

Estudios Sociales
Vol. XXXIII, Número 119
Enero - Marzo 2000

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

(Una introducción en clave estratégica para América Latina y el Caribe)

Alejandro E. Álvarez

The rise of democracy has signaled a reform of the judicial branch of government in almost all Latin American countries, and, in particular, a reform of criminal procedure, formerly a handy instrument of political repression and of the violation of human rights. Not surprisingly, the reform also touches democratic aspects of the administration of justice such as a more significant role for the victims within penal law, thus opening the way for the more agile procedures of conciliation or reparation. The author stresses the significant involvement of civil society in the reform itself, and pleads that it not be left solely in the hands of jurists. A key point of the reform must be to establish the independence of the judiciary, preventing, among other things, the removal or transfer of judges which are not wanted by the executive branch.

Introducción

La reforma de la justicia penal es parte de la actualidad política de nuestros países. En efecto, desde fines de los años 80 casi todos los países de la región latinoamericana han comenzado a revisar sus legislaciones relativas al proceso penal y a la organización de la justicia penal. Es aún más interesante observar que tanto las razones que motivan

las reformas como el modelo elegido tienen enormes elementos comunes, que confirman los lazos culturales e históricos estrechos que unen a nuestros pueblos.

Podemos afirmar que la idea de los redactores del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI)¹ de 1988 está dando sus frutos. Es así que países como El Salvador, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Venezuela, Bolivia, Chile, Paraguay, Haití, Ecuador y algunas provincias argentinas (Argentina es un país federal y cada provincia -23- tiene su propia ley procesal penal) forman parte de este movimiento de reformas que, lejos de la anécdota, forma ya parte de la historia institucional del continente.

A grandes rasgos, las características principales de ese movimiento de reformas son un fuerte desarrollo de las garantías constitucionales dentro del proceso penal, el fortalecimiento del juicio como etapa central del procedimiento, la separación estricta de las funciones jurisdiccionales de las de investigación, la etapa preparatoria del juicio a cargo del Ministerio Público quien es a la vez el superior jerárquico de la policía judicial, la creación de un juez de vigilancia penitenciaria, la fuerte participación de la víctima y de la sociedad civil, y el reconocimiento del pluralismo cultural en la forma del derecho consuetudinario y el uso de los idiomas locales.²

A pesar de este consenso sobre la necesidad de la reforma y sobre sus modalidades generales, no todos los procesos de reforma iniciados han logrado la totalidad de los objetivos buscados. En efecto, por un lado por razones ligadas a la falta de visión a mediano plazo y por otro lado a la ausencia de una planificación que tenga en cuenta la distintas dimensiones del proceso de reforma, algunos países pretenden atribuir los defectos de una mala implementación de la reforma a supuestos defectos de la nueva legislación.

1 Por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Julio B. J. Maier, Fernando de la Rúa, Víctor Fairén Guillén, Ada Pellegrini Grinover y Jaime Bernal Cuellar concluyeron en 1988 la redacción de este proyecto concebido para promover la reforma del enjuiciamiento penal en la región.

2 Cf. ALVAREZ, Alejandro E.: *La réforme de la procédure pénale en Amérique Latine*, L'Astrée n° 5, Paris, 1998.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Por las razones expuestas, para alcanzar un proceso de reforma exitoso es imprescindible analizarlo en toda su complejidad y fijar una estrategia adecuada para la transformación.

No haremos referencia aquí al contenido que la reforma presenta en toda la región, sino sólo a las razones que explican su necesidad y a los aspectos metodológicos que deben incluir una estrategia eficiente. En suma, exploraremos primero el **porqué** de la reforma para luego analizar el **cómo**.

I. ¿Porque?

La elección y ejecución de una estrategia de reforma de la justicia penal no puede ser elaborada sin un análisis de las razones por las cuales es necesaria la reforma, en tanto que el método siempre debe responder a los objetivos. El *porqué* de la reforma responde tanto a razones ligadas al contexto político interno como a cuestiones referidas al proceso de mundialización.

A. Las razones ligadas al contexto político

a. *La transformación de la democracia*

En cuanto a la primeras, las razones ligadas al contexto político de nuestras naciones, debemos constatar que la emergencia de lo judicial como un problema es relativamente reciente, es decir, hemos comenzado a hablar de la necesidad de la reforma judicial, con la fuerza que lo estamos haciendo ahora en América Latina, desde hace no más de 10 años.

Es evidente que este movimiento se vincula al advenimiento del modo de vida democrático luego de un triste y terrible período de arbitrariedad caracterizado por regímenes de facto o, en general, por gobiernos que han ejercido su autoridad sobre la base de la falta de respeto de la ley y el respaldo de la impunidad.

En ese contexto, los gobiernos autoritarios no permitieron la expresión de la conflictividad social, que existe en todas las sociedades, y la callaron a través de la represión, a veces mediante la utilización del aparato judicial y otras de manera paralegal o extrajudicial. En este sentido, durante todo ese período oscuro de nuestra historia, la administración de justicia, y en particular la administración de justicia penal, no ha sido capaz de poner límites al abuso de poder y, a veces por

omisión pero también por complicidad, formó parte de los instrumentos de la violación de los derechos fundamentales.

