penal” para hablar simplemente de “justicia penal”: ello no debe significar el abandono de la posición crítica y del ajuste continuo del sistema penal frente a demandas sociales cambiantes, formas de criminalidad que mutan y la esclerosis interna que todos los sistemas burocráticos deben afrontar. La experiencia de todos los países, en particular los que llevan ya siglos de funcionamiento de sus sistemas acusatorios, demuestra que nunca y bajo ninguna circunstancia debemos dejar de prestar atención al funcionamiento real de esos sistemas, para ajustar el cumplimiento de los objetivos político criminales, pero también, y en gran medida, para fortalecer la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por el poder penal. Para todas estas tareas, que América Latina haya abandonado el paradigma inquisitorial, aunque todavía ello sea una tarea inconclusa e imperfecta, no deja de ser una buena noticia y un logro sin precedentes.

Referencias

- BINDER, ALBERTO MARTÍN. 2001. *La lucha por la legalidad*. Ediciones del Instituto/Inecip. Buenos Aires.
- , 2004. “La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República”. *Política Criminal Bonaerense*. Año I (I).
- BINDER, ALBERTO M. 1997. *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Ad. Hoc. Buenos Aires.
- , 2002. *Introducción al derecho procesal penal*. Ad. Hoc. Buenos Aires.
- , 2007. *La cultura jurídica. Entre la innovación y la tradición*. Fundación de Universidad de Salamanca. Salamanca.
- , 2012. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Ad. Hoc. Buenos Aires.

- BINDER, ALBERTO M. Y JORGE OBANDO. 2004. *De las “repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina* Ad. Hoc. Buenos Aires.
- BLAU, P. M. 1971. *La burocracia en la sociedad moderna*. Paidós. Buenos Aires.
- BOURDIEU, PIERRE Y GUNTHER TEUBNER. 2000. *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- BOURDIEU, PIERRE Y LOIC WACQUANT. 1995. *Respuestas por una antropología reflexiva*. Grijalbo. México.
- CARRARA, FRANCESCO. 1977. *Programa de derecho criminal. Parte General*. Temis. Bogotá.
- CROZIER, MICHEL. 1969. *El fenómeno burocrático*. Amorrortu. Buenos Aires.
- DAMASKA, MIRJAN R. 1986. *The faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the legal Process*. Yale University Press. New Haven.
- FOUCAULT, MICHEL. 1976. *Vigilar y castigar. Siglo XXI*. México.
- . 1986. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa. México.
- GOLDSTEIN, ABRAHAM S. 1974. “Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”. *Stanford Law Review*. Vol. 26.
- LANGER, MÁXIMO. 2007. “Revolución en el proceso penal Latinoamericano” – Difusión de ideas desde la periferia. Ceja. Santiago de Chile.
- MAIER, JULIO B. J. 2002. *Derecho procesal penal. I Fundamentos*. Ed. del Puerto. Buenos Aires.
- MERRYMAN, JOHN, H. 1979. *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica. México.
- OTS Y CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA. 1968. *El Estado español en Indias*. Fondo de Cultura Económica. México.
- PÁSARA, LUIS. 2015. *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Unam. México.

- SQUELLA, AGUSTÍN N. (ed.). 1994. *Evolución de la cultura jurídica chilena*. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago de Chile.
- TARELLO, GIOVANNI. 1995. *Cultura jurídica y política del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. 1982. *Política criminal latinoamericana: perspectivas. Disyuntivas*. Hammurabi. Buenos Aires.
- , 2000. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Belo Horizonte. Direito Criminal.

Las reformas a la justicia en América Latina

Farid Samir Benavides Vanegas

Introducción

Desde la década del noventa, la administración de justicia en América Latina ha tenido varias reformas, las cuales han ocupado un amplio espectro: desde la reforma institucional, con la creación de organismos como las cortes constitucionales o las fiscalías, hasta las modificaciones a regímenes particulares, como el proceso penal o el proceso judicial en general. Al mismo tiempo, las ha habido a los códigos substantivos, todo ello con el fin de mejorar el desempeño de la administración de justicia, en particular su eficiencia en el manejo de los casos que entran al sistema. Con frecuencia se ha privilegiado la reforma penal, sobre la base de que la garantía de los

* PhD en derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; PhD y MA en ciencia política por la Universidad de Massachusetts en Amherst; MA en sistema penal y problemas sociales de la Universidad de Barcelona; especialista en derecho penal por la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Universidad Nacional de Colombia; abogado de la Universidad Católica de Colombia.

Director del Área de derecho penal, procesal penal y criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. Correo electrónico: fs.benavides@uniandes.edu.co

derechos se lograba de mejor manera mediante cambios en la justicia penal. En general, las reformas se han concentrado en los siguientes aspectos:

1. Institucional. Se modifican las formas de nombramiento de los jueces; se establece una clara separación entre el ejecutivo y el poder judicial, con el fin de lograr la independencia de la rama judicial; se crea un órgano de administración de la rama judicial y una Corte Constitucional; se cambia la estructura de la Corte Suprema; o se crea un órgano de acusación, Fiscalía General o Procuraduría, encargado de la investigación y acusación de las personas responsables por la comisión de delitos.
2. Reforma a la justicia penal. Quienes las promueven y adelantan afirman que es la mejor manera de garantizar la protección de los derechos de la ciudadanía y de responder a los reclamos de seguridad hechos por diferentes sectores. Estas reformas incluyen cambios en el sistema de juzgamiento, pasando de uno inquisitorio a uno acusatorio, y la creación de un órgano independiente de investigación y juzgamiento.

Con poca frecuencia se incluyen modificaciones en las formas de investigación o estrategias nuevas en la manera de llevar a cabo la investigación penal. Pocos países cuentan con leyes especiales para desarrollar investigaciones en contra de organizaciones criminales, y cuando ello ha sucedido ha sido para recortar derechos de los procesados, sobre la base que de esa manera se combate mejor a este tipo de criminalidad. Tal vez la forma más extrema es la creación del delito de pertenencia a banda armada o de pertenencia a banda, en el que la protección penal se extiende incluso más allá de donde la tiene el concierto para delinquir en las legislaciones actuales¹.

3. Los objetivos de las reformas no siempre se formulan explícitamente. No obstante, es posible establecer dos predominantes: primero, la idea de la modernización de la administración de justicia para enfrentar los

¹ El concierto para delinquir sanciona a las personas que se asocian para cometer delitos. El delito de pertenencia a banda armada sanciona la simple pertenencia al grupo, con independencia de si se van a cometer delitos o no.

nuevos retos. Es frecuente escuchar que estas reformas son el resultado de la necesidad de adaptar las instituciones locales a las llamadas exigencias de la globalización. A consecuencia de la inserción de la sociedad local en un mundo globalizado, se habla de la necesidad de establecer un sistema de protección de los derechos, por lo que una buena parte de ellas se dan en un marco que coincide con la firma de tratados de libre comercio y como respuesta a las exigencias establecidas en esos acuerdos internacionales.

Segundo, se hacen con el fin de mejorar el desempeño de los jueces, dado que el retraso en la solución de los casos es cada vez mayor. La eficiencia de la administración de justicia es uno de los objetivos más comunes, pues se percibe que se trata de un sector del estado ineficiente y con un gran atraso en el cumplimiento de sus deberes.

En todo caso, se trata de objetivos muy conectados entre sí, pues la eficiencia mejora la percepción de la administración de justicia y ello a su vez mejora la inversión extranjera. Como ejemplo, valga citar el uso que se hace de la clasificación de *Doing Business* para justificar ciertas reformas procesales (Sánchez, 2014). En estos indicadores se señala cuál es el sistema más eficiente y por tanto cuál genera más confianza entre los empresarios, con lo que la reforma apunta a ese aspecto para generar mayor inversión de empresas extranjeras en las economías de la región.

4. Las reformas han contado con un fuerte apoyo de las instituciones de gobierno internacional, por lo que muchas de ellas responden a los reclamos de entidades como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). A su vez, los estudios de evaluación se hacen desde esas entidades utilizando indicadores que muestran el cumplimiento de los objetivos establecidos por ellas.
5. Con poca frecuencia han sido estudiadas. Poco se conoce con respecto al logro de sus objetivos declarados –aunque en este punto, evidentemente, se cuenta con los estudios de las entidades promotoras– y muy poco en relación con los objetivos no declarados. Lo cierto es que se cuenta con pocas evidencias del impacto de las reformas en la seguridad de la

región, en su gobernabilidad, en la mejora de la democracia, etcétera. Con frecuencia, los estudios se refieren más bien a los cambios de la reforma y a los obstáculos en su implementación. Y con poca frecuencia también se relacionan con la pregunta más general sobre su relación con el fortalecimiento del Estado de derecho.

Estas reformas se pueden analizar de diversas maneras: prestando atención a la cuestión de la eficiencia y a su impacto en la reducción del número de casos pendientes de resolución, con lo que los indicadores de éxito serán dados por la diferencia entre el número de casos que entran y los que salen; por la calidad de las decisiones, con lo que el indicador será el número de decisiones de revocatoria de segunda instancia; con el aumento de la inversión extranjera, con lo que el indicador de éxito es externo a la actividad de la administración de justicia, etcétera. En todo caso, es importante tener muy claros los objetivos, pues de ellos depende el diseño de una serie de indicadores de éxito.

Si el objetivo es mejorar la eficiencia, solo con la reducción de casos podemos decir que la reforma ha sido exitosa. Pero la determinación de los objetivos debe ser el resultado de un estudio empírico sobre los problemas de la justicia en cada país. Por tanto, si el principal problema es la corrupción o la baja calidad de la judicatura, evidentemente una reducción en el número de casos que entran al sistema o un aumento en la capacidad de tramitarlos no contribuirán en mucho a la solución de los problemas identificados en la administración de justicia. Pese a ello, en muchos casos las reformas presentan como éxitos lo que son solo aspectos accesorios a ellas, dejando el principal problema que las generó sin solución alguna.

En la literatura sobre las reformas a la administración de justicia en la región se encuentra que, con poca frecuencia, los estudios se ocupaban de la civil, la laboral o la procesal. La atención se ha concentrado especialmente en tres campos fundamentales, pero no únicos, de la administración de justicia: el gobierno de la rama, con especial atención a la estructura y el funcionamiento de los consejos de la judicatura; la reforma constitucional, destacando el tránsito hacia una visión más dúctil de los derechos humanos con el neoconstitucionalismo; la reforma penal, con énfasis en la reforma al proceso penal y a la institucionalidad de la justicia penal. También, aunque

en otro contexto, se analiza el incremento punitivo, conocido como populismo punitivo o populismo del miedo, pero no se estudia el impacto que tiene en la administración de justicia y en la solución a los problemas que se le plantean.

Mariana Sousa (2007: 106) identificó tres categorías de reformas, cuya clasificación se presenta en la tabla 1. Como se ve, los objetivos declarados de las reformas a la administración de justicia son diversos, y ellas cubren un amplio campo de transformaciones. Pero es importante tener en cuenta el ciclo de las políticas públicas, esto es: la identificación del problema a partir de estudios empíricos; el diseño de la política; la implementación y evaluación continua; la evaluación final para determinar si se alcanzaron los objetivos de la política establecida. En los estudios solo vemos los objetivos declarados pero no un análisis desde una perspectiva de política pública. Esta deficiencia en la literatura hace que nuestro conocimiento de las reformas sea limitado y que la capacidad de las lecciones aprendidas para ilustrar las nuevas sea limitada también.

Objetivos declarados e indicadores para la evaluación

Las reformas a la justicia en América Latina se han hecho con diversos objetivos y responden a diferentes problemas en los países. Su justificación más frecuente ha sido la necesidad de mejorar la eficiencia de la administración de justicia, entendiendo que se ha dado un aumento en la litigiosidad y que en la región cada vez son más los casos que quedan sin resolución dentro del sistema de justicia.

Esas reformas se han hecho en diversos momentos. Por tanto, no es posible afirmar que el reformismo sea algo nuevo. En la década del sesenta, con el movimiento derecho y desarrollo, ya hubo una primera ola, promovida desde Estados Unidos como parte de la Alianza para el Progreso, pero esas primeras reformas no se implementaron del todo y se limitaron a la educación legal, con resultados bastante irregulares (Gardner, 1980).

Se puede hablar también de una nueva ola reformista a partir de la década del noventa, cuando empezó a haber una serie de reformas a la ad-

Tabla 1. Tipos de reforma a la administración de justicia

Tipo de reforma	Gran alcance	Mediano alcance	Poco alcance
Tipo 1			
♦ Cambios en leyes y códigos	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú.	El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Venezuela.
Tipo 2			
♦ Acceso a la justicia: creación de métodos alternativos de resolución de disputas para facilitar el acceso al sistema judicial	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú.	El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Uruguay, Venezuela.
♦ Capacitación y gestión de recursos humanos	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Perú.	Honduras, Nicaragua, Uruguay.
♦ Sistemas de información	Argentina, Chile, Ecuador, República Dominicana.	Colombia.	Guatemala, Honduras.
♦ Fortalecimiento o creación de instituciones como ministerio público y consejos judiciales	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú.	El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela.
♦ Gestión de casos y otras clases de gestión	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Perú.	Guatemala, México, Venezuela.
Tipo 3			
♦ Autonomía presupuestaria: autonomía en la gestión y en la determinación de la cantidad de presupuesto	Argentina, Ecuador, República Dominicana.	Brasil, Paraguay.	El Salvador, Panamá, Venezuela.
♦ Remuneración y periodo de los jueces	Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay.	
♦ Sistema de carrera: nombramiento y evaluación y promoción de jueces	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú.	El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay.
♦ Tamaño y estructura de la corte superior	Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador.	Paraguay, Perú.	Honduras, México, Nicaragua, Uruguay, Venezuela.
♦ Poderes de revisión constitucional de la corte superior	Argentina, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana.	Bolivia, Brasil, Colombia, Perú.	México.

ministración de justicia y a las diferentes ramas dentro de ella. Tal vez las más importantes sean aquellas a las constituciones políticas, pues trajeron consigo grandes transformaciones institucionales, como la creación de las fiscalías o procuradurías, los consejos de la judicatura y las cortes constitucionales. Pero al lado de esto observamos también cambios en la concepción de los derechos y una profundización en los derechos sociales.

Los discursos de justificación también han variado. En las de los sesenta el fundamento se hallaba en una sociología funcionalista², pero desde la década del noventa vemos como la reforma se asocia a un problema fundamental, la inestabilidad de los derechos. En las justificaciones se afirma que existe un número creciente de casos que están sin resolución por parte del sistema judicial, el cual se define como lento y atrasado. Al mismo tiempo, se afirma que la lentitud del sistema hace que los derechos de los particulares se vean afectados, pues frente a un ataque es poca la protección que puede dar el sistema judicial. A consecuencia de ello se plantean reformas tendentes a agilizar el trabajo de la administración de justicia y a desformalizar su actividad. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos surgen así como una forma de entregar a los particulares la administración de justicia, entendiendo que es fácil y rápido y que genera confianza en la ciudadanía. Pero también se incorporan mecanismos de justicia comunitaria, como los jueces de paz, para devolver ciertos casos a la propia comunidad y evitar que en esas causas haya lentitud o ausencia de solución. En esta década proliferan las leyes de pequeñas causas, pues se piensa que estas son las que afectan el desempeño de la administración de justicia³.

El objetivo de eficiencia en la administración de justicia se mide entonces sobre la base del número de casos resueltos por los jueces y fiscales. Con

2 Esta justificación apuntaba a la necesidad de tener un sistema de justicia eficiente para que los conflictos tuvieran una rápida resolución y para que, de ese modo, se recuperara la solidaridad social.

3 Otros estudios han mostrado que los bancos y sus cobros ejecutivos son los que más usan el sistema de justicia civil. Para el caso de Colombia, ver <http://www.semana.com/nacion/articulo/demandas-de-bancos-tienen-paralizado-el-sistema-judicial/384694-3>. Última visita: 11 de abril de 2016.

frecuencia se ve cómo a los funcionarios judiciales se les ponen metas y su desempeño se evalúa conforme a ellas. Así, se sostiene que un sistema es eficiente si resuelve en un cierto tiempo un número determinado de casos.

Las reformas buscan entonces desformalizar algunos aspectos del proceso o reducir los tiempos de decisión o limitar el número de recursos que se pueden interponer, todo ello con el fin de aumentar la capacidad de decisión de casos por parte del sistema judicial.

En otros casos se nombran nuevos funcionarios, con lo que el gasto público en justicia aumenta, pero pronto estos nuevos jueces se ven desbordados por la cantidad creciente de casos sin resolución, lo que a su vez provoca el nombramiento de nuevos jueces, generando un crecimiento desmesurado del aparato judicial. De esta manera se establece una cultura de la descongestión que busca hacer frente a una cultura de la litigiosidad. La coexistencia de ellas dos hace que se alimenten mutuamente y no se planteen reformas estructurales a los problemas de la administración de justicia en la región. Se terminan poniendo parches en diversos sectores del sistema, con lo que la situación se agrava y en la ciudadanía aumenta la sensación de ausencia de un sistema de justicia.

Recientemente, en América Latina se ha implementado una visión de los presupuestos por resultados, la cual supone que los indicadores de eficiencia deben variar, pues ya no basta con que se midan los resultados por el número de casos resueltos, sino que a ello se debe agregar un análisis de la calidad de las decisiones y de la satisfacción ciudadana con la administración de justicia. El presupuesto por resultados exige que los gobiernos judiciales se planteen objetivos distintos a los sostenidos hasta el momento y que generen nuevos mecanismos de medición del éxito o fracaso de las reformas. Éxito o fracaso que ya no es posible medir tampoco con meros indicadores cuantitativos, sino que deben diseñarse indicadores cualitativos, lo cual hace que la reforma y su medición se conviertan en tareas complejas e interdisciplinarias. Además, el presupuesto por resultados exige que no se gaste simplemente el dinero recibido, sino que se gaste bien, esto es, logrando los objetivos formulados (Filc y Scatascini, 2012).

En otros casos, las transformaciones ocurrieron como resultado de transiciones y consolidaciones de la democracia. En ellos la judicatura se en-

frentaba a una cultura legal autoritaria y debió ser transformada por una cultura legal mucho más democrática y respetuosa de los derechos humanos y fundamentales. El discurso de los derechos humanos comienza a permeare el trabajo de la administración de justicia y se establece una relación de referencia entre los casos nacionales y las decisiones de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Huneeus, 2010; Couso, Huneeus y Sieder, eds., 2013). Al lado de los controles de constitucionalidad se empieza a ubicar el control de convencionalidad, con lo que la respuesta a la globalización se mira desde otra perspectiva.

El objetivo de la reforma apuntaba entonces a un mejoramiento de la administración de justicia y a la resolución de los casos en los que se investigaban graves violaciones a los derechos humanos. Las transformaciones no produjeron una depuración del aparato judicial y en países como Chile, Uruguay y Argentina se veía cómo los jueces que juraron lealtad a la dictadura continuaron con sus cargos e incluso siguieron avanzando en la carrera judicial. Pese a ello, en algunos casos se logró la investigación y el juzgamiento de militares que cometieron graves crímenes durante las dictaduras, pero ello fue más el resultado de las presiones de los movimientos sociales que de un proceso de transformación cultural de la judicatura (Sikkink, 2011). No existen procesos de medición del cambio cultural de la dictadura, nuestro conocimiento es mucho más anecdótico y resultado de la evaluación de procesos de justicia transicional. Algunos hablan de una cascada de derechos humanos para justificar el creciente uso de la justicia —en particular penal— para hacer frente a los crímenes cometidos durante las dictaduras. Pese a ello, no existe una medición del impacto real de esos juicios en la confianza en la administración de justicia o en el fortalecimiento del Estado de derecho en la región⁴. A consecuencia de las transiciones a la democracia se desarrolló un nuevo discurso de la seguridad. La administración de justicia se vio copada por reclamos de mayor punitivismo y de un mayor uso del sistema penal. Las organizaciones de derechos humanos debieron escoger entre la defensa de los derechos de los procesados y la de-

4 Sobre esto cabe ser pesimista, dado el estudio del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) sobre democracia y confianza ciudadana en América Latina (PNUD, 2004).

fensa de los derechos de la comunidad (Snodgrass-Godoy, 2002). De la misma manera, la administración de justicia se vio enfrentada a una serie de reclamos que cuestionaban la protección de los derechos al debido proceso y de la libertad como principio. Se cuestionaba el que el sistema de justicia penal estuviera para la protección de los victimarios y que se olvidara de la víctima. La reaparición de esta en el proceso penal se hace con reclamos de mayores penas y con un mayor uso del sistema penal. El discurso garantista que caracterizaba al sistema penal entra en tensión con el discurso punitivista. Se puede decir que el derecho penal ya no es la Carta Magna del delincuente —como lo sostenía Franz von Liszt—, sino que es ahora la Carta Magna de la víctima. Sin embargo, paradójicamente, la víctima adquiere centralidad en los discursos de justificación de las reformas, pero en la práctica es igualmente relegada. Parece que es importante para justificar las reformas legislativas y las demandas punitivistas, pero esta protección se queda simplemente en el aumento de penas y en el recorte de derechos para los procesados.

También como resultado de los procesos de transición se hicieron varias reformas a las fuerzas de policía de la región, pues era necesario un proceso de depuración, dada la historia de violaciones a los derechos humanos en que habían incurrido. De acuerdo con Frühling, los intentos por reformar a las policías en América Latina respondían a tres factores: 1) los procesos de democratización de la región ocurridos en las décadas del ochenta y del noventa, que ponen en evidencia las prácticas antidemocráticas de estas instituciones; 2) el aumento del crimen y de la violencia, lo que obliga a los cuerpos de policía a modernizarse para poder hacer frente a ese aumento y a la aparición de nuevas formas de criminalidad; y 3) la descentralización de funciones hacia los gobiernos locales, lo que hizo que las políticas de seguridad ya no se diseñaran solo nacionalmente, sino que también se hicieran localmente. De esta manera, las políticas de seguridad ciudadana coinciden con las políticas nacionales de los gobiernos para enfrentar al delito. Esa coincidencia crea retos de coordinación y, por supuesto, abre espacios para el conflicto⁵.

5 Sousa define los objetivos de la siguiente manera: “Dentro del contexto de democratización y liberalización económica, las reformas buscaron lograr sistemas judiciales más eficientes, independientes y responsables, mediante medidas tales como la

Debido a esas tensiones, en muchos casos las reformas fueron hechas con el objeto de endurecer las penas y de hacer más restrictivas las reformas. En otros, la idea de juicios rápidos fue dominante y, por tanto, se establecieron procedimientos abreviados o mecanismos de negociación de penas que hacían más fácil y rápido el juzgamiento de las personas. En todo caso, en muchas ocasiones las demandas de una política criminal punitiva pusieron el énfasis de la seguridad ciudadana en la ley penal, dejando de lado la protección efectiva de la ciudadanía mediante políticas efectivas de prevención del delito.

Un objetivo central ha sido el de adaptar los sistemas a los reclamos de la globalización. De esta manera, las exigencias de la transformación económica y de la necesidad de abrir los mercados permea al sistema penal. Para Fernández Toro, la globalización es uno de los motores de la reforma:

Fernández Toro también sostiene que, aunque la necesidad de adaptar la institucionalidad de los Estados nacionales a las exigencias de la globalización es no solo pertinente sino también deseable, “el nuevo rol trascendental que debe jugar el sector justicia en la actual realidad mundial requiere de una reforma en profundidad (...) y no se puede reducir a una visión economicista, que no solo esquiva los problemas de alcanzar el desarrollo socioeconómico de los pueblos, sino que, además, puede socavar la gobernabilidad democrática”. Y, para corroborar ese carácter economicista,

incorporación de nuevas tecnologías y sistemas de información, la implementación de métodos de capacitación para la profesionalización de los estrados judiciales, la modernización de códigos de procedimiento y la creación de nuevos tribunales” (Sousa, 2007: 100). Sobre las tensiones entre política criminal y seguridad ciudadana, ver Adolfo Franco Caicedo. 2013. “La relación de la política criminal oficial y la política de seguridad ciudadana en Bogotá”. Tesis de maestría en derecho. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá; y sobre la reforma policial: Hugo Frühling. “Luces y sombras en la reforma policial latinoamericana”. En <http://www.kas.de/wf/doc/1973-1442-4-30.pdf>. Última visita 17 de noviembre de 2015. Sobre los problemas de la gobernanza multinivel, ver: Simona Piattoni. “Multilevel governance in the EU. Does it work?”. En <https://www.princeton.edu/~smeunier/Piattoni>. Y Philip Schmitter. “Neo neo functionalism”. <http://www.eui.eu/Documents/Departments-Centres/SPS/Profiles/Schmitter/NeoNeoFunctionalismRev.pdf>. Última visita 30 de noviembre de 2015.

comprueba que “la mayoría de los recursos destinados a la reforma judicial por la cooperación internacional, reembolsables o no, se han destinado casi con exclusividad a la modernización de áreas denominadas genéricamente como de derecho civil –normas, procesos y sus correspondientes organizaciones, los tribunales–, aunque en propiedad se han reducido drásticamente a la denominada justicia mercantil, esto es, a la administración de justicia que dirime conflictos de carácter comercial” (Graciosi, 2004).

Es difícil entender cuáles son los reclamos de la globalización y qué entienden los autores de las reformas por esto. Sin embargo, teniendo en cuenta el contexto en el que ellas se producen, el del consenso de Washington que aboga por la liberalización de la economía al lado de la del sistema político, es posible afirmar que los autores se refieren principalmente a garantizar la estabilidad de los derechos y la pronta solución de los casos para posibilitar la inversión extranjera. Contrario a lo que cabría esperar, esto es, que se fortaleciera el aparato de justicia formal, con estas reformas se apela a sistemas informales de administración de justicia como la mediación, la conciliación y el arbitraje. De manera que se garantice a las compañías extranjeras que sus conflictos se resolverán en instancias no judiciales y, sobre todo, en instancias no nacionales. Todo ello para garantizar la neutralidad de las decisiones y la eficiencia en la administración de este tipo de justicia. Las exigencias de la globalización se entienden entonces como una desestatalización de la justicia y como un proceso por el cual las decisiones se toman en lugares diferentes al de la justicia formal (Rodríguez, 2005). De esta manera, las pequeñas y las grandes causas –no penales– son derivadas a otros sistemas, con lo que el resultado es una justicia devaluada y cada vez con menos recursos.

Los indicadores de medición de este objetivo están dados no por la eficiencia o la calidad de la administración de justicia, sino por el incremento en la inversión extranjera. Con ello, los países compiten presentando sistemas de justicia cada vez más débiles para atraer una mayor inversión extranjera. El proceso de pérdida de poder del Estado-nación afecta crecientemente a la oferta de servicios de seguridad y de justicia. Solo los más pobres, y que no tienen acceso a servicios privados de uno o de otro, deben acudir a los servicios estatales, los cuales tienen menos calidad y, por tanto,

hacen que las reformas a la justicia terminen siendo en detrimento de los sectores más pobres de la sociedad.

Dentro de ellas se resalta la necesidad de garantizar la independencia de la rama judicial. Sin embargo, con mucha frecuencia se observa que la independencia judicial se entiende simplemente como la independencia externa, esto es, como derivado de la separación de poderes. Pese a los altibajos, se ha logrado que la rama judicial esté libre del control del ejecutivo y que se dé una mejor protección de los derechos humanos. No obstante, los nombramientos de los jueces de las altas cortes se encuentran fuertemente politizados, por lo que es difícil sostener la independencia total de la rama judicial, pues en muchos casos estos nombramientos resultan en una fuerte influencia del ejecutivo en la rama y en la percepción de que la justicia de alguna manera debe proteger la agenda política del gobierno de turno. Esta influencia se observa sobre todo en la justicia constitucional, pues cuando se dan cambios trascendentales para el ejecutivo, este utiliza diferentes medios de influencia para lograr que las decisiones se den en su favor. La línea es muy tenue, pero en todo caso se trata de casos en los que la independencia judicial se ve seriamente mermada.

La tabla 2 muestra cómo Hammergren (en Sousa, 2007: 102) sintetiza los objetivos declarados de las reformas.

Contexto de las reformas, para establecer sus objetivos no declarados

Con el fin de determinar cuáles son los objetivos declarados y no declarados de las reformas, es importante tener en cuenta su contexto. En algunos casos, para justificarlas se ha utilizado una retórica de protección de los derechos. Sin embargo, detrás de esa retórica encontramos otro tipo de objetivos, como puede ser la reducción de garantías para los procesados dentro de una lógica de populismo punitivo; la creación de dificultades procesales para las demandas en contra de compañías extranjeras, con el fin de garantizar la inversión por medio de una comprensión equivocada de la estabilidad de los derechos; la privatización de la justicia en ciertos casos, para obtener decisiones rápidas y permitir que las empresas puedan

Tabla 2. Objetivos de las reformas

Objetivo	Medios comunes	Indicadores de éxito	Principales promotores
Formar un sistema judicial sólido e independiente como actor clave de la política democrática.	Sistemas despolitizados de nombramiento, autonomía presupuestaria, poderes ampliados de revisión judicial.	Capacidad de examinar y oponerse a los programas del gobierno; juicios contra élites políticas.	Jueces, grupos de interés cívico, actores externos.
Modernización judicial como objetivo en sí misma o para satisfacer la mayor demanda.	Nuevas tecnologías, organización y técnicas administrativas.	Servicio más eficiente, mayor número de casos resueltos, menor acumulación de trabajo pendiente.	Gobierno, donantes, el sistema judicial (pero más para los insumos que para los resultados).
Eliminación de vicios tradicionales: corrupción, prejuicios, incompetencia, retrasos.	Capacitación, equipo, sistemas de control y evaluación, oficinas de quejas de ciudadanos, de inspección judicial, códigos de ética y leyes.	Mejor imagen pública; reducción de atrasos; a largo plazo, menor número de quejas; a corto plazo, mayor número de jueces disciplinados y despedidos con justa causa.	Grupos de acción cívica, y algunas veces miembros de la rama judicial o del gremio local de abogados.
Mayor accesibilidad a un rango más amplio de grupos sociales para la protección de los derechos, equidad y la resolución efectiva de los conflictos.	Mayor número de cortes y jueces, procedimientos simplificados y alternativos, capacitación orientada a los derechos, servicios legales subsidiados, educación legal popular.	Cambio en la identidad socioeconómica de los usuarios, decisiones apoyadas en derechos constitucionales.	Partidos políticos, grupos cívicos, actores externos.
Mejorar las funciones de control del crimen para mayor seguridad ciudadana y menor violencia social.	Nuevos procedimientos, fortalecimiento de otras instituciones del sector (policía, fiscalía), capacitación judicial y protección.	Mayor tasa de despacho de casos criminales, reducción en la tasa de crímenes.	Gobierno, la sociedad.
Mejorar la capacidad del sistema judicial para manejar disputas de importancia económica.	Modernización de leyes, capacitación, tribunales comerciales especializados, reducción de atrasos.	Mayor número de conflictos económicos atendidos por las cortes, resolución más veloz, crecimiento económico.	Grupos económicos, gobierno, donantes.

ejercer libremente sus labores; y la facilitación de los recortes a los derechos laborales, con el fin de flexibilizar el mercado de trabajo y permitir el pago de salarios más bajos y la pérdida de derechos laborales garantizados desde la primera mitad del siglo veinte.

Gabriel Graciosi estudia las reformas al sistema judicial y las analiza dentro del contexto a las reformas económicas ocurridas en la década del noventa. Graciosi afirma que desde instituciones como el BID, el FMI y el Banco Mundial se veían como una condición necesaria para las reformas económicas que se querían implementar. Dicho de otra manera, la liberalización de la economía no era posible sin la creación de un contexto de gobernabilidad:

Así, las reformas institucionales –y en especial la reforma de la justicia– pasaron rápidamente a formar parte privilegiada en las agendas de las AMCs. El buen gobierno o *good governance* apareció como un importante objetivo o precondition político-institucional, necesario para lograr los resultados que las reformas macroeconómicas y sectoriales no lograron producir *per se*. Y dentro de esta temática, el poder judicial, su legitimidad y eficiencia, comenzó a ser reconocido como una pieza clave para el buen gobierno en general, y un eficiente funcionamiento de los mercados en particular. La articulación del accionar de actores domésticos e internacionales que, con distintas motivaciones, ubican en un mejoramiento del funcionamiento judicial un paso prioritario o precondition para alcanzar mayor legitimidad y eficiencia del gobierno democrático, ha generado en América Latina un poderoso ambiente ideológico pro-reforma judicial (Graciosi, 2004).