La irrupción del modo de vida democrático, que es finalmente un sistema que pretende canalizar de forma pacífica los conflictos sociales, necesita un árbitro independiente de la conflictividad, de forma que logre mediar entre el poder y los ciudadanos y logre finalmente reconocer y dar vigencia a los derechos de cada uno. En síntesis, esta nueva realidad política en nuestros países reclama al sistema de justicia que funcione como árbitro imparcial de los conflictos sociales.³

Otra característica de esta nueva forma de vida que pretendemos construir es lo que algunos autores llaman la democracia de opinión.⁴ Estamos viviendo un período donde la participación política no se limita a la expresión del voto cada cierto período, sino que todos los ciudadanos sabemos también que tenemos derecho a opinar sobre los asuntos públicos. Esta transformación de la vida política, pontenciada ciertamente por los medios de comunicación, nos expone ante una nueva exigencia que es el reclamo de participación.

Lo que es muy interesante de observar es que la administración de justicia no queda al margen de esta realidad política, sino que por el contrario ella se ha convertido en un espacio de participación y lucha política reglada. Ejemplo de ello es el activismo judicial de las víctimas, que no habíamos observado sino desde hace unos pocos años. En el mismo sentido observamos el auge del asociacionismo de víctimas o de personas interesadas en la protección de intereses difusos o colectivos, quienes reclaman también un espacio en el proceso penal. Estas participaciones se han hecho tan evidentes que es raro ver en América Latina un proceso contra alguna personalidad política que no esté impulsado por la familia de la víctima o por alguna asociación o grupo de personas.

En síntesis, la irrupción del modo de vida democrático en nuestros países ha hecho nacer una demanda de la población que, en primer lugar, se expresa en la exigencia de un árbitro con poderes suficientes para garantizar los derechos de las personas y, por otra parte, en la exigencia de participación, y por lo tanto control ciudadano, en la administración de justicia.

3 GAUCHET, Marcel; *La révolution des pouvoirs*, Editions Gallimard, Paris, 1995.

4 SALAS, Denis; *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

b. *Las exigencias de la globalización*

Otra serie de exigencias que nos conducen a la necesidad de la reforma judicial están ligadas al proceso de mundialización.

En efecto, en los últimos años se ha visto una multiplicación de normas internacionales referidas al sistema penal, ya en la forma clásica de los pactos de derechos humanos, ya en una serie muy compleja e inédita de instrumentos jurídicos. Entre los instrumentos "clásicos" podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención sobre los Derechos de los Niños. En este mismo orden, también se cuenta con una serie de Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas relativas a la administración de justicia penal, tal como los principios básicos sobre la independencia de la judicatura, las directivas sobre la función de los fiscales, sobre las funciones de abogado, sobre los poderes de los funcionarios encargados de aplicar la ley, entre otras.

Fuera del ámbito de las Naciones Unidas también contamos, sólo para mencionar algunos ejemplos, con el Pacto Interamericano de Derechos Humanos de 1969, con la reciente convención americana sobre la corrupción, con la convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, con la convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas, todo esto sin mencionar los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington o con las decisiones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica.

Más novedoso aún resulta el hecho que las instituciones regionales de integración económica como la Unión Europea, el CARICOM o el MERCOSUR, tomen decisiones y realicen acuerdos relativos a la justicia penal, que también son obligatorios para los Estados parte. En efecto, el caso de la Unión Europea es particularmente significativo, puesto que se encuentra ya en el estadio de la elaboración de un *Corpus Juris* que contiene un verdadero derecho penal supranacional y la creación de un Ministerio Público europeo para perseguir el fraude contra el presupuesto comunitario.

Asistimos también a una internacionalización creciente de la competencia penal, tal como lo demuestra el caso Pinochet o la instauración de la competencia universal para crímenes contra la

humanidad. Finalmente, como una suerte de punto culminante de esta tendencia, presenciamos la creación de dos tribunales penales internacionales ad-hoc creados en 1993 y 1994 para los terribles sucesos en ex-Yugoslavia y en Rwanda, y la última de estas novedades, la creación de un tribunal penal internacional permanente por el tratado de Roma de 1998.

Esta breve panorama muestra que todos nuestros países se encuentran interrelacionados y eso significa por un lado la creación de compromiso voluntario mutuo y, por otro lado, la formalización de ciertas normas mínimas que unen nuestras concepciones del derecho. En síntesis, todos estos instrumentos nos informan sobre la existencia de cierto nivel de *un derecho común de la humanidad*, que sin negar las diferencias de culturas y de tradiciones, nos reconocen como parte de una misma familia humana.⁵

Este derecho común establece un *standard mínimo internacional* de respeto de los derechos, voluntariamente asumidos por los Estados y cuyo irrespecto provoca la responsabilidad internacional, que conlleva hoy fuertes consecuencias. No sólo este orden jurídico internacional es obligatorio para los Estados, sino también en muchos países estas normas prevalecen sobre las normas internas e incluso son directamente aplicables por los tribunales locales.

B. Las razones ligadas al funcionamiento del sistema de justicia

Las nuevas exigencias provocadas por una nueva concepción de la democracia y del juego de las instituciones nos han hecho "redescubrir" la administración de justicia. En efecto, la administración de justicia en nuestro continente tiene muchas décadas de malfuncionamiento, el problema no es nuevo. Lo que es, en cambio, una novedad, es el reclamo social dirigido hacia el sistema institucional, de contar con un verdadero árbitro imparcial de conflictos sociales.

Creada la demanda, la decepción es grande cuando se evalúa la posibilidad de que nuestras justicias puedan cumplir con ese rol. Hasta el análisis menos crítico nos hace descubrir que contamos con una administración de justicia ineficiente, excluyente y arbitraria.

5 DELMAS-MARTY, Mireille; *Trois défis pour un droit mondial*; Seuil, Paris, 1998.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

a. Ineficiente

En efecto, una de las primeras constataciones da cuenta que en América Latina el presupuesto reservado al Poder Judicial se encuentra en el orden del 0,7 al 1,5 de los gastos generales del Estado. Algunas constituciones han intentado establecer un porcentaje mínimo fijo que deber ser versado al Poder Judicial (la Constitución Política de Guatemala por ejemplo, establece un mínimo de 3 %), método que se ha revelado ineficiente para constreñir al Parlamento de dotar a la justicia de medios suficientes. En este contexto va de suyo que los salarios de los jueces y magistrados no son competitivos con la actividad de abogado, situación que provoca un deterioro importante del prestigio social de la función.

A lo expuesto se suma que los pocos recursos asignados se utilizan de forma inadecuada. La prueba de ello es, por un lado, la ausencia de sistemas de selección de casos según su gravedad o según sus probabilidades de solución. En efecto, en la mayoría de los países existe la llamada obligatoriedad del ejercicio de la acción penal que, lejos de asegurar la igualdad de todos los ciudadanos, ahoga al sistema judicial con casos de relevancia menor o impiden un acuerdo entre las partes. En suma, una proporción importante de los recursos disponibles son destinados a tratar cuestiones de "bagatela".

Por otro lado, tanto las leyes procesales como el tipo de organización administrativa de los tribunales se pierden en trámites innecesarios y en duplicación de funciones. La incorporación de nuevas tecnologías y de criterios eficientes de distribución del trabajo tardan en implementarse y son generalmente resistidos por los operadores del sistema. La cultura del procedimentalismo, esto es, el apego a las formas aún cuando ellas no están dirigidas a la protección de un derecho, es un mal del que sufre la región hace mucho tiempo. El costo de esta cultura formal pesa enormemente sobre el presupuesto, sin mencionar el daño que provoca al prestigio de la justicia en la percepción de la opinión pública.

b. Excluyente

El proceso penal de nuestros países ha sido diseñado sobre la base de la desconfianza a los ciudadanos, depositando en cambio, la confianza en las instituciones estatales.⁶ Es así como unos de los

6 Cf. sobre el concepto de justicia excluyente, *Commission Préparatoire à la réforme du droit et de la justice de Haïti, Document de politique générale, Port-au Prince, 1997.*

principios del proceso penal es el de oficialidad, de modo que la persona que decide (juzga) es un funcionario del Estado, el que persigue (investiga o ejerce la acción penal) lo es también, la ejecución de la pena está también encargada al Estado y puede suceder que la defensa técnica sea encargada a un abogado pagado por fondos estatales (defensa pública).

El modelo napoleónico de proceso penal del cual derivan nuestros sistemas establecía, en su origen, una limitada participación y poderes de las partes durante todo su desarrollo. La preocupación central de ese modelo fue la de perfeccionar el monopolio de la coerción legítima y, por tanto, fortalecer la participación de las instancias estatales en perjuicio de la intervención de las partes en conflicto y del resto de la ciudadanía.

Es así como la participación del imputado y de la defensa se vieron limitadas a la parte "contradictoria" del proceso (la audiencia o el plenario) y, cuando ella era acordada, el imputado no fue reconocido como sujeto sino a través de su defensor. Por otra parte, la víctima fue aceptada como parte civil con interés limitado al reclamo de los daños provocados por la infracción pero excluida, por principio, de toda pretensión penal, limitándose a una participación subsidiaria a la del Ministerio Público y relegada de todo poder de disposición de la acción penal, que siempre conserva su carácter público.

De la misma forma, sólo los países que han puesto en marcha un reforma reciente han incorporado sistemas ágiles y consensuales de solución de conflictos en materia penal. En el resto, la conciliación, la mediación o la reparación continúan siendo extraños al procedimiento o, a veces, aceptados por la práctica pero no reconocidos por la ley.

En ese mismo orden, en aquellos pocos países de la región donde la audiencia es oral (la República Dominicana es el caso), los efectos de la publicidad se ven fuertemente reducidos por la facilidad de la incorporación del expediente por su lectura en la audiencia y la posibilidad de reemplazar las alegaciones orales por peticiones o conclusiones escritas. De esta forma, el control ciudadano de las decisiones judiciales, que es uno de los fines buscados con la publicidad de los debates, se ve entrampado por la lectura del expediente que hace superflua la realización de una audiencia.

Otro elemento excluyente es el lenguaje utilizado por el sistema judicial, lleno de latinazgos y de construcciones incomprensibles para el ciudadano común y difícil también para los juristas. Esto se agrava cuando

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

el sistema judicial se empeña en utilizar el idioma oficial cuando al menos parte de la población se expresa en otro idioma.⁷

Finalmente, el costo de los servicios profesionales de un abogado o las tasas que deben ser erogadas para litigar en un tribunal son, en muchos casos, privativos para buena parte de la población de nuestros países. Los servicios de defensa pública, salvo escasas excepciones, no ha logrado hasta el momento cubrir esta necesidad, en la medida que la calidad del patrocinio brindado es regular y su extensión territorial son, en general, reducidas. El caso de la asistencia jurídica a las víctimas es todavía más insatisfactorio, puesto que se trata de una experiencia que pocos países han desarrollado hasta el momento.

c. Arbitraria

Durante el período de los años 70 y 80, la administración de justicia de nuestros países falló en garantizar a cada uno sus derechos y no pudo, no supo o no quiso evitar el abuso de poder y el terrorismo de Estado. Además, se ha revelado que nuestras justicias son también una fuente de violaciones a los derechos fundamentales, tal como lo afirman los informes de varios países sobre la situación de los derechos humanos durante los gobiernos militares (ver los informes Nunca Más de Argentina, el informe Retig de Chile, el informe del Comisionado de DDHH de Honduras, las Comisiones de la Verdad de El Salvador, de Guatemala o de Haití).