Estos objetivos no declarados obviamente no han sido objeto de medición por parte de las instituciones encargadas de su implementación. Pero deben ser tenidos en cuenta, pues un fracaso en un objetivo declarado no necesariamente significa el fracaso de la reforma como tal. Por ello, es preciso que en los estudios de las reformas a la justicia en la región se identifiquen los objetivos declarados y no declarados, con el fin de valorar adecuadamente el cumplimiento de los objetivos programados. Como ha señalado Sousa (2007: 101), la evolución de la reforma ha mostrado la dificultad de perseguir todos los objetivos, declarados y no declarados, de manera conjunta.

Obstáculos a las reformas

Las reformas han dejado la lección de que modificar el sistema de justicia y la cultura de la jurisdicción no es una tarea fácil. Con frecuencia, fracasan por la existencia de una cultura de la jurisdicción apegada al sistema anterior. Alberto Binder muestra en su texto cómo en varios lugares no han tenido éxito por la existencia de una cultura inquisitiva y por el empeño en continuar con una educación que capacita a las personas en el viejo sistema. Al lado de este problema fundamental, otro obstáculo ha sido la existencia de una lucha con el ejecutivo que pretende imponer medidas que afecten la independencia de los jueces. De esta manera, las reformas por obtener un mayor gobierno de la rama y una mayor autonomía en el nombramiento de los jueces chocan con los intentos del poder ejecutivo por limitar su independencia mediante mecanismos que acotan la posibilidad de nombramientos o de administración de los recursos de la rama judicial.

Estos intentos por limitar la independencia suelen ser exitosos gracias a la percepción negativa que en muchos países se tiene de la administración de justicia. Para la ciudadanía, la rama judicial es corrupta y con frecuencia percibe actos propios del proceso, como la concesión de medidas de libertad, como actos de corrupción que muestran la necesidad de limitar la capacidad de acción de los jueces.

Otros obstáculos son los bajos salarios para los jueces, lo que lleva a la corrupción y a una baja calificación y a que cualquier intento de reforma se rechace por amenazar el *statu quo*; la ausencia de una carrera judicial, con lo que los jueces carecen de independencia vertical y, por tanto, resisten reformas que afecten las capacidades de nombramiento; la ausencia de capacitación profesional, lo cual permite que las plazas estén llenas de jueces carentes de la formación necesaria y pertenecientes a la cultura de la jurisdicción que se quiere reemplazar; la ausencia de una reforma estructural al sector justicia en general, y no solo a la rama judicial, etcétera.

Es necesario identificar a los actores políticos que apoyan las reformas y aquellos que se les oponen, y trabajar con ellos con el objetivo de avanzar en ellas y alcanzar los objetivos fijados. En suma, para el éxito de todas es clave identificar los obstáculos del pasado y del presente. En muchos casos,

han fracasado porque han sido percibidas como la iniciativa de uno solo de los actores del sistema, ya sea el gobierno, la rama judicial o el Ministerio Público. Esta visión de las reformas como el resultado de los deseos de un solo actor conduce a una oposición y a un sabotaje por parte de los otros, que ven en el fracaso el éxito de su oposición, olvidando la finalidad de la transformación y las necesidades de justicia de la ciudadanía.

Es importante determinar cuáles han sido los obstáculos de cada reforma en cada país, pues las nuevas iniciativas podrán encontrar los mismos obstáculos o similares, que deben ser superados para garantizar el éxito del nuevo cambio en el sistema.

Conclusión: las lecciones aprendidas

Las reformas a la justicia en América Latina han dejado varias lecciones que van desde sus ritmos, los procedimientos para lograrla, los actores para hacerlo y los tiempos para que sea exitosa. Hemos aprendido también que cada una depende de su contexto y que lo exitoso en un país no lo es necesariamente en otro. Esto no le quita valor al diálogo y al intercambio de experiencias. Solo demanda ser cuidadosos con la comparación de experiencias.

La reforma chilena ha mostrado, por ejemplo, la importancia de la gradualidad de la implementación; la necesidad de que el diseño y la implementación se den como un solo proceso; la necesidad de un enfoque disciplinario; la idea de que la capacitación desempeña un rol muy importante en la transformación cultural de los actores del sistema, etcétera.

En materia de seguridad, la principal lección que hemos aprendido es la necesidad de desarrollar una reforma estructural a la justicia que parta de la policía y termine en el proceso penal. Esta reforma debe ocuparse de los sistemas de investigación y, sobre todo, evitar caer en la trampa de recortar los derechos de los procesados. La tensión que siempre existe entre eficiencia y derechos debe decantarse siempre por la protección de los derechos, entre otras razones porque una investigación bien llevada evita que se declaren nulidades del proceso y se pierda tiempo rehaciendo todo el proceso de una debida forma. En otras palabras, la mejor forma de desarrollar una

investigación eficiente es protegiendo el derecho de las personas a un debido proceso.

Referencias

- COUSO, JAVIER, ALEXANDRA HUNEEUS Y RACHEL SIEDER (eds.). 2013. *Cultures of legality. Judicialization of political activism in Latin America*. Cambridge University Press. Cambridge.
- FILC, GABRIEL Y CARLOS SCATASCINI. 2012. “El presupuesto por resultados en América Latina. Condiciones para su implantación y desarrollo”. BID. Washington.
- GARDNER, JAMES. 1980. *Legal imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. University of Wisconsin Press. Madison.
- GRACIOSI, GABRIEL. 2004. “Problemas vigentes y desafíos políticos para una reforma de la judicatura en sociedades latinoamericanas. Una aproximación desde la ciencia política”. *Revista de Estudios de la Justicia*. 5.
- HUNEEUS, ALEXANDRA. 2010. “Judging from a guilty conscience. The Chilean Judiciary Human Rights Turn”. *Law and Society Inquiry*. 35 (1). Winter.
- PNUD. 2004. *Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. PNUD. Washington.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR. 2005. “Nike’s law. The antisweatshop movement, transnational corporations and the struggle over international labor rights in the Americas”. En Boaventura de Sousa y César Rodríguez (eds.). *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge University Press. Cambridge.
- SÁNCHEZ, RÓBINSON. 2014. “Indicadores *Doing Business* como tecnología de gobernanza global sobre la administración de justicia de Colombia”. *Revista Precedente*. 5. Julio-diciembre.
- SIKKINK, KATHRYN. 2011. *The justice cascade. How human rights prosecutions are changing world politics*. Norton & Company. Nueva York/Londres.

SNODGRASS-GODOY, ANGELINA. 2002. "Lynching and the democratization of terror in post-war Guatemala: Implications for human rights". *Human Rights Quarterly*. Vol. 24.

SOUSA, MARIANA. 2007. "Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados". En Eduardo Lora (ed.), *El estado de las reformas del Estado en América Latina*. BID. Washington.

Política criminal y seguridad

Farid Samir Benavides Vanegas*

Introducción

En América Latina, la seguridad ha sido un problema central en los últimos años. Las estadísticas muestran que cada vez se cometen más homicidios y cada vez la situación de inseguridad objetiva aumenta, al mismo tiempo que lo hace la percepción de inseguridad. Las cifras muestran también el aumento de la situación de inseguridad. En los últimos años, la tasa de homicidios en la región ha crecido de manera sostenida. En 2000 esta era de 20 homicidios por cada 100.000 habitantes, pero en 2008 subió a 26 por cada 100.000. Si se analizan las subregiones, la situación es más dramática: en México y Centroamérica y en el área andina la tasa fue de 27 en 2008, mientras en el Cono Sur fue de 9. El promedio mundial es de 6,9, y la Organización Mundial de la Salud (OMS) considera que más de 10 homici-

* PhD en derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; PhD y MA en ciencia política por la Universidad de Massachusetts en Amherst; MA en sistema penal y problemas sociales de la Universidad de Barcelona; especialista en derecho penal por la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Universidad Nacional de Colombia; abogado de la Universidad Católica de Colombia.

Director del Área de derecho penal, procesal penal y criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. Correo electrónico: fs.benavides@uniandes.edu.co

dios implican una epidemia de violencia. Pero si vemos por países, la situación es incluso peor: en 2014 la tasa de homicidios en Honduras fue de 90,4; en Venezuela de 53,7; en Belice, 44,7; en El Salvador, 41,2; en Guatemala, 39,9; en Colombia de 30,8; en Brasil, 25,2; y en México de 21,5 homicidios por cada 100.000 habitantes.

Las reformas penales, por su parte, se han visto afectadas por esta percepción de inseguridad y por los reclamos de mano dura que se le hacen al sistema penal. En Chile, por ejemplo, a la reforma al sistema penal se la acusa de establecer una suerte de puerta giratoria, que permite que los delincuentes circulen por el sistema sin enfrentar penas reales por los delitos cometidos. De acuerdo con Mauricio Duce:

Finalmente, en este periodo surge una nueva área problemática representada por una creciente demanda e insatisfacción en materia de seguridad ciudadana. Así, es posible detectar que en este periodo surgen fuertes debates sobre el tema criticando a la reforma como un factor de aumento de inseguridad. Así, por ejemplo, se construye un discurso de una parte de la clase política muy crítico respecto al impacto que la reforma estaba produciendo en materia de seguridad ciudadana, particularmente en cuanto a que esta era demasiado “blanda” con la delincuencia (o que establecía demasiadas garantías a favor de los delincuentes y desmedro de las víctimas) y ello tenía el efecto de aumentar la comisión de los delitos. Este tipo de críticas generó cuestionamientos a la legitimidad de la reforma en algunos sectores de la opinión pública. Estos cuestionamientos eran particularmente intensos respecto del tratamiento que el sistema daba a ciertos delitos menores en donde la interpretación de distintas instituciones de la reforma permitía que las sanciones aplicadas a este tipo de delitos fueran bastante menores (Duce, 2008: 76).

Luis Pásara, por su parte, sostiene:

Lo esencial, desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, es que en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, de un lado, el archivamiento de casos sin investigación y, de otro, la aplicación del principio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, pena remitida o multas que no se cobran producen cierto grado considerable de impunidad. Esta constatación, en la medida en que se hace pública, está generando una reacción

social contraria al sistema reformado y explica los intentos —en el caso de Chile exitosos y en el caso ecuatoriano numerosos— destinados a modificar la arquitectura de códigos procesal penales que, con la promesa de combatir la delincuencia, empezaron a regir hace apenas unos cuantos años (Pásara, 2010).

Estas dos citas muestran las tensiones existentes entre las reformas penales y la cuestión de la seguridad ciudadana. El proceso penal y el derecho penal contemporáneo se definen como garantistas. Desde el punto de vista de un derecho penal liberal, el uso del aparato penal deber ser la última medida (*ultima ratio*) que solo se debe adoptar cuando las otras a disposición del Estado han fallado. De la misma manera, desde este punto de vista, el uso de la prisión debe ser también la última medida, pues solo se debe utilizar en contra de los ataques más graves en contra de los bienes jurídicos de mayor importancia. Sin embargo, pese a que en la región se sostiene de manera teórica un derecho penal liberal, el uso de la prisión está extendido y en muchos casos se percibe un aumento extraordinario de los presos sin condena.

La situación de inseguridad objetiva y de percepción de inseguridad se ha enfrentado haciendo uso del sistema penal. Sin embargo, la mayor parte de las medidas han sido normativas y simbólicas. Por una parte, se ha optado por el aumento de las penas, sobre la idea de que un incremento en las sanciones penales constituye un mecanismo efectivo en la prevención del delito. No obstante, desde hace mucho tiempo las investigaciones empíricas han mostrado las limitaciones del uso de la pena privativa de la libertad como mecanismo preventivo. El aumento de las penas tiene un efecto añadido, que es el aumento del tiempo de las personas en prisión, la imposibilidad de hacer uso de la libertad provisional y, por tanto, un incremento exagerado del número de personas privadas de la libertad. Los sistemas penitenciarios de la región están saturados, con tasas de hacinamiento que llegan al 100% nacional (400% o 500% en algunas prisiones) y con respuestas cada vez más punitivas al delito.

Por otra, se ha optado por un endurecimiento del sistema penal a nivel procesal. La relevancia de la víctima dentro del proceso de producción de legislación penal ha ido acompañada de una limitación creciente de los derechos de los imputados dentro del proceso, que en sí mismo se ha conver-

tido en la pena, pues su lentitud, acompañada de la privación de la libertad, lleva a que personas cuya inocencia se presume estén en prisión por un tiempo tal que bien podría considerarse una aplicación pre-sentencia de la pena privativa de la libertad.

La saturación de los sistemas penitenciarios no solo produce una violación estructural de los derechos de las personas privadas de la libertad, sino que produce una desconfianza creciente de la ciudadanía en el sistema penal, pues observa que la pena fracasa en su finalidad resocializadora. Los esfuerzos de las autoridades de policía se concentran en la sanción del delito menor, con lo que se llenan las cárceles con personas que son el producto de la marginación social y la pena de prisión solo va a aumentar esa situación de marginación.

Para el crimen organizado se adoptan dos medidas contradictorias: por una parte, mecanismos de negociación de pena, con lo que se les pone en una situación favorable frente a delincuentes que no tienen nada que ofrecer como moneda de cambio; y, por la otra, se les recortan sus derechos, implementando una lógica de amigo/enemigo mediante el uso del derecho penal. Mientras tanto, las tasas de encarcelamiento siguen subiendo, sin que se dé una relación directa entre el aumento del delito y el aumento de las personas privadas de la libertad.

La paradoja del proceso de reforma penal se hace evidente. Un sector liberal del Estado aboga por la limitación del uso de la pena privativa de la libertad y por la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad. Se olvida que la mejor alternativa a la privación de la libertad es de entrada renunciar a su uso dentro de la tipificación de los delitos y de las penas. Sin embargo, al mismo tiempo que dentro de los Estados latinoamericanos hay una corriente garantista, en otro sector, con frecuencia la policía, las fuerzas armadas o los ministerios de seguridad ciudadana, se presiona para que se dé una política criminal de mano dura, con uso primario de la prisión, con sanción de la reincidencia y con limitaciones al acceso a las medidas alternativas a la privación de la libertad. Esta paradoja se resuelve con frecuencia de la manera más curiosa: frente a una realidad punitiva los gobiernos hablan más alto sobre la libertad.

Las reformas penales no han producido efectos visibles en materia de seguridad. El aumento de los delitos y de las penas no se ha traducido en menos delito y en más seguridad. Todo lo contrario, la situación de inseguridad y el desprestigio del sistema aumentaron por la violencia estructural en contra de las personas privadas de la libertad. Las reformas no tienen en cuenta su impacto en la seguridad ciudadana o en la privación de la libertad. Con frecuencia se basan de manera dogmática en diversas teorías de la pena. Incluso, el giro punitivo alcanza a la justicia comunitaria, pues en países en donde se reconoce la jurisdicción indígena, esta ha ido dejando una visión de justicia comunitaria restaurativa y en su lugar ha venido adoptando una visión punitiva y carcelaria de las faltas a la comunidad¹.

Al lado de ello, en países como Colombia se reforma el sistema contravencional, de manera que el control sobre la ciudadanía es mayor, pero ahora sin las garantías propias del proceso penal. La ausencia de una política coherente de seguridad aumenta la desconfianza ciudadana en las autoridades y en su capacidad para enfrentar el delito y, de manera consecuente, en su percepción de inseguridad.

No existen estudios amplios sobre la relación entre reforma a la justicia, reforma al sector de seguridad y seguridad ciudadana, y en ellos debe avanzarse para conocer mejor el impacto de las reformas legales y el efecto paradójico de creación de inseguridad subjetiva.