La arbitrariedad de nuestras justicias se manifiesta de diversas formas, tales como la reiterada intervención de otros poderes públicos en la tarea de juzgar, la ausencia de un sistema de evaluación de desempeño de los jueces y magistrados y la falta de motivación de las decisiones.

En cuanto al primero, la independencia del Poder Judicial, aunque proclamada por todas las constituciones, es contradicha cotidianamente en la práctica. En efecto, en razón de sistemas defectuosos de designación de jueces, de nombramientos a plazo o, en el peor de los casos, por el temor de destitución o las amenazas de agresión física, los

7 Si bien no es este el caso de la República Dominicana, sí lo es de numerosos países de la región tales como, por ejemplo, Bolivia, Guatemala, Ecuador, Perú (por las poblaciones indígenas) o Haití (donde la población se expresa en *créole* mientras el idioma oficial es el francés).

otros poderes del Estado, pero también otras autoridades o grupos de poder, intervienen en la administración de justicia de manera oculta pero muchas veces efectiva. De tal forma, la administración de justicia no puede garantizar imparcialidad ni certitud en la aplicación de la ley.

Tampoco se observan en la región sistemas de evaluación del desempeño de los jueces, magistrados y fiscales; de modo que se permita conocer el grado de eficiencia del servicio judicial. Tampoco se observan sistemas disciplinarios acordes con la naturaleza de la función. A falta de estos sistemas se han desarrollado varios mecanismos de control de las decisiones judiciales en clara violación de la independencia de la función, con el objetivo de intervenir en las decisiones de los jueces bajo la amenaza de la destitución o el traslado.

Por último, en toda la región los jueces y magistrados resisten la obligación de motivar sus decisiones. Para alcanzar este estado de cosas se han desarrollado varias técnicas, entre ellas, la utilización de fórmulas vacías de contenido o rutinarias, la transcripción de la ley o, incluso, la sola mención de la parte dispositiva de la decisión sin fundamentación alguna. La ausencia de una motivación razonada no sólo violenta el principio de la publicidad de los actos de gobierno propio de una República, sino que imposibilita también la crítica del fallo y complica el sistema de recursos.

Tanto las razones relativas al contexto político nacional e internacional, como el estado de nuestras administraciones de justicia, ambas nos conducen a concluir sobre la necesidad de una reforma judicial profunda, es decir, estructural. La realidad de la región da cuenta de las dificultades de planear e implementar un cambio de esta envergadura. Por ello es pertinente analizar el *cómo* de la reforma judicial, es decir, los elementos metodológicos para alcanzar los objetivos del cambio.

II. ¿Cómo?

Si bien la necesidad de la reforma de la administración de la justicia concierne todos las ramas de la organización, la justicia penal es aquella que debe proteger los bienes jurídicos de mayor relevancia social: la vida, la libertad, el honor, la institucionalidad democrática. Por esa razón casi todos los países han comenzado su reforma por el sistema penal.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Dentro del sistema penal, la legislación concerniente al proceso penal tiene la particular característica de provocar cambios inmediatos, claramente perceptibles por el medio jurídico pero también por la prensa y por la opinión pública, y, enfin provoca una modificación de las conductas organizacionales de todas las instituciones del sistema. La reforma del proceso penal tiene en sí misma una enorme vocación transformadora y una "onda expansiva" de grandes dimensiones.

Sin embargo no nos debemos equivocar: es efectivamente correcto comenzar el proceso de reforma de la justicia por el proceso penal, pero esta reforma resolverá tantos problemas como desnudará otros, tales como la necesidad de una nueva legislación penal de fondo, una nueva organización judicial, la alarmante situación de las cárceles, la mala calidad de la defensa de oficio, la necesidad de nuevas normas de organización de las instituciones del sistema, o la falta de transparencia del sistema de nombramiento y ascenso de los jueces y fiscales. De modo que debemos tomar en cuenta que la reforma del proceso penal es un gran e imprescindible provocador de procesos posteriores de reforma, a los cuales habrá que responder oportunamente. En cuanto al proceso de reforma del procedimiento penal, éste se encontrará con *problemas políticos y técnicos* que deben ser analizados para establecer una estrategia coherente y eficiente.

A. Los problemas políticos

a. *La necesidad de una política judicial*

Cuando hablamos de reforma de la justicia hablamos de reforma de la institucionalidad democrática, hablamos de modificar las relaciones entre los poderes del Estado y las de esos poderes con la sociedad civil. La reforma de la justicia, en los términos en los que la estamos pensando, es hacer aparecer un nuevo actor institucional que ejerza efectivamente de árbitro entre el Estado y los ciudadanos, en tanto que individuos o en tanto que miembros de una comunidad.

Dada la embergadura de este cambio institucional, es necesario formular, discutir y poner en marcha una política judicial de consenso. Nunca se insiste mucho sobre esto, en la medida que nuestros países no tienen casi ninguna experiencia en la ejecución de políticas públicas de mediano y largo plazo, apenas si la tiene en la discusión de ideas, que es sin embargo la base de la vida democrática.

El diseño y ejecución de la política judicial debe prever un cambio estructural. El consenso detrás de la identificación de problemas y soluciones evitará así la ejecución de políticas judiciales de emergencia, que hemos sufrido desde hace mucho tiempo y que también son causa del desprestigio de nuestros sistemas judiciales. Llamamos políticas de emergencia⁸ a todas las tomas de decisión que reaccionan a una situación de coyuntura y que tienen por finalidad tranquilizar a la opinión pública antes que provocar un cambio efectivo en el sistema judicial. Los ejemplos no faltan, puesto que son todos aquellos que recurren al aumento de las penas como reacción al "auge de la delincuencia", a endurecer el régimen de prisión preventiva, a trasladar jueces y fiscales bajo el argumento de su bajo desempeño, etc.

Por otra parte, en el contexto de nuestras democracias renacientes pero también en el contexto de los cambios que se están operando en el modo de vida democrático y el tipo de representación política, el consenso necesario para una política judicial integral no puede limitarse a los poderes institucionales ni tampoco a los actores del sistema de justicia. En tanto es un problema común, es toda la sociedad a través de sus diversos sistemas de representación y de expresión de intereses, la que debe formar parte de este proceso social de reforma. Como recordaban Daniel González Álvarez y José Cafferata Nores, la reforma es una cuestión demasiado seria como para dejarla librada a los abogados.

b. Los actores de la reforma

Intentaremos analizar, a partir de lo que muestra la experiencia en la región latinoamericana, el comportamiento de los distintos actores institucionales y sociales en el marco del proceso de reforma.

i. La clase política

Se caracteriza particularmente por la sensibilidad a la respuesta de urgencia, en tanto que deben mostrar alguna acción concreta al electorado. Por otra parte pero también por esta razón, su evaluación del proceso de reforma es generalmente distinta a la de un jurista. El político evaluará las condiciones de factibilidad y buscará encontrar en la reforma también una respuesta de corto plazo.

8 Cf. BINDER, Alberto; *Metapolítica judicial y cambio planificado*, en *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

Es importante, para aquellos que creen en la reforma y la llevan adelante, encontrar un punto de equilibrio entre la reforma de mediano plazo y las expectativas en el corto plazo, con el objetivo de hacer viable y comprensible la reforma.

ii. Los profesionales de la justicia

Encontramos en este sector una importante fuente de resistencia, tanto activa como pasiva. Activa cuando su oposición se plantea de diferentes formas, en los distintos foros de discusión, a través de manifestaciones de disconformidad o de actividad de lobbying en contra de la aprobación o puesta en marcha de la reforma. Pero también puede ser pasiva sin que ésta se exteriorice, aunque su manifestación será la ausencia de voluntad de preparar el cambio, de formarse para ser mejor juez o fiscal, o de no adoptar las medidas necesarias o poner obstáculos para una implementación eficiente.

La resistencia de los profesionales de la justicia es explicable por dos razones: por una parte porque la necesidad de un cambio está precedida por una fuerte crítica al sistema vigente que en buena medida subsiste porque los profesionales de la justicia lo hacen funcionar, de forma que la crítica al sistema se revela, a veces, una crítica a estos profesionales. Por otra parte, la resistencia nace del hecho que todos ellos deben abandonar su vieja práctica (que como toda rutina brinda seguridad) para aprender una sistema nuevo, donde las relaciones de poder pueden cambiar (un buen abogado del viejo sistema no lo es necesariamente en el nuevo).

iii. Las instituciones del sistema de justicia

Cada uno de los procesos de reforma en América Latina ha contado con el hecho de que alguna de las instituciones del sistema toma el lideazgo y promueve la reforma de la justicia. En algunos países ha sido la Corte Suprema de Justicia, en otros el Ministerio Público o en otros el Ministerio de Justicia. También se ha visto que ellas actúen de común acuerdo para llevar adelante el proceso. En suma, se ha observado que la institución que cuenta con los sectores más dinámicos toma la responsabilidad política de promover la reforma.

Líder del proceso o no, es importante saber que estas instituciones tienen la responsabilidad de adaptarse al cambio. Para ello habrá que

prever con suficiente antelación la formación del personal, los arreglos presupuestarios necesarios, las modificaciones administrativas y todas las reformas internas de las que haremos mención mas adelante. Para ello, la experiencia demuestra la necesidad de una *unidad de planificación de la reforma*, formada por personas que conozcan el funcionamiento cotidiano de las instituciones y que a la vez se encuentren comprometidas con el proceso, y también con profesionales competentes en el área del cambio institucional.

El precio que se paga por la ausencia de una correcta planificación del cambio es demasiado caro y traumático. Puede llegar hasta la parálisis de la institución.

iv. Las organizaciones sociales

Las organizaciones sociales se debaten entre el interés de participar en un problema que saben común a toda la comunidad y el prejuicio (que al menos tienen algunas) de creerse sin capacidad técnica para opinar frente a los juristas. Este último es sin dudas el primer obstáculo que debe vencerse para integrar a las organizaciones sociales al proceso de reforma.