Uno de los aspectos menos considerados en las reformas tiene que ver con los sistemas de investigación. Alberto Binder dice al respecto:

También nos muestra el informe que si existe un punto todavía muy problemático es el de la actuación del Ministerio Público y su relación con la Policía: falta de dirección (la cláusula de dirección funcional no ha de-

1 Tal vez el mejor ejemplo son los guardados. Estos son indígenas sancionados por la jurisdicción especial indígena, pero *guardados* en las cárceles del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (Inpec). En estas cárceles carecen de la protección de un juez de ejecución de penas y de medidas de seguridad y de las modalidades de redención de penas a que tienen derecho todas las personas privadas de la libertad.

mostrado ser muy útil), falta de coordinación entre las distintas policías y entre ellas y los fiscales, burocratización y desorientación organizacional del Ministerio Público, falta de capacitación, etc. Estos son solo algunos de los muchos problemas que se destacan y muestran que todavía la promesa de mejorar los métodos de investigación tiene mucho trabajo por delante. Pero, para ello, creo que hay que tomar conciencia de algo fundamental: no se puede construir un sistema eficiente de investigaciones sin una profunda reforma de las policías de investigaciones y su separación de las policías de seguridad. La superación del modelo unitario de Policía que predomina en América Latina es un tema de alta prioridad. Lo que sucede es que es imposible encarar ese proceso de reforma sin contar antes con un cuerpo de fiscales, correctamente organizados, con capacidad de preparar los casos y presentarlos antes los tribunales. Y todavía no estamos en esa situación tal como lo muestran muchas conclusiones del informe. Por lo tanto, si bien ya es necesario comenzar a preparar las estrategias de reforma de la policía de investigaciones, no se debe descuidar el fortalecimiento del Ministerio Público fiscal en los próximos años tanto por su valor en sí mismo como por su carácter de herramienta insoslayable para las transformaciones policiales.

En este sentido, también es necesario construir un nuevo modo de acercamiento al problema policial no de tipo moralista sino vinculado al desarrollo de las modernas políticas de seguridad en todas sus dimensiones. Tengo la impresión, en definitiva, que la lógica del “tramitar” frente a la “lógica de investigar” se ha instalado en las prácticas de los fiscales mucho más rápidamente de los que hubiéramos esperado. Así que aquí es necesario diseñar instrumentos rápidos de intervención en este problema que, en mi opinión, deben estar orientados a dos dimensiones: 1) los nuevos modelos organizacionales del Ministerio Público Fiscal y 2) nuevas formas de capacitación de fiscales, tanto en técnicas y estrategias de investigación como en la preparación del litigio y la atención y colaboración con las víctimas y sus organizaciones sociales. Urge, en este sentido la creación de un centro de capacitación en el nivel latinoamericano que pueda formar a una nueva generación de fiscales, ya que los recursos actualmente disponibles para esta tarea en la región son notoriamente insuficientes. Creo, firmemente, que la creación de policías de investigación, totalmente separadas de la policía de seguridad es la solución más idónea para dar un paso más en lograr mecanismos eficientes de investigación, ello con relación a otras dos di-

mensionas: 1. La modernización de todas las dimensiones de las políticas de seguridad y 2. El fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil para luchar contra la impunidad (acciones colectivas, acciones populares, representación colectiva de las víctimas, etcétera) (Binder, 2002: 70. Ver también, Binder, 2008).

La ausencia de una política criminal en América Latina

La seguridad ciudadana se ha abordado localmente. Sin embargo, se carece de una política criminal coherente que se ocupe de manera integral de la prevención del delito y de su sanción, así como de la reintegración del delincuente. La forma típica de reforma penal en la región se agota en el aumento de penas para los delitos que causan más impacto mediático y en la eliminación de los mecanismos sustitutivos de la pena, de manera que cada vez más delitos son susceptibles de privación de la libertad y cada vez menos de medidas de libertad. Pero al mismo tiempo y de manera por completo incoherente, surgen reclamos por el uso excesivo de la prisión y por el aumento del hacinamiento en los sistemas penitenciarios de la región.

Esta paradoja es difícil de entender: por un lado se aumentan las penas y el mismo gobierno que lo promueve sugiere que el sistema está sobrecargado y está a punto de colapsar y, pese a ello, no se adoptan medidas de solución algunas, aparte de una retórica de libertad vacía de acciones concretas.

La política criminal de la región es incoherente, reactiva, populista y ausente de base empírica. El fundamento es con mucha frecuencia anecdótico o basado en unos cuantos casos surgidos de la alarma de los medios de comunicación. Es necesario diseñar una política criminal coherente que se articule con una visión democrática e incluyente de la seguridad ciudadana. Pero para ello se requiere renunciar al uso populista del sistema penal y que se entienda que los conflictos sociales no se resuelven punitivamente. Una política pública en materia de seguridad y de prevención del delito debe articularse con el fin de eliminar la paradoja del control penal actual.

Una política de seguridad ciudadana debe generar entornos seguros para la ciudadanía. Esto hace que se reduzca la criminalidad y que en su mayor

parte los procesos sean derivados a instancias no penales. A su vez, aquellos que entren al sistema penal deben ser tomados con una política incluyente y con el fin de eliminar la marginación, de manera que se cumpla con el fin motivador e incluyente de la pena. Un sistema penal más democrático genera entornos más democráticos que al final harán innecesario el uso del sistema penal. La política criminal no puede pasar por alto que ante todo es una política pública que tiene como finalidad el bienestar de la ciudadanía.

Los costos del delito y de la política pública

El delito tiene costos elevados en la vida de la gente y en la economía nacional. Como lo ha mostrado un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el crimen y la violencia tienen un impacto económico sobre las mujeres, los jóvenes y el patrimonio de las familias. Estos efectos no son solo económicos sino que involucran aspectos como el peso que tienen los niños al nacer o el valor de las propiedades. Como se muestra en el estudio sobre Brasil, el mayor sentido de inseguridad reduce el valor de las rentas que perciben las viviendas en las zonas urbanas y las embarazadas que viven en zonas en donde el índice de homicidios es alto tienen más probabilidades de tener hijos con bajo peso (Metter et al., 2013).

Se deben considerar también los costos agregados que generan delitos en materia económico-financiera como el lavado de activos, el contrabando o la financiación del terrorismo, delitos que afectan el producto interno bruto (PIB) de los países, generan distorsiones del mercado así como otra serie de efectos negativos tanto para la economía como para la institucionalidad.

Además de eso, atender el delito requiere la creación de infraestructuras para mejorar la seguridad de las zonas, mejorar la capacidad de vigilancia y control de los entes del estado, sancionar a los responsables y aplicar las penas privativas de la libertad. Esto es, el delito no solo tiene costos económicos directos, sino que también trae consigo costos de transacción a consecuencia de los dineros que se deben invertir en seguridad para evitar su aumento. En el caso colombiano se observa cómo el presupuesto de seguridad crece y cómo el costo del sistema penitenciario va creciendo de manera exponencial, al punto de hacer que el sistema en un futuro resulte inmane-

jable. Desde una perspectiva de calidad del gasto público, los objetivos del presupuesto nacional no se cumplen², pues cada vez es mayor el gasto en seguridad y en justicia y, sin embargo, el número de personas privadas de la libertad no disminuye.

Pese a los altos costos de la pena privativa de la libertad, no existe evidencia que demuestre que se ha cumplido con los fines declarados, por lo que se trata de una institución costosa que presenta resultados muy limitados. Su único efecto constatado es la violencia cotidiana que ejerce en contra de las personas privadas de la libertad y la ausencia de efecto real sobre la población en general (efecto preventivo de la pena). Por tanto, las alternativas a la pena privativa de la libertad no deben mirar solo la reducción del número de personas en prisión, sino buscar medidas que reduzcan los costos personales, sociales y económicos de la privación de la libertad.

El alto costo de la prisión debe tenerse en cuenta cuando se analizan las medidas alternativas, pues si bien algunas pueden tener un costo elevado, este no es tan alto como el de la prisión y, sobre todo, no tiene los efectos negativos de esta. Por tanto, al momento de estudiar las alternativas debe entenderse que la prisión es muy costosa y sin embargo no cumple con las finalidades que se dice persigue.

La reacción del Estado: más y más cárcel

El uso extensivo de la pena privativa de la libertad no se ha traducido en una reducción del delito. Pese al aumento continuo de penas, al endurecimiento de la política criminal, las tasas delictivas no se han visto afectadas. Se ha producido una reducción del delito por razones ajenas al sistema penal, pero a la vez ha aumentado el número de personas en prisión. El resultado de esta política ha sido el aumento del número de personas privadas de la libertad, pero su influencia en la reducción del delito es independiente del uso del sistema penal. Tampoco contamos con datos fiables sobre la

2 Sobre calidad del gasto público, ver Armijo y Espada, 2014.

reincidencia, por lo que no es posible afirmar con seguridad que la prisión previene el delito o que el tratamiento impide la reincidencia.

Una aproximación a este punto se encuentra en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Brown v Plata*, decidido el 23 de mayo de 2011. La Corte reiteró la decisión del a-quo, bajo el argumento esencial de que privar a los presos de las necesidades básicas es incompatible con el concepto de la dignidad humana.

As a consequence of their own actions, prisoners may be deprived of rights that are fundamental to liberty. Yet the law and the Constitution demand recognition of certain other rights. Prisoners retain the essence of human dignity inherent in all person³.

La decisión de la Corte señala que teniendo en cuenta que en instancias precedentes se ha requerido al Estado para que tome medidas de carácter urgente en aras de aliviar el hacinamiento y mejorar las condiciones de vida de los presos, y aun cuando se han demostrado ciertos avances, estos distan mucho de frenar la situación, debido a que el hacinamiento ha consumido los recursos limitados de los establecimientos penitenciarios, ha impuesto enormes exigencias de infraestructura y personal médico, generando condiciones insalubres e inseguras, que hacen imposible una atención adecuada, a lo cual se suma la crisis financiera por la que atraviesa el estado de California. Todo lo cual hace que el Estado sea incapaz de superar por sí mismo el problema. Por tanto, la Corte considera que lo justo es requerir la liberación de ciertos presos con el fin de reducir el hacinamiento.

Para la Corte Suprema de Estados Unidos el hacinamiento carcelario viola la Octava Enmienda sobre la prohibición de penas crueles e inusuales. Se insta a las autoridades a tomar medidas estructurales que corrijan la situación de hacinamiento, entre las cuales debe considerarse la liberación

3 A consecuencia de sus propias acciones, los prisioneros pueden ser privados de derechos que son fundamentales para la libertad. Aun así, la ley y la Constitución demandan el reconocimiento de otros derechos. Los prisioneros retienen la esencia de la dignidad humana inherente a todas las personas [traducción de la coordinadora].

de los 40.000 presos que constituyen la cifra límite de sobrecupo en las cárceles de California.

A consecuencia de la crisis de la pena privativa de la libertad, se han desarrollado diversas experiencias de alternativas a la prisión. Desde mecanismos que limitan la detención preventiva hasta medidas que buscan evitar que la persona cumpla la sanción penal privada de la libertad, las medidas todas han girado alrededor de la idea de alternativas a la prisión, esto es, medidas en donde la pena privativa de la libertad conserva su centralidad y solo se buscan alternativas a su uso. Pero medidas que tengan valor en sí mismas –con la salvedad de la multa– han tenido poco desarrollo.

En un documento de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito se afirma que es importante que las medidas alternativas a la prisión no se adopten de manera descontextualizada, sino que formen parte de una reforma comprensiva al sistema penal que conduzca a la modificación de las prácticas de imposición de las sentencias. Dentro de las medidas sugeridas están la descriminalización de ciertos actos, la imposición de sentencias de corta duración, así como una amplia gama de alternativas a la prisión y de ampliación de las posibilidades de acceso a la libertad condicional. Esto supone que el objetivo no es simplemente la reducción de la población penitenciaria, sino la imposición de medidas que produzcan menos exclusión y contribuyan a la restauración de los lazos rotos en la sociedad y a la reintegración del infractor. La imposición de penas en la comunidad contribuye a una sociedad más integrada y segura. Los costos también se reducen, pues la imposición de penas en la comunidad resulta tener un costo de una tercera parte del costo de tener a una persona privada de la libertad, ello sin medir los costos personales y familiares de la privación de la libertad. En todo caso llaman la atención de no extender la red de control y de no imponer medidas más duras por el uso de la alternativa (Unodc, 2006).

Problemas de medición

La política pública debe estar fundamentada empíricamente. Sin embargo, en la práctica la política criminal es reactiva y no está basada en datos. Pese a ello, la ley penal es la que termina dando el contenido a los datos,

con lo que se da una situación paradójica. Los conceptos se postulan sin base empírica y son estos los que determinan la recolección de los datos⁴. Existen diversos instrumentos de medición. No obstante, para determinar los índices de criminalidad de un país se opta con frecuencia por la tasa de homicidios, olvidándose que no existe una relación directa entre violencia y criminalidad. Además, también se suele hacer uso de las tasas de delito callejero, con lo que los delitos contra las mujeres, que ocurren en el ámbito doméstico, y los de corrupción pública y privada quedan sub representados. La violencia económica y psicológica contra las mujeres y los niños quedan sin representación en los datos estadísticos. Y la capacidad de los grupos de criminalidad organizada y grupos al margen de la ley de cooptar el estado y distorsionar los mercados queda oculta a las cifras de criminalidad (Garay y Salcedo-Albarán, 2012).

Por otra parte, la política de seleccionar zonas para la acción policial responde a la sobre representación de las cifras criminales, resultado a su vez de la mayor presencia estatal y, por tanto, de un mayor control. En consecuencia, en las estadísticas criminales van a aparecer esos delitos cometidos en las zonas de mayor control por parte de la policía, lo cual no significa que sean las menos seguras, pues precisamente la existencia de las instituciones estatales permite registrar esos actos. El *Informe de desarrollo humano* para América Central llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta lo que denomina las inseguridades invisibilizadas, como es la corrupción y la violencia contra las mujeres. Deben desarrollarse mecanismos de medición que no se centren solo en los indicadores de violencia y que no se limiten al delito violento o al callejero.

Este último se concentra en la percepción de la clase media sobre el delito, por lo que las zonas de intervención suelen ser, precisamente, aquellas en las que la clase media se moviliza. Es importante que las intervenciones estatales se den en todas las zonas vulnerables y no solo en aquellas conectadas con las cifras de percepción de inseguridad.

4 María Eugenia Ibarra.

Desde el enfoque de seguridad multidimensional desarrollado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es importante evaluar los niveles de la cadena de hechos delictivos que se presentan en diferentes zonas geográficas, de forma que sea posible identificar y entender los factores comunes de la criminalidad que se genera y/o que impacta en uno o varios territorios de la geografía del país, así como su relación con fenómenos de carácter transnacional.

También es necesario establecer quiénes son los actores del delito. No hay estudios que permitan medir de manera confiable la reincidencia. No sabemos si hay más gente cometiendo delitos, con lo que supone en términos de equidad social, o si la misma gente está cometiendo más delitos, con lo que ello supone en materia de efectividad del sistema penal. Los grupos de criminalidad organizada hoy día han dejado de comportarse como estructuras jerárquicas, siendo cada día más común que se comporten como una estructura en red (Sánchez Valdés, s. f.).

Dos hechos preocupan de las estadísticas de criminalidad. Primero, el sistema penal es profundamente selectivo, afectando a las clases más bajas. Pero, al mismo tiempo, estas son las más afectadas por el delito, pues la seguridad se ha convertido en un bien de lujo que solo ciertos sectores pueden adquirir⁵. Segundo, la prisión afecta de manera más negativa a los sectores más bajos. Por ello, el sistema penal parece ser el conjunto cerrado de las clases bajas. Esto ha sido denominado la lumpenización del crimen, pero también puede hablarse de la lumpenización de la prisión.

Existe además una problemática recurrente en los sistemas de información de las entidades del Estado, en los que existen subregistros, ausencia de datos o información que difícilmente puede ser procesada o comparada con información de otras entidades. En este escenario, la capacidad de medición de la criminalidad por parte de los responsables de la política criminal es reducida o sesgada por datos que no corresponden a la realidad o que ofrecen una incompleta.

5 *Informe de desarrollo humano América Latina.*

Problemas delictivos

La política criminal debe girar alrededor de tres ejes: 1) el crimen organizado; 2) el crimen ordinario; 3) los delitos que afectan de manera leve a los bienes jurídicos o en los que su protección se puede obtener por medios no penales.