En segundo lugar, en la medida de que el nuevo sistema de justicia abre las puertas de la participación de la víctima y de las asociaciones de personas en el proceso penal, se ha podido observar que el activismo de la sociedad civil dinamiza el sistema en tanto que lo interpela constantemente, ya sea a través de la participación como parte en el proceso, ya sea haciendo pública la crítica, la denuncia y también la propuesta de cambio.

v. La cooperación internacional

Nuestras democracias, lo sabemos, son democracias pobres que por distintas razones no están en condiciones de financiar el costo total del proceso de reforma. Por ello, la cooperación internacional, bilateral o multilateral, ha sostenido estos esfuerzos a través de donaciones o a través de créditos. Es una realidad también que muchos de estos fondos han sido hasta el presente mal utilizados, entre otras razones, por la ausencia de una política judicial de mediano plazo diseñada por nuestros propios países. Esto ha provocado que el financiamiento internacional haya sido utilizado para experiencias aisladas y muchas veces desconectadas entre sí.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

El desafío es ahora que nuestros países puedan formular esa política y solicitar esos fondos, cuando ello sea necesario, para el desarrollo de esa política integral y de reforma estructural. En este sentido, habrá también que evitar las urgencias de las burocracias internacionales, que también hacen frente a sus propias exigencias internas y evaluaciones de efectividad.

vi. El impulsor de la reforma

En todo proceso de reforma hay siempre un grupo más activo, que hace de la reforma de la justicia su objetivo principal. Es sin dudas gracias a su empeño y su capacidad técnica que los procesos se llevan a cabo. Se trata del equipo que generalmente redacta los proyectos, que impulsa el consenso y que planifica la entrada en vigencia. Su fortaleza es imprescindible para el éxito el proceso.

Este equipo se encontrará con una infinidad de problemas, pero su efectividad se medirá por su habilidad para generar el consenso con los actores políticos, sociales e institucionales, en tener presente la fuerte vocación conflictiva que lleva implícito la transformación del proceso penal, en comprender la multidimensionalidad del proceso y, finalmente, en no subestimar el fuerte arraigo cultural que tiene el sistema inquisitivo que se quiere cambiar.

B. Los problemas técnicos

Tal como hemos visto el proceso de reforma de la administración de la justicia presenta problemas políticos puesto que se trata de una reforma institucional. Además de ello se encuentra la propuesta técnica que presenta una especificidad propia que debe ser analizada como tal. No hablamos exclusivamente de los problemas jurídicos (que forman parte de los problemas técnicos), sino de los aspectos metodológicos que conlleva una reforma institucional. Analizaremos, entonces, las etapas del proceso de reforma y su multidimensionalidad.

a. *Las etapas de la reforma*

Como todo proceso de transformación institucional, la reforma de la justicia se realiza por etapas. En efecto, durante mucho tiempo nuestros Estados creyeron que aprobar una nueva ley hecha por un grupo de expertos era suficiente para realizar un cambio en el sistema. El resultado

ha sido catastrófico. De ello ha resultado un proceso sin planificación y cuyos resultados no son nunca los esperados.

Con el objeto de ilustrar el largo camino que implica la reforma, describiremos sus cinco etapas:

i. La identificación de los problemas y la elección del modelo de justicia a crear

Se trata de la primera etapa del trabajo, cuyo objetivo central es el de analizar el sistema vigente, identificar sus disfuncionamientos, las prácticas que éste ha permitido o fomentado y analizar el contexto institucional donde el sistema se desenvuelve. Se trata, en definitiva, de una constatación racional de la situación en que se encuentran nuestros sistemas de justicia.

Por otra parte, esta etapa está dirigida a analizar las vías de solución a esa situación de crisis. Dada la situación común en la que se encuentran los sistemas de justicia de nuestra región, se ha coincidido en la necesidad de un cambio estructural, con el objeto de establecer las bases de una justicia adecuada al Estado de Derecho. Debemos remarcar que en esta etapa del trabajo es de vital importancia el consenso político sobre los déficit del sistema vigente y sobre las grandes líneas sobre las cuales se construirá la reforma. La falta de consenso en esta etapa repercutirá en todo el proceso, por lo que la constitución de foros y, en general, de todo espacio público de discusión de ideas al respecto, contribuirá notablemente a la fortaleza del proceso en general.

ii. La redacción de las normas

El trabajo de redacción de las normas o la redacción de todo un código era observada generalmente por los juristas como la única etapa del proceso de reforma. En el contexto de esta metodología que estamos presentando se trata de una etapa entre cinco, aunque no por ello ha perdido su complejidad e importancia.

Se trata, evidentemente, de un trabajo difícil y de mucho rigor técnico. Para ello se necesitará un equipo en general pequeño, con solvencia técnica pero también con visión institucional, esto es, un equipo consciente de que cada norma tiene importantes repercusiones a nivel administrativo que deben ser también atendidas.

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

En efecto, el equipo de redacción del proyecto normativo debe conocer el sistema judicial donde su proyecto sera aplicado, por lo que si bien pueden existir lineas comunes entre varios proyectos de distintos países, cada Estado debe diseñar su propio sistema de justicia conforme a las condiciones que brinda el país.

Esta etapa concluye con la presentación del proyecto al Poder Legislativo.

iii. La discusión parlamentaria

Esta etapa se ha revelado difícil en varios de los países de la región. En efecto, por las razones que hemos desarrollado más arriba, la clase política, que es la protagonista en esta parte del proceso, expone siempre su particular interés de dar respuesta a la mayor brevedad posible a los problemas que son recurrentes en la opinión pública, y el tema de la seguridad ciudadana sin dudas lo es.

Es recomendable, para evitar este tipo de problemas, que al menos una parte de los legisladores que tendrán a su cargo la discusión parlamentaria, tengan una fuerte participación en el proceso de redacción de las normas, esto es, antes de que el proyecto sea presentado al Congreso.