La política criminal no se puede concentrar solamente en los delitos ocurridos en las ciudades, pues en muchos casos las dinámicas delictivas combinan actividades en las ciudades y en el campo. Por ello, debe hacerse un estudio sobre la situación de seguridad en el campo y cómo las nuevas dinámicas del crimen organizado la afectan. Lo rural y lo urbano se entrecruzan. Por tanto, es necesario tener una perspectiva que incluya esas dinámicas delictivas.

Prevención del delito

La prevención se ha definido como todas las actividades que contribuyen a reducirlo como un fenómeno social, tanto cuantitativa como cualitativamente, ya sea mediante medidas estructuradas y permanentes de cooperación entre las diferentes agencias o con medidas *ad hoc*. Las medidas pueden apuntar a limitar las oportunidades de comisión del delito, a atacar los factores sociales que contribuyen a su cometimiento, a informar o a proteger a las víctimas⁶.

La prevención puede ser situacional, lo que supone una fuerte intervención de la policía nacional y de las autoridades locales con iluminación y mejoramiento del espacio público, por ejemplo; o social, con medidas que apunten a reducir la exclusión social, a dar tratamiento médico y psiquiátrico, a aumentar la inserción laboral, etcétera.

La prevención del delito es uno de los componentes centrales de toda política criminal. Solo cuando todo lo demás fracasa se acude al sistema pe-

⁶ En <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=URISERV:l33l34>. Última visita: 28 de marzo de 2016.

nal. Por ello, los Estados deben apostar primero por la prevención del delito. Las medidas preventivas no solo son más baratas en términos económicos, sino que suponen un costo menor en la vida de las personas. Al tener como finalidad la inserción social, ayudan no solo a evitar la comisión de delitos sino a mejorar el bienestar de la ciudadanía.

Las formas de prevención son primaria, secundaria y terciaria. La primera actúa sobre la causa del problema o sobre sus causas percibidas. La educación se concibe como una forma de prevención primaria. La prevención secundaria es aquella que actúa cuando el conflicto ya se ha exteriorizado, y con frecuencia es la realizada por la policía para evitar que el conflicto se traduzca en comisión de delitos. Y la terciaria es la que ya actúa cuando el delito se ha cometido y busca que el sujeto se reincorpore a la sociedad y viva en futuro una vida alejada de él.

Se cuenta con pocos programas de prevención del delito. La mayor parte son programas de seguridad ciudadana que apuntan a una prevención de tipo situacional, pero hay muy pocos que ataquen los factores que dan lugar a la producción del delito. Los programas de prevención no están integrados entre sí y son experiencias que se llevan a cabo de manera aislada, sin que se haya dado un intento de armonización o de integración de los tres tipos de prevención.

El Consejo Económico y Social de la ONU ha formulado una guía para la prevención del delito⁷. Las acciones para el diseño de un plan de prevención deben tener en cuenta la experiencia comparada y documentos como la guía mencionada. La prevención no involucra solamente al sistema penal, sino que debe contar con la participación de la ciudadanía y de todas las instituciones concernidas, como la Policía, la Fiscalía, las autoridades locales, la rama judicial, el Ministerio de Justicia, entre otras. La prevención del delito exige una estrecha coordinación con las políticas locales de seguridad ciudadana y con la política de seguridad y de defensa. La ONU incluye los siguientes elementos para una buena política de prevención del delito:

7 https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf. Última visita: 27 de marzo de 2016.

- ♦ Liderazgo del gobierno, con el fin de articular todas las iniciativas públicas y privadas de prevención.
- ♦ Desarrollo de políticas de inclusión social y de desarrollo económico. La prevención debe comenzar con las comunidades más vulnerables, como las comunidades en riesgo, los niños y niñas, los adolescentes y las familias.
- ♦ Establecer esquemas de cooperación y *partenariado* o asociación entre las instituciones públicas y privadas.
- ♦ Elaborar programas sostenibles, que tengan esquemas de rendición de cuentas, suficientemente financiados y con modelos de evaluación constante.
- ♦ La política de prevención del delito debe estar basada en conocimientos empíricos sobre cada uno de los problemas de criminalidad. De lo contrario, se repiten las medidas simplemente normativas sin un efecto real sobre la criminalidad y la problemática social que pretenden solucionar.
- ♦ Debe estar atravesada por una perspectiva de derechos humanos y de protección de las poblaciones más vulnerables.
- ♦ Debe ser interdependiente, esto es, reconocer los nexos entre lo local, lo nacional y lo transnacional, en especial en la prevención y el control del crimen organizado⁸.

Crimen organizado

Definir al crimen organizado o a la actividad de un grupo de criminalidad organizada es complejo. En los primeros estudios sobre la materia se hacía énfasis en el carácter mafioso de las organizaciones, pero ello se debía a que estos estudios se concentraban en organizaciones como la mafia siciliana o

8 Algunas experiencias comparadas se mencionan en <https://www.crimesolutions.gov/TopicDetails.aspx?ID=10>. Última visita: 27 de marzo de 2016.

la N'Dragheta, que presentaban características mafiosas. Antes de intentar una definición es importante mostrar las limitaciones de algunas definiciones tradicionales, con el fin de hacer presentes las dificultades de la caracterización y, por tanto, la lucha contra los grupos de criminalidad organizada.

Inicialmente, la mafia era considerada una forma de comportamiento y de poder. Esto es, se decía que los individuos tenían un comportamiento mafioso y que representaban ciertos valores y ejercían determinadas funciones dentro de sus comunidades, pero no había una organización mafiosa (Paoli, 2004). Posteriormente se mostró, con los testimonios de los “arrepentidos”, que sí existían organizaciones mafiosas, pero estas se caracterizaban más por tener una voluntad de poder y por unos lazos familiares estrechos entre los miembros de la organización, que por tener una finalidad simplemente económica⁹. El llamado contrato de estatus, que vinculaba a la persona a la *familia*, era a la vez un acto de fraternización. En las organizaciones mafiosas el principal objetivo no ha sido la maximización del beneficio económico sino la obtención de poder y el control de su territorio.

Las familias mafiosas ejercían una cierta soberanía mediante un sistema generalizado de extorsión (Krauthausen, 1994; Krauthausen y Sarmiento, 1991). Esto se ve en el hecho que ciertas normas culturales impedían la creatividad empresarial. Por ejemplo, algunas organizaciones mafiosas no ingresaron en el tráfico de personas por la prohibición cultural de explotar la prostitución, o no desarrollaron redes internacionales por la exigencia de estar cerca de las comunidades en las que ejercían su poder (Paoli, 2004: 23).

Entre las primeras definiciones sociológicas del crimen organizado está la de Donald Cressey, quien hace énfasis en la noción de estructura. Para él, la organización ocupa una posición en el sistema social, el cual ha sido designado para maximizar los beneficios proporcionando servicios y productos ilegales (Varese, 2010: 4). Otros autores no destacan la cuestión de la jerarquía, sino la gravedad de los delitos cometidos, esto es, caracterizan a

9 Los arrepentidos, o *pentiti*, son aquellos miembros de las organizaciones mafiosas que colaboraron con la justicia italiana a cambio de penas benignas y que revelaron la estructura de estas organizaciones criminales.

la organización criminal por la naturaleza de las conductas cometidas, sin atender a la cuestión de pertenencia étnica o la estructura del grupo. Sin embargo, esta aproximación deja sin explicar la complejidad de actos como el hurto de celulares, en el que la cadena comienza con sujetos vulnerables que cometen delitos como una forma de supervivencia y dentro de un contexto de amplia exclusión, pasando por los mandos medios que forman parte de una red criminal, hasta llegar a la red más amplia que maneja el negocio internacional. En estos casos, la idea de estructura y la gravedad del delito son de poca ayuda para caracterizar a la organización.

Otros autores, como Federico Varese afirman que un grupo de crimen organizado intenta regular un mercado y controlar de manera ilegal la producción de una mercancía determinada o de un servicio (Varese, 2010: 14). En todo caso, según él, no es necesario que el producto sea ilegal, pues hoy en día el crimen organizado ha borrado las fronteras entre lo legal y lo ilegal.

Se puede afirmar que no todas las organizaciones criminales tienen esta estructura mafiosa. En el caso colombiano, por ejemplo, hablar de mafias constituye una mala representación de lo que sucede realmente con los grupos de crimen organizado que operan en este país. Otras organizaciones tienen un modelo empresarial, en donde la lógica del beneficio económico es la dominante. Algunas de estas organizaciones carecen de interés en el ejercicio de un poder político, pero otras, debido a la necesidad del control del mercado, combinan la actividad criminal con el dominio del poder político y las actividades económicas ilegales con las legales (Gambetta, 1993).

Varese intenta caracterizar al crimen organizado y establece una distinción entre este, la mafia, y el Estado (tabla 1) (Varese, 2010: 20).

Tabla 1. Crimen organizado

Mecanismos de acción colectiva que constriñen el gobierno de la institución	Mercado único controlado	Varios mercados controlados/ mercado para protección
Presente		Estado
Ausente		Insurgencias
	Crimen organizado	Mafia

Hoy en día el crimen organizado opera local, regional y nacionalmente y para el ejercicio de sus actividades se aprovecha de los circuitos comerciales legales. Se da una relación estrecha entre el aumento de las ganancias y la corrupción de las relaciones económicas lícitas y la utilización de las ilícitas. La criminalidad organizada se infiltra cada vez más en las empresas legales para reciclar sus beneficios económicos y extender sus redes en las actividades legales de la economía. Esto quiere decir que no solo desarrolla una economía sumergida, sino que con cada vez más frecuencia opera en la economía visible, aprovechado cualquier resquicio jurídico para actuar. Las empresas son cada vez más necesarias para sus delitos, en especial en lo que tiene que ver con la legalización de los beneficios (lavado de activos) y con la financiación de los delitos (como en el caso del terrorismo) (Zúñiga Rodríguez, s. f).

El crimen organizado se va desarrollando hasta funcionar más como una empresa que como una organización mafiosa. Adopta los modelos y las estructuras de la industria y los negocios; la racionalización de los medios personales y materiales; la vocación de permanencia para la obtención de un fin económico; la extensión geográfica de la red; la relación con otras organizaciones y la tendencia a reinvertir sus beneficios, de manera que su resiliencia y su capacidad de reinversión son una de sus notas características¹⁰.

El ánimo de lucro es una de los elementos que se destacan en los nuevos grupos de crimen organizado. Sin embargo, este propósito no es incompatible con una finalidad política, y el control de un mercado no es irreconciliable con la necesidad de control político para asegurar el monopolio sobre un mercado determinado (en Zúñiga Rodríguez, s. f.: 8). Esto es importante, pues algunas organizaciones criminales tienen una combinación de control político con control económico, con el uso de homicidios de líderes sociales y políticos para evitar que surja alguna disidencia que les impida u obstaculice el control de los mercados ilegales.

¹⁰ Caso de la oficina de Envigado en Colombia. Ver Restrepo, 2015.

El crimen organizado se caracteriza por su fluidez y la flexibilidad de sus estructuras. En 2002, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito hizo un estudio de cuarenta organizaciones criminales e identificó cinco tipos: jerarquía estándar, jerarquía regional, jerarquía por grupos, grupo central y red criminal. Con esto quería mostrar la multiplicidad de estructuras de las organizaciones criminales y la multiplicidad de actividades que desarrollan.

En el año 2000, luego de varios años de trabajo, se firmó la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, conocida también como Convención de Palermo, en la que no hay una definición de la criminalidad organizada¹¹, sino de grupo delictivo organizado, con lo que el énfasis se pone en la organización y no en la criminalidad. Pese a las limitaciones de las definiciones establecidas por la Convención, esta suele ser la fuente de las definiciones para la formulación de la política pública.

Ella define a un grupo delictivo organizado de la siguiente manera:

a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

De este modo se hace énfasis en la pluralidad de personas, en la permanencia en el tiempo y en el propósito de beneficio material que regula sus actividades. La Convención intentó aclarar la cuestión de la estructura y la define de la siguiente manera:

c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas

11 La traducción oficial de *organised crime* es delincuencia organizada. Sin embargo, preferimos hablar del crimen organizado pues nos permite mostrar los cambios y las críticas que se le han formulado al concepto estrecho contenido en la Convención de Palermo.

ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

Con ello se destaca la estructura por encima de los miembros, los cuales son considerados fungibles, pero se reconoce la fluidez y la precariedad de la organización (Red Centroamericana de Centros de Pensamiento, 2011). De este modo se niega la condición estructural y la permanencia en el tiempo como rasgos propios de las organizaciones de crimen organizado. Esta es una contradicción que se da en la propia convención, pues al paso que destaca la estructura y la permanencia en el tiempo en el literal a), en el literal c) parece negar esa estructura.

Jay Albanese presenta una clasificación de las organizaciones en términos de la estructura, así:

- ♦ El modelo jerárquico, en el que se da una suerte de gobierno de la organización que aprueba y dirige las actividades lícitas e ilícitas de la organización. Se estructura sobre un modelo familiar que da grados jerárquicos a todos sus miembros. En algunos casos se generan subculturas que dan lugar a comportamientos mafiosos.
- ♦ El modelo local o étnico, una organización pequeña y des-formalizada en la que los vínculos se estructuran por los lazos de parentesco y los intereses económicos.
- ♦ El modelo empresarial, que surge como respuesta a las necesidades y demandas de los clientes, proveedores y competidores ilegales. Son pequeños y flexibles y no pretenden monopolizar el mercado sino repartírselo (Albanese, en Soto y Nakousi, 2014: 90).

Desde 1916 hasta 2010 se contabilizaron más de ciento quince definiciones sobre crimen organizado y ninguna de ellas era plenamente satisfactoria (Varese, 2010). Algunas destacaban el hecho de ser una organización plural de personas que se dedican de manera permanente a cometer delitos, pero esta definición dejaba de lado o el carácter étnico de algunas organizaciones; o su carácter familiar –que explicaba ciertas lealtades–; o su finalidad económica (Varese, 2010). Lo cierto es que las organizaciones criminales son muy complejas y por ello es necesario caracterizar el crimen organizado

para ofrecer una definición aplicable a cada caso. Esto es, para dar cuenta de la realidad del crimen organizado en un contexto determinado no se puede partir de una definición académica.

La idea de un control territorial y una voluntad de poder propia de las familias mafiosas se reemplaza por la red criminal que se vale de las herramientas de la sociedad de la información. El territorio físico desaparece y muchas de sus actividades se hacen ahora virtualmente. Por ello, una de las actividades que más ocupan la atención de las autoridades hoy en día son las de los ciberdelitos, la pornografía infantil y los crímenes que se cometen a través de lo que se denomina la red oculta (Chatterjee, 2005; ver también Sassen, 2013).

Las organizaciones de crimen organizado que operan en los mercados internacionales son más fluidas y flexibles y no responden a una estructura jerarquizada y centralizada, sino más al modelo de redes criminales o al de una empresa con sus franquicias. Este modelo les permite sufrir pocas pérdidas con las capturas y los asesinatos de los líderes, pues nadie es irremplazable. Esto hace que la estrategia de control de este tipo de organizaciones no pueda ser el de un derecho penal clásico, orientado hacia los individuos, cuyo objetivo es la obtención del mayor número de capturas posibles, sino que se postule un nuevo derecho penal y una nueva política criminal que busque la desarticulación de la red y el uso inteligente del proceso penal. No basta con capturar a los líderes sino que se debe apuntar a terminar con el grupo criminal, lo que puede llevar a que en ocasiones se decida renunciar al uso de la acción penal para lograr alcanzar el objetivo final que es la desarticulación de la red y el final de la empresa criminal¹².

12 La Fundación Ideas para la Paz (FIP) analiza la estrategia de puntos calientes para el control del microtráfico. La FIP muestra cómo la estrategia produce capturas, pero no reduce el tráfico de drogas, simplemente lo desplaza. Ver Bulla y Ramírez, 2016. Los autores sostienen: “Los puntos críticos con presencia de micro-tráfico son los más complejos. Estos se caracterizan porque en un mismo espacio persisten diversas actividades delictivas (hurto a personas, a motos y vehículos, venta de estupefacientes, homicidios, lesiones, entre otros), asociadas a economías ilegales, condiciones deficientes de espacio público, problemas sociales, debilidad institucional y a la presencia de grupos de crimen organizado de distinta capacidad (...)”, p. 5.