En tanto que se trata de normas complejas y, cuando se trata de un nuevo código de procedimientos aún más, puede ocurrir que la modificación de una norma transforme el conjunto o deforme la propuesta inicial. Es por ello recomendable que el equipo de redacción participe del proceso de discusión parlamentaria y asista a los legisladores en su tarea.

La presente etapa concluye con la adopción, por parte del Poder Legislativo, de una nueva ley o de un nuevo código.

iv. La preparación de la entrada en vigencia

Una vez que la ley ha sido aprobada, debe establecerse un período de *vacatio legis*, esto es, un período de tiempo en el que se espera que las instituciones encargadas de aplicarla se preparen para su correcto funcionamiento. Se trata, quizás, de la etapa más crítica de todo el proceso, en la medida de que se requiere un enorme esfuerzo de planificación y de previsión de todos los problemas que puede plantearse durante la aplicación de la nueva ley.

ESTUDIOS SOCIALES 119

Para ello, es recomendable la constitución de un equipo de implementación que planifique las necesidades de la puesta en marcha del nuevo sistema. Es recomendable que el equipo de implementación sea conformado conjuntamente por todas las instituciones del sistema y que trabaje para todas ellas (Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público, policía, autoridad penitenciaria, etc.) puesto que esto permitirá planificar el conjunto con coherencia.

La experiencia muestra que la ausencia de planificación de la entrada en vigencia tiene efectos muy nocivos de cara a la población y provoca serios desajustes en el sistema judicial que luego tomarán años en superarse.

Esta etapa concluye con la entrada en vigencia de la nueva legislación, día que en sí mismo presenta un desafío y que debe ser previsto como otro momento crítico.

v. La evaluación y el ajuste

Se trata de la última etapa del proceso, donde el equipo de implementación deberá evaluar la marcha del nuevo sistema. Para ello deberá haber elaborado los instrumentos adecuados para esta evaluación, tales como los relevamientos estadísticos, la observación directa del funcionamiento de los fiscales y jueces, los resultados de la formación brindada, y toda otra técnica que permita obtener información y sacar conclusiones.

Esta evaluación permitirá identificar los problemas que subsisten a pesar de la reforma, los problemas no previstos en la preparación de la implementación y también los nuevos problemas causados por la nueva legislación y que también deben ser solucionados.

Como podrá observarse estamos frente a un proceso que no sólo es complejo (y volveremos aún sobre este punto) sino que también es medianamente largo. Por esta razón es imprescindible contar con un consenso firme como para permitir llevar a cabo una política de mediano plazo.

b. *La multidimensionalidad de la reforma*

Tal como lo adelantáramos, la reforma de la justicia penal no se limita a la modificación de una ley o un código, sino que se trata de un conjunto de reformas normativas, formativas, administrativas e

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

institucionales que deben ser tomadas en consideración. Es lo que se ha dado en llamar la multidimensionalidad de la reforma.⁹ La constatación de esta multidimensionalidad no sólo nos informa de su complejidad sino que también nos impulsa a ser cautelosos respecto de las propuestas reduccionistas.

En efecto, estas propuestas reduccionistas se esfuerzan por señalar un aspecto del problema de la administración de justicia como el único o el más importante. Por ejemplo existe el reduccionismo presupuestario que pretende que todos los problemas de la justicia se deben a la falta de medios materiales; existe el reduccionismo formativo que pretende que el nuestro es un problema de capacitación de los profesionales del sistema de justicia; y existe también el reduccionismo administrativo que sostiene que todo es una cuestión de mala organización de los recursos existentes. Lo cierto es que todos tienen un parte razón y en parte se equivocan, puesto que cada uno de esos problemas existen y deben ser resueltos, pero el error consiste en no presentarlos como parte del mismo proceso y fraccionar lo que es un problema estructural.

Analizaremos, entonces, las distintas dimensiones que forman parte del proceso:

i. La dimensión normativa

Tal como lo hemos en parte adelantado, unos de los aspectos principales del proceso de reforma es el cambio de las normas jurídicas. Estas normas establecerán la profundidad del cambio y fijarán el marco del trabajo de las demás dimensiones. Por ejemplo, es la nueva ley la que crea las nuevas instituciones que deben ser puesta en funcionamiento a partir de la vigencia del nuevo sistema. La nueva ley también es la que establece el contenido de la formación que será brindada a los profesionales del sector judicial.

ii. La dimensión formativa

Esta dimensión del trabajo debe cumplir con el objetivo de preparar a los profesionales del sistema de justicia y al personal auxiliar para asumir las nuevas responsabilidades que son atribuidas por la nueva legislación.

9 BINDER, Alberto; *Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina*. en *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

Esto no significa, claro está, que ellos no se encuentren suficientemente capacitados para el ejercicio de la función. En verdad sí lo están, pero para las exigencias del sistema vigente, esto es, el sistema del trámite inútil, del formalismo, del secreto para el imputado, de la falta de motivación de las decisiones judiciales. Ejercer la función judicial en un Estado de Derecho significa, sobre todo, estar en condiciones de interpretar el derecho positivo a partir de la Constitución y de los derechos internacionalmente reconocidos, significa estar en condiciones de motivar una decisión en los hechos que surgen de la prueba y en la aplicación de la ley al caso concreto.