Es necesario caracterizar adecuadamente a las organizaciones de crimen organizado de cada país, pues solo ello puede llevar a estrategias exitosas. Al mismo tiempo, es necesario reformar los sistemas de investigación, pues no es posible desarrollar las investigaciones individuales o atacar solamente las cabezas, sin tener en cuenta las redes criminales y las propias economías que alimentan a estas organizaciones.

Crimen ordinario

Por crimen ordinario entendemos aquellos delitos cuya pena privativa de la libertad es superior a cinco años de prisión y que no es el resultado de actividades de crimen organizado¹³. Dentro de estos se incluyen el homicidio, el femicidio, la violencia intrafamiliar, el hurto calificado, etcétera¹⁴.

El crimen ordinario se caracteriza por tener un carácter predatorio y por no incorporar una redistribución de rentas existentes previamente. Por tanto, la actividad de control del Estado se hace más compleja. En este no se da el involucramiento de organizaciones criminales y por ello la estrategia de actuación es individual y no sigue una lógica de empresa criminal. Es posible que en algunos casos se asocien como microempresas criminales, pero ello no hace que se convierta en una actividad de crimen organizado.

En el caso de los delitos ordinarios, el riesgo para la sociedad es menor en relación con el que presenta el crimen organizado, pero de ello no se sigue que no deba darse una respuesta institucional. Dado el carácter individual de la conducta, en muchos casos es posible acudir a políticas restaurativas.

13 Esta es una definición arbitraria que puede ser modificada. Sin embargo, sí queremos destacar dos elementos: tiene una cierta gravedad y no está asociado a actividades de grupos de crimen organizado.

14 Delitos como los delitos contra el derecho internacional humanitario, la tortura, el genocidio y la desaparición forzada no se incluyen en esta política, pues son más propios de una política de protección de los derechos humanos y, si es del caso, de una política de paz.

La tabla 2 presenta las principales diferencias entre el crimen organizado y otra clase de delitos.

Tabla 2. Diferencias entre los delitos del crimen organizado y otros tipos de delitos

Delitos	Crimen organizado	Otros tipos de delito
Transacción	Producción y distribución de nuevos bienes y servicios	Redistribución de la riqueza existente
Relaciones	Intercambio multilateral	Transferencia bilateral
Intercambio	Consensual	Involuntario
Víctimas	¿Sociedad?	Individuos o empresas
Moralidad	Ambigua	No ambigua
Política pública	¿Criminalizar la asociación? ¿Interceptar los activos?	Castigar al criminal Restaurar la propiedad

Fuente: Naylor, 1997: 4.

Infracciones menores

En tercer lugar tenemos al delito menor y a las contravenciones penales, en donde se deben desplegar mecanismos de justicia restaurativa y de alternativas al sistema penal¹⁵. El delito menor es aquel cuya pena privativa de la libertad es menor a cinco años de prisión y en el cual el daño causado al bien jurídico es menos grave, aunque con significación penal.

Los delitos menores han sido objeto de atención por parte del derecho penal, pues se ubican en el umbral más bajo que justifica la atención del sistema penal.

¹⁵ En un sistema bipartito se distingue entre delitos y contravenciones penales. En uno tripartito se habla de crímenes, delitos y contravenciones. El Código penal colombiano acude a un sistema bipartito. La única diferencia entre un delito menor y una contravención es la mayor o menor lesividad al bien jurídico tutelado. Los delitos de bagatela son aquellos en los cuales la lesión es tan insignificante que no amerita la intervención del sistema penal.

Conviene distinguir entre tres tipos de infracciones:

- ♦ *Delitos de bagatela.* Aquellos en los cuales no se ha dado una lesión o puesta en peligro efectiva al bien jurídico que justifique la intervención del sistema penal. En estos casos no existe ni siquiera antijuridicidad material que legitime la intervención estatal. Por tanto, la única respuesta posible es la ausencia de reacción penal.
- ♦ *Contravenciones penales.* Se justifica la intervención del sistema penal por el daño o puesta en peligro causados al bien jurídico. La pena no es privativa de la libertad sino de multa o privativa de derechos, así como podrían proponerse otro tipo de sanciones como por ejemplo servicios a la comunidad. Conviene crear un sistema especial, dentro de la justicia penal, para evitar una sobre congestión de las fiscalías y de los juzgados penales.
- ♦ *Delitos menores.* Al igual que los anteriores, son actos menores que lesionan o ponen en riesgo al bien jurídico de una manera leve. Suele imponerse la multa o la pena privativa de la libertad inferior a cinco años de prisión. En estos casos, con el fin de evitar la influencia negativa de la prisión sobre las personas que son primerizas, se les impone una pena leve y se les suele conceder algún tipo de medida de libertad como la suspensión condicional de la pena.

Las respuestas institucionales son variadas. Pero es importante que en la formulación y en la ejecución de la política se tenga en cuenta la diferencia que existe entre los delitos de bagatela, las contravenciones penales y los delitos menores. Igualmente, que se tenga en cuenta si es una conducta en concurso con otras conductas o si se trata de un caso de delito continuado, pues en ellos la afectación del bien jurídico puede tener una dimensión que justifique la intervención del sistema penal. En todo caso, el sistema penal debe seleccionar aquellas conductas que ameritan intervención penal y distinguirlas de aquellas que no lo ameritan. De esta manera se da una solución no penal a los conflictos y no se sobrecarga al sistema con problemas que pueden ser resueltos en otras instancias y por otras autoridades, como los inspectores de policía o los comisarios de familia.

Conclusión

Existe una estrecha relación entre la seguridad ciudadana y la política criminal. Como toda política pública, la política criminal debe responder a las realidades de cada país y para ello se requieren estudios empíricos que permitan caracterizar al problema del crimen en cada región. La existencia de diferentes fenómenos criminales hace que las respuestas deban ser variadas. No es necesario acudir en todos los casos al derecho penal. En algunas ocasiones basta con medidas no privativas de la libertad y con medidas administrativas. Los Estados deben tener claro que el delito tiene unos costos elevados pero la reacción al mismo también. Una política criminal no se puede reducir a lo penal ni al uso extensivo de la pena privativa de la libertad. Como se sostuvo en el *Informe de desarrollo humano* para América Central 2009-2010, no es necesario tener una mano dura contra el delito, sino una mano inteligente.

Referencias

- ALBANESE, JAY. 2014. En Daniel Soto y Moira Nakousi. “¿Qué es la criminalidad organizada? Delimitación del fenómeno delictivo asociativo a través del análisis de casos cinematográfico”. *Revista Política y Estrategia*. 123.
- ARMIJO, MARIANELA Y MARÍA VICTORIA ESPADA. 2014. “Calidad del gasto público y reformas institucionales en América Latina”. Cepal. Santiago de Chile. Agosto.
- BINDER, ALBERTO. 2002. “La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo”. *Sistemas Judiciales*. 3.
- . 2008. “La política judicial de la democracia argentina. Vaivenes de la reforma judicial”. *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. 3. Enero.
- BULLA, PATRICIA Y BORIS RAMÍREZ. 2016. “Los puntos calientes requieren intervenciones integrales. La acción policial no basta”. FIP. Bogotá.
- CHATTERJEE, JHARNA. 2005. “The Changing Structure of Organized Crime Groups”. Royal Canadian Mounted Police.

- DUCE, MAURICIO. 2008. “La reforma procesal penal en Chile: logros y desafíos. Periodo 2000-2007”. *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. 3. Enero.
- GAMBETTA, DIEGO. 1993. *The Sicilian Mafia. The business of privative protection*. Harvard University Press. Cambridge, MA.
- GARAY SALAMANCA, LUIS JORGE Y EDUARDO SALCEDO-ALBARÁN. 2012. *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia*. Centro Internacional para la Justicia Transicional-ICTJ. Bogotá.
- KRAUTHAUSEN, CIRO. 1994. *Padrinos y mercaderes. Crimen organizado en Italia y Colombia*. Espasa. Bogotá.
- KRAUTHAUSEN, CIRO Y LUIS FERNANDO SARMIENTO. 1991. *Cocaína & Co. Un mercado ilegal por dentro*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.
- METTER, DAVID V. et al. 2013. “The Impact of the Sense of Security from Crime on Residential Property Values in Brazilian Metropolitan Areas”. *BID Working Paper*. 21 de enero. En <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37414262>
- NAYLOR, R. THOMAS. 1997. “Mafias, myths, and markets: On the theory of enterprise crime”. *Transnational Organized Crime*. 3 (3). Otoño.
- PAOLI, LETIZIA. 2004. “Italian organised crime: Mafia associations and Criminal Enterprises”. *Global Crime*. 6 (1). February.
- PÁSARA, LUIS. 2010. “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”. *Derecho PUCP*. 65.
- RED CENTROAMERICANA DE CENTROS DE PENSAMIENTO. 2011. *Seguridad y crimen organizado transnacional*. Fundación Konrad Adenauer. Guatemala.
- RESTREPO, JUAN DIEGO. 2015. *Las vueltas de la oficina de Envigado. Génesis, ciclos de disputa y reorganización de una empresa criminal*. Ícono. Bogotá.
- SÁNCHEZ VALDÉS, VÍCTOR MANUEL. S. F. “Las redes criminales y las políticas de seguridad”. Wilson Center. México Institute. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/criminal_networks_sanchez_espanol.pdf

SASSEN, SASKIA. 2013. *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Katz. Buenos Aires.

UNODC. 2006. “Custodial and non custodial measures. Alternatives to incarceration”. *Criminal Justice Assessment Toolkit*. 3. Nueva York.

VARESE, FEDERICO (ed.). 2010. *Organized Crime*. Routledge. Londres.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. S. F. “Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas”. En https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf

Diez recomendaciones de política pública

Las reformas a la justicia en América Latina han dejado muchas lecciones, tal como se ha examinado a lo largo de los textos que forman parte de este libro.

En general, hemos visto que se han dado una serie de obstáculos para su implementación y que la cultura de la abogacía y de la jurisdicción han desempeñado un papel fundamental, aunque no único, en el éxito o el fracaso de ellas. En este capítulo destacamos algunas de esas lecciones e invitamos a que se tengan en cuenta al momento de implementar reformas a los sistemas de justicia en la región. No es una lista exhaustiva de tareas por desarrollar, sino obstáculos y lecciones que hemos identificado como resultado de esta investigación.

1. *La reforma es en sí misma una política pública.* Esta afirmación parecerá obvia a los expertos en políticas públicas, pero sorprende, como lo sostiene Alberto Binder, que en el pasado las reformas fueran vistas como el resultado de una lógica interna. Esto es, se percibían como la solución de meros problemas doctrinarios y no como la solución de problemas sociales. Asumido que se trata de un problema social que requiere atención del Estado, debe entonces entrar a formar parte de la política pública de justicia del Estado y ello exige que se aplique el ciclo de las políticas públicas que van desde la identificación del problema hasta la implementación y la evaluación.

2. *Saber qué se va a reformar y por qué.* Como parte de una política pública, antes de proceder a su reforma es necesario conocer los problemas del sistema. Esto es, deben hacerse estudios empíricos que establezcan de manera clara cuáles son los problemas de la administración de justicia, pues solo de esa manera se podrán fijar los objetivos de la reforma y proceder a su evaluación. Ideas tan abstractas como las exigencias de la globalización, las demandas del mercado, la necesidad de modernizar la justicia no deberían servir más como justificaciones. Es importante que se establezca con claridad cuál o cuáles son los problemas que se quieren solucionar y solo una vez establecidos proceder a solucionarlos.
3. *Objetivos claros e indicadores claros.* La reforma debe tener unos objetivos claros, resultado de una base empírica y no de las especulaciones de los abogados. Una vez establecidos los objetivos declarados se deben diseñar los indicadores que nos permitan medir su éxito o fracaso. Es importante medir los avances de la reforma y corregir los posibles fallos en la implementación. Pero esto solo es posible si se tiene una idea clara de hacia dónde vamos. Ideas abstractas como las mencionadas no permiten una medición seria y, por tanto, impiden establecer el éxito o fracaso de la reforma.

Es importante controlar la emergencia de objetivos no declarados. La transparencia debe ser la característica principal de toda reforma. Deben establecerse controles ciudadanos que permitan saber para donde vamos y si realmente los dineros se están invirtiendo en la solución del problema declarado. Por ejemplo, se dice que el sistema judicial está sobrecargado y que se requiere que haya más jueces para descongestionarlo. Sin embargo, lo que se observa es que se ha convertido en una medida más de clientelismo judicial y que el problema que se dice se quiere solucionar se olvida por completo. El objetivo declarado de descongestión se pierde frente al objetivo no declarado de clientelismo judicial.

4. *La reforma debe ser una política pública estatal y no debe depender de solo uno de los sectores.* Uno de los problemas en la región ha sido el hecho que las reformas han sido promovidas de manera unilateral por diferentes funcionarios, lo que genera objeciones, obstáculos e inclu-

so sabotaje por parte de aquellos sectores que no tomaron parte en la misma. Por ello, es importante que se cuente con todos los sectores del sistema de justicia y que todos ellos se involucren. En esta medida se crea un sentido de pertenencia y se evitan obstáculos innecesarios para alcanzar el buen éxito de la reforma. El diálogo entre todos los actores y con toda la ciudadanía debe ser la regla. La transparencia y la participación contribuye a que reciba todos los *inputs* necesarios y a que adquiera legitimidad frente a la ciudadanía.

5. *Evaluar continuamente.* Como toda política pública, las reformas a la justicia deben ser evaluadas continuamente, con el fin de determinar los obstáculos y los éxitos en su implementación. Esto supone, como se mencionó, el diseño de indicadores cualitativos y cuantitativos que nos permitan medir el logro de los objetivos formulados. Los indicadores nos deben medir no solo la eficiencia, si ese es uno de los objetivos señalados: también la calidad de la administración de justicia que se presta. Es importante que no se limiten a la simple medición de la ratificación o revocatoria de las decisiones de primera instancia por parte de los tribunales de segunda instancia, pues ello puede ser el reflejo de otros problemas.

También debe medirse el impacto de las reformas en la gobernanza democrática y en el fortalecimiento del estado de derecho. La simple eficiencia de la administración de justicia no puede ser más un indicador de la exitosa prestación de un servicio. En materia de justicia penal se debe medir también si la reforma penal aporta a la seguridad ciudadana, cuando la base de la misma haya sido la necesidad de mejorarla en un sector determinado. Esto contribuirá a acabar con esas reformas simbólicas que responden con aumentos de penas a hechos que han suscitado el escándalo de la opinión pública, pero cuyo efecto es mínimo en materia de seguridad objetiva.

6. *Adopción de un presupuesto por resultados.* Una forma de controlar el gasto de la administración de justicia es adoptar un presupuesto por resultados. De esta manera se la obliga a fijar objetivos concretos y medibles y a hacer uso racional de los recursos públicos. El simple nombramiento de jueces no puede ser visto como un resultado de una política

pública, sino que debe estar atado a la consecución de un objetivo como la mejora en la prestación del servicio, la mejora en la producción de sentencias, el aumento del alcance de la rama judicial a nivel nacional, etcétera.

7. *Diálogo entre lo formal y lo informal.* Una de las formas en las que se han hecho las reformas ha sido mediante la de-formalización de la justicia, esto es, mediante la derivación de casos hacia sistemas de justicia informal. Es importante que, en materia penal, no se aumente la red punitiva, esto es, no se procese más personas solo por el hecho de que hay una sanción no privativa de la libertad; pero sobre todo, que la justicia comunitaria o informal no se convierta en el sustituto de la justicia formal para hacer su trabajo sucio o para hacer las tareas que no quiere cumplir pero que debe hacer.
8. *Transformación de la cultura legal.* Ninguna reforma tendrá éxito si no se trabaja también en la educación legal. Parte del éxito de las reformas en Chile, por ejemplo, proviene de la transformación de la cultura legal. En la medida en que los nuevos estudiantes sean formados en la nueva cultura, al cabo de cuatro años el sistema puede comenzar a ser modificado con nuevos profesionales completamente convencidos de las bondades y posibilidades de la reforma y dispuestos a sacarla adelante.
9. *Las reformas deben ser graduales.* La experiencia ha mostrado que las reformas no deben ser implementadas de una manera general en todo el país, sino que debe hacerse poco a poco, con el fin de ir encontrando los obstáculos y los problemas y así poco a poco irlos mejorando, para que cuando se aplique en las grandes ciudades y nacionalmente la mayor parte de los problemas hayan sido superados.
10. *Las reformas deben fortalecer en todo caso la independencia judicial.* En todo momento debe garantizarse la estabilidad de los operadores judiciales y evitar que las reformas se conviertan en un mecanismo oculto para hacer clientelismo judicial. Esto no obsta para que se evalúe el desempeño de los operadores y si se encuentra que no cumple con las exigencias del cargo, sea posible promover su desvinculación.

Anexos

En los anexos a continuación se analizan algunas reformas a la justicia en la región. Expertos locales responden a tres preguntas: ¿cómo caracteriza el proceso de implementación? ¿Qué no ha sido resuelto con la reforma? Y, ¿cuáles son los principales logros alcanzados?

Estos anexos presentan unos análisis breves a los procesos de reforma con una mirada más local.

Anexo I. Argentina. La reforma penal

Gonzalo Rúa

Juez penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Cómo caracteriza el proceso de implementación

El proceso de desarrollo del sistema adversarial en Argentina debe ser observado, al igual que en México, desde la óptica de un país federal, en el que los estados provinciales han conservado la potestad legislativa de dictar su propio ordenamiento procesal. De allí que, para hablar del proceso en Argentina, tengamos que observar los distintos avances en cada uno de los estados provinciales, disímiles entre sí.

Ese proceso de implementación, que aún se mantiene vigente y en proceso de avance, se caracteriza por ser lineal y gradual, en el cual se han ido consolidando progresivamente los valores del sistema, roles de los actores y modelos organizacionales de cada institución, destinados a lograr una mayor eficacia y eficiencia del sistema, así como también a fortalecer el acceso a la justicia y la efectiva vigencia de las garantías constitucionales en el proceso penal.

Así, mientras los primeros códigos acusatorios provinciales procuraron desdoblarse la función jurisdiccional y requirente, estableciendo el juicio oral como etapa central del proceso penal (así, Tucumán, Córdoba, Mendoza, Chaco, entre otros), los siguientes fueron fortaleciendo la oralidad como metodología para la toma de decisiones durante todo el proceso, y la desformalización de la investigación para generar un mayor dinamismo en la investigación (Chubut, Entre Ríos, Santiago del Estero, entre otros), mientras que los nuevos procesos de reforma tienden a establecer una nueva organización y dinámica del Ministerio Público Fiscal para poder adoptar una mejor visión político criminal. El proceso en Argentina actualmente está procurando la implementación del juicio por jurados, cumpliendo con la manda constitucional, y fortaleciendo la legitimidad y participación ciudadana en el sistema penal.

Qué no se ha resuelto con la reforma

Uno de los aspectos en los que no ha habido mayores avances está centrado en la relación entre el Ministerio Público Fiscal y las fuerzas de seguridad. Aún se observa una relación tirante y distante entre ambas instituciones, que continúan mirándose con desconfianza y sin comprender que la elaboración de un plan de política criminal que impacte en seguridad requiere indefectiblemente de una acción coordinada que permita comprender la real dimensión de los fenómenos criminales en los que se pretende impactar, compartiendo conocimientos, información y experiencia.

Un segundo plano donde aún se observan deficiencias está centrado en la falta de controles institucionales sobre el cumplimiento de las condiciones pactadas en las salidas alternas al conflicto, y sobre las medidas morigeradas a la prisión preventiva. Si bien se está avanzando en establecer oficinas especializadas sobre estos controles, aún están en un estado incipiente.

Por último, el litigio oral todavía no tiene la calidad esperada para convertir al sistema de audiencias en un buen mecanismo de control de información. A pesar de la capacitación brindada, aún a los litigantes les cuesta discutir sobre hechos controvertidos, mientras que los jueces presentan dificultades para generar un genuino contradictorio entre las partes.

Los principales logros que se han consolidado

La reforma procesal penal en Argentina ha consolidado enormes logros, de los que no hay vuelta atrás. El establecimiento de la oralidad como metodología para la toma de decisiones –en los estados en que se ha implementado– ha generado un incuestionable fortalecimiento de ciertos valores del sistema penal, tales como la publicidad de las decisiones, el control ciudadano, el contradictorio y la imparcialidad del juzgador, quien no puede tomar contacto con la información del caso antes de la audiencia.

Segundo, se ha avanzado fuertemente en la participación de la víctima desde el primer momento de la investigación, fortaleciendo así la posibilidad de arribar a acuerdos tempranos.

Tercero, se ha potenciado un mayor respeto por las garantías constitucionales. Las defensas penales actualmente tienen la posibilidad de controlar la prueba de cargo y poder controvertirla en audiencia pública.

Por último, la vigencia del principio de oportunidad ha permitido al Ministerio Público Fiscal no desgastar sus escasos recursos en investigaciones sobre hechos menores, contando con la posibilidad de reducir la aplicación de violencia estatal sobre aquellos, para dirigir sus esfuerzos a la aplicación del poder punitivo sobre los casos que más preocupan a la sociedad, siendo esta una herramienta muy sólida para torcer la forma irracional de selección burocrática de los casos (selectividad) que tenía el sistema inquisitivo.

Anexo 2.
Chile. Reforma procesal penal:
a quince años del inicio de su implementación

Mauricio Duce J.

Profesor titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad Diego Portales mauricio.duce@udp.cl

En diciembre de 2015 se celebraron los quince años de la puesta en marcha del nuevo sistema acusatorio en las primeras regiones de Chile y un poco más de diez años desde su inicio en todo el país. Mirando retrospectivamente, es posible constatar cómo se ha producido un cambio muy profundo y sin precedentes en el sistema legal chileno. No me refiero simplemente al cambio de las reglas legales ni tampoco a las transformaciones institucionales más obvias del sector, como por ejemplo, la creación del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública (instituciones que eran inexistentes a diferencia de la mayoría de los países de la región), sino que se trata de un vuelco profundo de la cultura legal, de la manera de concebir el funcionamiento de la justicia penal, de la forma en que este opera en la práctica e, incluso, de la manera en que la jurisprudencia se hace cargo de los problemas y cómo las facultades de derecho enseñan sus componentes y contenidos. Esto incluso ha generado una enorme influencia (con distintos niveles de éxito, eso sí) en cambios posteriores que se emprendieron al sistema judicial chileno, como, por ejemplo, la reforma a tribunales de familia y a los tribunales laborales.

Varios de los indicadores estadísticos más básicos dan cuenta de los logros obtenidos en materia de funcionamiento del nuevo sistema: aumento de capacidad para resolver casos; aumento significativo de las decisiones de mayor calidad: del total de términos, cerca de 45% corresponde a términos judiciales, a su vez se ha incrementado en varias veces su capacidad de generar sentencias condenatorias respecto al sistema inquisitivo; disminución de los tiempos de duración de los procesos; mejoras significativas en la protección de garantías básicas del debido proceso: por ejemplo, por medio de

una racionalización en el uso de la prisión preventiva que se ha traducido en que solo 27% de las personas presas hoy día lo estén sin condena, frente a 60% que se encontraba en dicha calidad al inicio del proceso de transformación; entre otras.

Esto no quiere decir que se trate de un cambio que no haya presentado varios problemas ni tampoco que no existan desafíos muy importantes aún pendientes. Con todo, no hay que perder de vista lo avanzado. La lógica, los principios, las instituciones y las normas del antiguo sistema inquisitivo parecen tan lejanas de la realidad actual que cuesta recordar que hasta hace un poco más de diez años aún regían a más de la mitad del país. Incluso más, ellas parecen tan ajenas a los valores que hoy día están fuertemente instalados en el sistema que resulta difícil comprender cómo mantuvieron vigencia por tantos años Chile.

En ese escenario es en el que se deben analizar los desafíos que enfrenta el sistema. Menciono dos en este breve espacio. El primero tiene que ver con la necesidad de incrementar la calidad del trabajo de las distintas instituciones del sistema: de las decisiones judiciales, de las audiencias en general, del desempeño en ellas de fiscales y defensores, de las decisiones de persecución del Ministerio Público, del trabajo investigativo policial, del tratamiento que se le da a las víctimas, del nivel de transparencia y la rendición de cuentas del sistema en su conjunto, etcétera. Es natural que en un periodo inicial de funcionamiento del sistema el esfuerzo principal haya estado focalizado en que las distintas instituciones pudieran instalarse adecuadamente y manejar en forma razonable el gran flujo de casos que conoce. Una vez logrado lo anterior, la gran preocupación del sistema debiera ser que en cada paso de la tramitación de los casos y en cada decisión que se adopte respecto de los mismos, se logre satisfacer estándares de calidad importantes. Por el contrario, el sistema muestra algunos signos de burocratización y anquilosamiento que es necesario enfrentar.

El segundo desafío es lograr mayores niveles de legitimidad y confianza en la comunidad. La paradoja es que a pesar de los buenos resultados en el proceso de instalación del nuevo sistema acusatorio, todas las encuestas disponibles más recientes indican que la población tiene una percepción

negativa acerca de su funcionamiento y que los niveles de confianza en las distintas instituciones que lo conforman han ido a la baja. En una parte importante, dicho fenómeno se explica a consecuencia de una enorme presión que las demandas de seguridad ciudadana han generado en los últimos años. Resulta urgente hacerse cargo de esta realidad y desarrollar estrategias para revertir esta situación. Un sistema deslegitimado en la comunidad se expone a riesgos como la captura de intereses o reformas inorgánicas que puedan generar retrocesos importantes.

El funcionamiento de los sistemas de justicia criminal es siempre muy complejo y problemático. Allí donde se obtiene un logro, surge otro nuevo problema o una nueva demanda social legítima que el sistema debe satisfacer. Esto hace que sea indispensable que los actores e instituciones del sistema estén siempre atentos y se mantengan con una actitud de disconformidad acerca de sus logros. Cuando los sistemas de justicia penal pierden su capacidad de reflexión crítica, esto permite que en pocos años se conviertan en sistemas burocráticos que trabajan por debajo de sus posibilidades y de las expectativas sociales mínimas. Lo avanzado en quince años es muy importante, pero los riesgos de retroceder siempre están al acecho.

Anexo 3.

México. La reforma a la justicia penal

Guillermo Raúl Zepeda Lecuona

Director de Jurimetría Iniciativas para el Estado de Derecho A.C.

www.jurimetria.org

¿Cómo caracteriza el proceso de implementación?

El proceso ha sido accidentado y complejo. La estructura federal implica la transformación de ocho operadores (policía preventiva, policía de investigación, defensorías públicas, ministerio público, poderes judiciales); la creación de nuevos operadores como los servicios previos a juicio; los jueces de ejecución de sentencias; los facilitadores y encargados de unidades de seguimiento en centros de mediación, de treinta y dos entidades federativas y treinta y un circuitos federales. Los primeros casos de reforma local datan de 2004. La reforma constitucional se realizó el 18 de junio de 2008 y se estableció como plazo límite para que el nuevo sistema esté en operación en todo el territorio y en todas las demarcaciones en junio de 2016. Anteriormente, cada entidad federativa y la federación tenían sus propios códigos de procedimientos penales. El nuevo Código nacional de procedimientos penales se promulgó en marzo de 2014.

La investigación empírica sobre la implementación del nuevo sistema de justicia penal (NSJP) muestra esta tipología:

- a) Estados en los que los principios y rasgos del NSJP están arraigando, desarrollando en buena medida su potencial y objetivos sociales y legales. Asimismo, aquí se han documentado buenas prácticas que sirven de ejemplo para otras entidades: Baja California, Nuevo León, Oaxaca, Guanajuato y algunas de Morelos, Yucatán y Chihuahua, entre otros estados.
- b) Estados en los que las aportaciones y el arraigo del NSJP son marginales. Por ejemplo, estados que fortalecen y mejoran mínimamente la capaci-

dad de investigación criminal o entidades en las que apenas 3% o 5% de los asuntos se canalizan a los medios alternativos de solución de controversias (Masc).

c) Estados con NSJP, pero con viejas prácticas.

Cabe señalar que las entidades federativas se encuentran en diversas categorías, según del tema del que se refiera; por ejemplo, Morelos está en la vanguardia en la operación de los servicios previos a juicio y reducción del abuso en la aplicación de la prisión preventiva; en tanto que en muestra un pobre desempeño en cuanto a la capacidad de investigación y desarrollo de la aplicación de los Masc.

¿Qué no se ha resuelto con la reforma?

Hay muchas inercias inquisitivas y propuestas de “populismo penal” (apremiadas por la situación de inseguridad y violencia), como la propuesta de ampliar los casos de aplicación de la prisión preventiva, “subsidiar” las ineficiencias o deficiencias de la investigación y reducir la esfera de derechos procesales de los imputados, que amenazan la consolidación del nuevo modelo con cada cambio de autoridades legislativas o de gobiernos. La profesionalización y el servicio civil de carrera, así como el desarrollo de observatorios ciudadanos, que podrían compensar estas tendencias, son incipientes.

Las principales áreas de oportunidad:

- ♦ Mejorar la capacidad de investigación y reducir la impunidad de los delitos de alto impacto: no en todos los estados se ha desarrollado el potencial de los mecanismos de descongestión ni se han mejorado los protocolos de investigación de los delitos.
- ♦ Servicio civil de carrera y profesionalización del ministerio público.
- ♦ Supervisar y garantizar el cumplimiento de los acuerdos reparatorios y de las medidas judiciales.
- ♦ Reformas legales que afectan la esencia del nuevo sistema: en algunos estados hay contrarreformas en criterios de aplicación o en directrices de política criminal.

- ♦ NSJP y juicio de amparo: criterios de jueces federales que contradicen principios del sistema acusatorio.
- ♦ Intervenciones específicas en prácticas que minan la esencia del nuevo sistema de justicia.
- ♦ Rezagos en capacitación de la policía preventiva.
- ♦ Generar información y homologar categorías de reporte.

¿Cuáles son los principales logros que se han consolidado?

Entre los avances y prácticas que se han consolidado en algunos de los estados en los que opera el NSJP están:

- ♦ Inmediación total: presencia de todos los operadores en las audiencias.
- ♦ Reducción significativa de la prisión preventiva: en cifras absolutas y como porcentaje de la población penitenciaria.
- ♦ Mayor capacidad de respuesta de las procuradurías: casos resueltos efectivamente, respecto de los iniciados.
- ♦ Mejor defensa pública para fortalecer el debido proceso.
- ♦ Más derechos y mejor atención para las víctimas del delito.
- ♦ Menor duración de los procesos penales: mediana de 180 días del anterior sistema a 47 días en el NSJP.
- ♦ Menos casos llegan a sentencia, pero se trata de delitos de mayor impacto social: con todo y que por cada juicio oral hay nueve procedimientos abreviados, la sanción promedio por condena penal pasó de 420 días de prisión a 679 días. Delitos como daño en las cosas, amenazas, lesiones culposas, hurtos sin violencia, fraudes menores ya no llegan a sentencia; se resuelven por MASC o por suspensión del procedimiento a prueba¹.

1 Mayor información en: Secretaría Técnica del Consejo Coordinador para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio: <http://www.setec.gob.mx/>. Proyecto Justicia del Centro de Investigación para el Desarrollo A.C.: <http://cidac.org/proyecto-justicia/?gclid=CPrtsbTigckCFZOBaQodqeMJsw>. Proyecto de Seguimiento de la Reforma Penal en México de Jurimetría: www.jurimetría.org

Anexo 4. **República Dominicana. Reforma a la justicia**

José Cruceta

Juez miembro de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia
Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal

¿Cómo caracteriza el proceso de implementación?