Esta debe ser la política de formación que debe adoptar el proceso de reforma. El que juzga debe estar en condiciones de explicar las razones de su decisión y el ciudadano tiene derecho a saber lo que él hace con el poder que le fue atribuido.

La experiencia regional en materia de formación de jueces y fiscales no ha sido siempre buena. Se ha intentado, en vano, repetir el estilo universitario, esto es, enseñar el contenido de las normas, cuando la formación de los operadores del sistema de justicia requiere otra especificidad (aunque no excluye en absoluto la formación teórica). La política de capacitación requiere de una *formación para el ejercicio de la función*, esto es, se debe enseñar a ser jueces, a ser fiscales, a ser defensores, con información sobre el contenido de la ley pero sobre todo confrontándolos a su tarea cotidiana. Se debe aprender a ordenar el trabajo, a defender una tesis, a razonar sobre la prueba recogida, a buscar la prueba, a relacionarse con las otras autoridades y con las partes, etc.

iii. La dimensión administrativa

En tanto que una reforma estructural como las que están siendo implementadas en América Latina implica una redistribución de roles entre las distintas instituciones del sistema y también nuevas funciones para sus miembros, es necesario prever la cantidad de trabajo a la cual cada uno de ellos deberá hacer frente en el nuevo sistema. Habrá que prever, asimismo, la cantidad y la ubicación física de magistrados, jueces y fiscales en el nuevo sistema. Lo mismo respecto a la defensa profesional.

Por otra parte es necesario identificar los servicios auxiliares que serán necesarios para brindar un servicio de justicia eficiente. Con servicios auxiliares hacemos referencia a los médicos forenses, a los peritos, a

EL PORQUÉ Y EL CÓMO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL

los defensores de oficio o a los traductores. Se trata, en estos casos, de asegurar que el sistema funcione como está previsto por la ley y que todas partes puedan acceder a los servicios de estos profesionales en condiciones de igualdad e imparcialidad.

También en este mismo terreno habrá que producir una reorganización de los despachos de los jueces y fiscales, puesto que sus funciones serán distintas y sus volúmenes de trabajo pueden variar. De esta forma habrá que establecer el circuito administrativo de los asuntos y procedimientos administrativos internos claros y eficientes. Es posible que para este tipo de organización deban dictarse reglamentos u otras normas similares. Deberán asimismo ser previstos los sistemas de archivos, notificaciones y otras comunicaciones y, en fin, toda aquella tarea destinada a resguardar las formas substanciales del proceso (¿qué documentación contendrá el expediente?).

Por último, una vez identificadas todas las necesidades en materia de recursos humanos y materiales, se deberá planificar el presupuesto de cada institución de forma de asegurar la marcha sostenida del proceso de transformación.

iv. La dimensión interinstitucional

El cambio de funciones de cada una de las instituciones que forman parte del sistema implica un nuevo equilibrio de poder y un nuevo sistema de relación entre ellas. Establecer un sistema adecuado de relación interinstitucional es clave para una buena implementación de la reforma.

Es, en efecto, vital establecer las condiciones materiales sobre las cuales se construirá la relación jerárquica entre el Ministerio Público y la policía, las relaciones de cooperación entre los distintos fiscales, el trabajo eficiente entre el fiscal y el juez. Si la ley establece un plazo para la realización de un acto determinado, de nada servirá ese plazo si no han sido creadas las condiciones para que los actores puedan efectivamente cumplirlo.

Conclusión

Espero que hayamos sido lo suficientemente explícitos como para mostrar que la reforma de la justicia es una reforma del sistema institucional y que como tal tiene la seriedad de todo proceso refundador.

ESTUDIOS SOCIALES 119

La reforma de la justicia es la puesta en marcha de una institucionalidad democrática con el establecimiento de un poder previsible que arbitre los conflictos sociales.

Por otra parte, también esperamos haber sido claros en la advertencia sobre el consenso y la necesidad de una política pública de mediano plazo, en la medida que el cumplimiento de todas sus etapas requiere mucho años de trabajo construidos sobre la base del consenso y la voluntad de transformación.

¿Por qué es necesaria la reforma judicial?

Porque nuestros países han cambiado, porque la democracia se ha transformado y exige un árbitro de los conflictos sociales, un actor que asegure a cada uno su derecho; y porque cuando esta realidad apareció antes nuestros ojos nos dimos cuenta que la justicia con la que contamos es ineficiente, excluyente y arbitraria y que ha sido incapaz de controlar el abuso de poder y el terrorismo de Estado y no es capaz ahora de acoger la participación creciente de la sociedad civil.

¿Cómo debemos hacer la reforma?

Identificando y enfrentando los problemas políticos y técnicos. En cuanto a los primeros, el proceso necesita un base de consenso sobre la dirección del cambio (una política judicial), la asunción, por parte de los distintos actores, de su parte de responsabilidad en el proceso. En cuanto a los segundos, tener presente que se trata de un proceso lento, que incluye distintas etapas todas de importancia y que su éxito depende de la comprensión de su multidimensionalidad.

No podemos dejar de apreciar en este contexto, que la organización misma de este Foro demuestra que la democracia dominicana reclama una reforma de la justicia y que ésta ya se encuentra suficientemente madura para ello. Por nuestra parte, no dudamos en absoluto de la capacidad técnica de los juristas del país ni de su firme compromiso con los valores fundadores de la vida democrática. No me resta más que hacerlos parte de mi certeza sobre el éxito que alcanzará esta reforma que comienza en República Dominicana y alentarlos a continuar en esta lucha contra la arbitrariedad.