Los códigos franceses promulgados entre los años 1804 y 1810 fueron recibidos en nuestro país a partir de 1877, tiempo de la invasión haitiana. Con la adopción de estos códigos nos apartamos de la tradición española que había impuesto su legislación durante tres siglos en nuestro país. Al decantarnos por el modelo francés nos adscribimos a un modelo totalmente diferente, asumiendo en materia procesal el tipo oral. Durante décadas, esta legislación siguió el modelo francés adoptando las modificaciones que se daban en dicho país. Pero a partir de los años noventa se produjo una eferescencia legislativa, alejándonos del modelo francés en legislaciones que contienen derechos sustantivos y procesal, tales como: el Código laboral (1992), el Código tributario (1992), el Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes (1994), modificado en 2003; la modificación al Código procesal penal (2002); el Código monetario y financiero (2002); la ley sobre registro inmobiliario (2005) y la ley sobre sociedades comerciales (2008) modificada en 2011, que derogó prácticamente en su totalidad el Código de comercio que databa de 1809, entre otras, teniendo todas estas legislaciones en común la existencia de procesos por audiencias.

En relación al Código procesal civil, mediante las leyes 834 y 845 de 1978, sufrió una gran modificación, cuyas disposiciones fueron tomadas del nuevo Código de procedimiento civil francés promulgado el 1 de enero de 1976 y cuyo espíritu fue esencialmente promover la celeridad del proceso. Dichas reformas buscaban, además, conceder al juez civil un papel activo en el desarrollo del proceso, ya que se le otorgaba la facultad de ordenar de manera oficiosa todas las medidas de instrucción durante el curso del mismo, con

la finalidad de asegurar la certeza de los hechos y dirimir el conflicto acercándose lo más posible a la verdad. Sin embargo, en la cultura de nuestra judicatura todavía tiene un gran dominio el principio dispositivo y a consecuencia de ello se mantiene muy arraigada la idea de que el juez civil debe desempeñar un rol pasivo y por esta razón no ordenan de oficio medidas de instrucción.

En el caso de la materia laboral, el diseño del proceso es mixto, pero con alta preferencia por la oralidad. La aportación o producción de las pruebas es totalmente oral, pues es concebida como una discusión abierta en una audiencia pública (artículo 530 del Código de trabajo). La implementación de la oralidad en el proceso laboral ha dado excelentes resultados, principalmente en el aspecto de la duración de los procesos, por el diseño de un proceso de dos audiencias, una conciliatoria y otra para la recepción, discusión de la prueba y conclusiones al fondo y el fallo dentro del plazo de 30 días.

Con relación al juez laboral dominicano, el mismo tiene un papel activo como director del proceso, en la apreciación o valoración de las pruebas y su facultad para indagar la verdad material por encima de la realidad formal, además de la obligación de acumular los incidentes “excepciones y fines de inadmisión” con el fondo, lo cual ha impedido que la interposición de recursos incidentales independientes retrasen el conocimiento de lo principal.

En el caso de los procesos de familia, es necesario resaltar que algunos procesos se realizan de forma contenciosa, otros de manera puramente administrativa y otras veces con carácter mixto, es decir, que el proceso agota una primera etapa administrativa y una segunda etapa jurisdiccional, siendo los contenciosos desarrollados mediante un proceso por audiencias. Además, algunos procesos tienen reglas particulares, como es el caso de la restitución internacional de menores de edad y la pensión alimentaria. En ambos casos, el Ministerio Público actuante tienen un rol protagónico, puede accionar en justicia o participar de forma conjunta con las partes, caracterizándose dichos procesos por la extrema brevedad en el plazo para dictar sentencia luego de que las partes concluyen (plazo de 5 días en el primer caso y de 6 en el segundo) y porque durante el caso se pueden tomar medidas provisionales o cautelares.

En materia de tierras, las audiencias y todo el proceso está regulado y reglamentado por la ley 108-05 del 23 de marzo de 2005, de registro inmobiliario, y sus diferentes reglamentos de aplicación, modificada por la ley 51-2007 de 23 de marzo de 2007. Antes de la entrada en vigencia de la ley 108-05, el proceso de saneamiento se conocía en principio mediante un procedimiento registral si no existía conflicto entre reclamantes, ante los jueces del Tribunal Superior de Tierras, cuya decisión o sentencia ordenaba el registro. En la actualidad, el primer registro está a cargo tanto de los jueces de jurisdicción original, como de los jueces del Tribunal Superior de Tierras, dependiendo si se torna litigioso o no, y se convierte en un procedimiento judicial. Además, antes de la referida ley, la derogada ley de tierras (ley 1542) no diseñaba propiamente un procedimiento sobre la materia, sino que se limitaba a dar pinceladas respecto a los efectos de la sentencia y su ejecución ante el registrador de títulos. Sin embargo, en la actualidad dicho proceso está regido por la ley 108-05, particularmente en sus artículos 28, 29 y 30, al igual que en los artículos 38, 39, 40, 41, 132, 133, 134, 135, 136 y 137 del Reglamento de los tribunales superiores y de jurisdicción original, que diseña un proceso por audiencias, oral, público y contradictorio.

¿Qué no se ha resuelto en la reforma?

En las reformas no penales en el ordenamiento jurídico dominicano no se ha superado el asunto de la ejecutoriedad de las sentencias y de los efectos de los recursos. En el caso particular del recurso de apelación, la gran crítica es que en los procesos no penales tiene un efecto devolutivo y suspensivo, lo que implica la celebración de un nuevo juicio en el que el juez está llamado a instruir nuevamente todo el proceso haciendo un nuevo análisis tanto de los aspectos fácticos como jurídicos, teniendo como consecuencia que las decisiones de primer grado pierdan eficacia, ya que se termina imponiendo la decisión de segundo grado. Además, el efecto devolutivo que caracteriza el recurso de apelación debilita el cumplimiento del principio de inmediación, ya que se le exige a un juez que en el tiempo se encuentra más distante de la ocurrencia de los hechos la valoración y fijación de los mismos.

En igual sentido hacemos crítica al efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia de segundo grado, al otorgarle la ley 491-08, que modificó

la 3726, carácter suspensivo al recurso de casación, lo que ha llevado a que con fines dilatorios la mayoría de los abogados ejerzan esta vía de recursos, aún en casos en que son inadmisibles, ya sea por el monto o por la naturaleza de la decisión, lo cual ha abarrotado de expedientes las diferentes salas de la Suprema Corte de Justicia.

En la misma línea discursiva, otra crítica al recurso de casación es del envío a un tribunal de igual jerarquía que aquel de donde proviene la sentencia impugnada y la posibilidad del segundo envío, siguiendo en este sentido la casación clásica, cuando en la mayoría de los países la Corte Suprema cuando anula la sentencia decide el fondo.

Hemos de reconocer que los procesos se han agilizado gracias al sistema por audiencias y la implementación de la oralidad y la intermediación. Sin embargo, debido al gran volumen de recursos que reciben los tribunales y a la existencia de pocos mecanismos para cerrar el acceso a los recursos de apelación y casación, esto no se ha logrado en mayor medida, lo que provoca que los procesos se alarguen y los jueces se demoren en emitir sus fallos.

Otro gran problema que no ha encontrado solución con las reformas a las legislaciones procesales no penales tiene que ver con los costos de la justicia, que impiden el acceso a la misma, sobre todo por la exigencia legal del pago de impuestos, de tasas por servicios, entre otros. La posibilidad de interponer recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, tales como son: la oposición, apelación, revisión civil, tercería, casación, ha llevado a que en nuestra legislación un proceso puede agotar tres, cuatro y hasta cinco instancias. Agregando a esto la posibilidad de que las decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por violación a principios constitucionales.

Otro aspecto en el que presentamos una gran dificultad es el concerniente a la ejecutoriedad de las sentencias. Si bien es cierto que nuestra legislación procesal de manera taxativa ha otorgado ejecutoriedad de pleno derecho a cierto tipo de decisiones y los jueces tienen la facultad de ordenar su ejecutoriedad con o sin fianza no obstante la interposición de cualquier recurso, la regla es que los recursos son suspensivos.

Un último problema que no ha podido ser conciliado con la reforma tiene que ver con la ejecutoriedad de las sentencias que tienen carácter irrevoc-

cable, ya que luego de ser obtenidas existe gran dificultad para su ejecución, debido a que todos los procesos ejecutorios se encuentran judicializados.

¿Cuáles son los principales logros?

El principal es la simplificación de los procesos gracias al modelo por audiencias, caracterizado por la oralidad y la inmediación, además de la implementación de la tecnología como recurso para el almacenamiento de expedientes mediante sistemas en redes y para la elaboración de las decisiones judiciales.

Anexo 5. **República Dominicana. Reforma procesal**

José Cruceta

Juez miembro de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia
Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal

¿Cómo caracteriza el proceso de implementación de la reforma procesal penal?

La adopción del Código procesal penal en 2004 significó en su momento una de las transformaciones legislativas más importantes en la administración de justicia de la República Dominicana. Supuso, pues, el abandono de un modelo de enjuiciamiento penal con rasgos tendencialmente inquisitivos y la consiguiente instauración de un ordenamiento procesal penal de corte acusatorio.

El proceso de implementación de la reforma procesal a partir de 2004 ha tenido sus altas y bajas. La creación de una comisión interinstitucional a partir de su adopción liderada por la Suprema Corte de Justicia fue una medida importante para articular los procesos que debían llevarse en las distintas instituciones responsables de gestionar el sistema penal. Se comprendió, entonces, que la sola aprobación de un cambio normativo no sería suficiente para lograr impactar en la realidad, pues existen una serie de prácticas que con el paso del tiempo se van consolidando por fuera de las reglas jurídicas, y si se quiere ser eficiente en la aplicación de la norma hay que atacar las viejas prácticas y generar incentivos para el surgimiento de nuevas y mejores prácticas.

El esfuerzo de la implementación de la reforma procesal penal requería reformas institucionales complementarias en las instituciones que habrían de aplicarla. Así las cosas, se hizo un esfuerzo para institucionalizar el Ministerio Público, con el reconocimiento de su independencia funcional, la regulación de un régimen funcional de carrera que atenuaba la discrecionalidad del poder ejecutivo en la designación y remoción de sus integrantes y la creación de una escuela que reforzara el entrenamiento pro-

fesional para dotarle de las herramientas conceptuales y las destrezas necesarias para cumplir la labor de dirigir las investigaciones y sostener las acusaciones en un sistema penal de carácter acusatorio.

El segundo esfuerzo institucional importante radicó en crear un órgano para asistir a los imputados carentes de recursos en el ejercicio de su derecho de defensa. Es que en un sistema acusatorio es imprescindible que la persona acusada cuente con una defensa adecuada. Este no es un requisito gratuito inspirado en solidaridad, sino que es un medio de legitimación del propio sistema acusatorio y un medio imprescindible de control de la acusación. Se creó así la Defensa Pública, órgano que desde entonces ha sido el mayor patrocinador de los imputados que ingresan en la justicia penal dominicana.

Un tercer esfuerzo se intentó con la reforma policial. Este era un componente básico para lograr la eficiencia de la acusación en el sistema acusatorio. Ese intento no resultó con el nivel de profundidad que se esperaba, pues la cúpula de la institución ejerció presiones en el legislativo y logró bajarle intensidad al proyecto de reforma, al punto tal que en menos de una década empezó a replantearse otra vez la necesidad de una verdadera reforma policial. La resistencia de la Policía a convivir con las exigencias que planteó la reforma procesal penal, en especial, el someterse a la dirección funcional del Ministerio Público, ha sido uno de los escollos más difíciles de sortear.

El esfuerzo por la implementación implicó, por supuesto, un profundo entrenamiento de los jueces. Pero este proceso ya estaba encaminado porque la reforma judicial había empezado un lustro antes de la aprobación legal de la reforma procesal penal, incluyendo la formación inicial para los aspirantes y continúa para los que forman parte de la judicatura. Así que este significó en la práctica un reforzamiento de los esfuerzos que ya se hacían por mejorar la función judicial.

Un elemento que no fue debidamente previsto durante la implementación es el costo económico que implicaba el cambio de sistema. La ausencia de una clara política económica para el impulso de la reforma es lo que no ha permitido que después de una década aún la defensa pública carezca

de personal para cubrir el servicio que requiere. Y que el propio Ministerio Público aún no haya conformado en su totalidad una plataforma profesional de carrera o que en el poder judicial queden pendientes procesos de creación de nuevos locales.

Principales logros que se han consolidado

Desde la implementación de la reforma procesal penal se ha consolidado la separación de funciones entre los diferentes sujetos procesales. Este era una de los problemas básicos que tenía el sistema mixto en la primera fase, pues el juez de instrucción era quien investigaba los crímenes, y luego correspondería a los fiscales someter las acusaciones. Hoy está consolidado el rol del juez de la instrucción como órgano de garantía que no tiene ninguna función de impulso de la investigación, sino que está para controlar su legalidad y decidir la pertinencia de las medidas restrictivas de derechos que le somete el Ministerio Público.

El fortalecimiento del derecho de defensa de los imputados, pues existe una Defensa Pública preparada y responsable en su rol. Ella constituye una institución joven, pues nació con la propia reforma, y se ha convertido en el principal patrocinador de los imputados en materia penal, pues las estadísticas reflejan que la mayor parte de los acusados son personas que no cuentan con los recursos económicos suficientes para cubrir una defensa técnica privada.

Hoy existe, aún en el plano formal, una mayor preocupación por vincular la toma de decisiones judiciales con los principios y las garantías constitucionales, al igual que las previstas en el derecho internacional de los derechos humanos. Esto contrasta bastante con lo que teníamos antes, pues por regla general ni la Constitución ni los tratados eran asumidos como fuente de derecho que debía ser ponderado por los jueces penales. Hoy es una realidad marcada que las sentencias penales reflejan una preocupación importante por satisfacer los cánones constitucionales y convencionales del debido proceso.

El establecimiento de un juez de ejecución de la pena constituye uno de los logros más importantes, pues ha derivado en una mayor racionalidad y

control de la fase ejecutiva de la sanción. Esto ha permitido que los condenados cuenten con mayores niveles de garantías para controlar la actuación de las autoridades administrativas penitenciarias.

¿Qué nos falta?

A pesar de los avances aún hace falta sortear múltiples dificultades. La primera es el tiempo de duración de los procesos penales, pues a pesar de que existe una notable reducción de los tiempos de respuesta en comparación con lo que ocurría antes de la reforma, es mucho lo que resta por lograr para que se cumpla el mandato legal de los plazos perentorios fijados por el legislador. La jurisprudencia penal cedió y terminó aplicando un estándar incompatible con el de plazos fijados, a partir del canon de plazo razonable que impera en los ordenamientos, que carece de plazos límites claramente delimitados. El legislador terminó, en una reciente reforma al Código procesal penal, legalizando esta orientación interpretativa que permite al juez valorar la conducta del imputado para expandir prudencialmente los plazos legales.

El segundo gran problema es la situación de los presos preventivos, pues parece ser parte de la cultura dominicana el que no se puede hacer un proceso si el imputado no está en prisión preventiva. Esto ha impuesto –primero en la práctica judicial, luego en la reforma legal– un relajamiento de los criterios de peligro de fuga, para hacerlos más elásticos e incluir fines punitivos, contrariando así la naturaleza cautelar de la prisión preventiva. Lo cual ha derivado en el mantenimiento de una alta tasa de personas sometidas a prisión preventiva.

El otro mal que ha sido difícil de erradicar son los reenvíos de las audiencias. Esta es, de hecho, la principal causa del incumplimiento de los plazos límites del proceso. Aún constituyen la regla los reenvíos de la causa por razones no justificadas o puramente formales, o por simple táctica dilatoria de los abogados. Queda, pues, un camino amplio por recorrer para que el proceso pueda ser realizado en el menor tiempo posible según las circunstancias concretas de los casos.

Aún persiste una profunda desconexión entre el Ministerio Público y la Policía nacional. Esto afecta de manera directa la calidad de las inves-

tigaciones. Existe una especie de guerra soterrada por el protagonismo de la investigación. La Policía resiste el someterse al control funcional de la investigación y el Ministerio Público no parece estar en capacidad para cumplir con dicha misión. Se destaca la presentación de los imputados a los medios de comunicación por la policía, tan pronto realiza un arresto, a veces antes de dar parte al Ministerio Público.

Hace falta desarrollar los mecanismos institucionales que permitirán la participación de las víctimas carentes de recursos en el proceso penal. Este es uno de los déficits más notorios de la reforma, pues la promesa de la participación de la víctima requiere crear o una agencia de defensa de las víctimas o tratar de integrar mejor el interés de estas en la acción penal que ejerce el ministerio público.

