

# LA FUERZA DE LA INQUISICIÓN Y LA DEBILIDAD DE LA REPÚBLICA

Por ALBERTO M. BINDER<sup>1</sup>

*SUMARIO:* I. Sistemas judiciales y debilidad de la ley. II. Esperanzas y fracasos del pensamiento republicano. III. Estrategias de cambio en el campo de la justicia penal. IV. Los temas ineludibles. Las prácticas imprescindibles: 1- El enjuiciamiento oral y público. 2- Las audiencias preparatorias y la oralización de los recursos. 3- Las fórmulas de reparación y conciliación. 4- Las querellas particulares y sociales. 5- El control del tiempo. 6- Las salidas alternativas de baja punición. 7- Las medidas administrativas necesarias para la organización del juicio. 8- La flexibilidad de la organización judicial. 9- La defensa pública. 10- Una nueva organización de fiscales. 11- Los jurados y la participación ciudadana. V. Administración de justicia, práctica de la abogacía, enseñanza universitaria. VI. Reformas y contrarreformas. VII. Reforma judicial y política judicial. VIII. Conclusión.

## I. Sistemas judiciales y debilidad de la ley

La historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley. Esta frase que parece dramática o exagerada (y, sin duda, su formulación es excesiva) deja de parecerlo cuando nos enfrentamos a un sinnúmero de acontecimientos cotidianos: normas claras, clarísimas, de nuestras Constituciones que son incumplidas sin mayor problema, derechos elementales que son considerados meras expectativas o utopías sociales (cláusulas programáticas), abusos en las relaciones sociales que contradicen normas indubitables de la legislación común, ilegalidad en el ejercicio de la autoridad pública, privilegios legales o administrativos irritantes, impunidad generalizada y otras tantas manifestaciones similares que cualquier ciudadano común no tendría ningún problema en enumerar o le alcanzaría con repetir simplemente los dichos populares que expresan la profundidad del descreimiento social en el valor de la ley.

Este estado permanente de anemia legal no es un producto de la época. No lo podemos describir como una *crisis de legalidad*, porque eso presupondría que en algún momento de nuestra historia imperó la ley y que luego se debilitó por algún conjunto de circunstancias.

Una perspectiva de esa naturaleza, bastante común en los discursos públicos que apelan a un pasado de gloria, nunca bien delimitado, nunca bien documentado, nos daría una visión empobrecida de nuestro problema. Desde su nacimiento el Estado indiano se configuró como un sistema de privilegios encubierto por una maraña de legalidad ineficaz. Algunos explicarán esa contradicción como el intento fallido de frenar la reconstrucción del sistema feudal en la nueva América (intento que finalmente produjo igualmente un sistema feudal sin *legalidad feudal*); otros dirán que la bondad de los monarcas y sus sacerdotes intentó frenar la codicia de los adelantados (y finalmente resultó esclavismo y servidumbre sin “esclavos ni siervos”) o que las distancias, los problemas de comunicación,

---

<sup>1</sup> Vicepresidente del INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales) –Argentina-. Ponencia presentada en el Seminario sobre reforma de la justicia penal organizado por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA), la Procuración General de la República y el INACIPE, en México, octubre del año 2002. Asimismo fue entregada como material de apoyo en el Foro sobre el Sistema Acusatorio, organizado por la Universidad Nacional de Colombia, el mes de abril del año 2003. Críticas o preguntas enviarlas a [ambinder@fibertel.com.ar](mailto:ambinder@fibertel.com.ar)

la vastedad y feracidad de un territorio conspiraban contra las buenas intenciones de la Nueva o Novísima Recopilación. Estas y otras explicaciones similares –en verdad de escaso valor explicativo frente a un fenómeno histórico tan complejo- nos han servido para ocultar las nuevas ilegalidades que cada época histórica producía, generando una sucesión cíclica de emergencias que se reparaban con emergencias, de ilegalidades que convocaban a otras nuevas. Hasta el presente nos cuesta en América Latina hallar el camino de la fortaleza de la ley y nos sumergimos permanentemente en la “lógica de la emergencia”.

Por supuesto, debilidad de ley ha sido también *debilidad de la razón jurídica*. No sólo porque la razón de Estado ha imperado en nuestra historia sino porque también en las relaciones sociales poco ha importado la referencia a la ley o cuando se la ha utilizado ha sido más para ratificar el poder del poderoso que para fortalecer la debilidad de quien efectivamente necesitaba recurrir a la razón jurídica. Tampoco aquí podemos hablar de crisis sino de un largo proceso histórico y social de debilidad que ha impedido que la institucionalidad se entremezclara con nuestra vida cotidiana como un sistema de reglas igualitarias antes que como un refugio para privilegios mayores o menores.

Entre la debilidad de la ley y la anemia de la razón jurídica se ha moldeado nuestra cultura jurídica. Bajo dos formas predominantes: una, la forma *curialesca* que ha hecho del saber jurídico un saber de formas, cábalas y rituales insustanciales y a la enseñanza una transmisión artesanal de gestorías; la otra, el *conceptualismo* que ha permitido crear otro saber jurídico paralelo al curialesco –pese a su desprecio por él- también despreocupado por construir fuerza para la ley y entretenido en miles de clasificaciones arbitrarias y tan insustanciales como los trámites del gestor. Por otra parte, ambas formas han constituido a la cultura jurídica como una cultura profesional y no como una *cultura de la ciudadanía*. Pese a ello, cada vez que se vuelven evidentes los defectos y debilidades de esa cultura jurídica, se carga el fardo nuevamente en la espalda de una ciudadanía que tiene muy pocas razones valaderas para creer en la ley y en el derecho. La autonomía del conjunto de prácticas profesionales que constituyen predominantemente el mundo jurídico y que se desentienden de los efectos sociales que producen constituyen hoy uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de una república democrática.

Nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un *reservorio autoritario* que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza, formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aun a modificar. Ella ha sido moldeada por la *tradicción inquisitorial* y, a su vez, reproduce y perpetúa esa tradición del modo más fuerte posible, es decir, sin gran conciencia de ello.

Esta visión exagerada – debe serlo por razones comunicacionales, para volver visible una realidad a la que estamos tan acostumbrados los abogados, está tan enrevesada con nuestra vida cotidiana, que difícilmente sea percibida sino es pintada con colores fuertes, aunque esa pintura distorsione en algo lo que necesitamos ver-, no es el producto de circunstancias particulares. Es el modo como la primera etapa del “estado moderno”, que se constituye alrededor de las grandes monarquías absolutas resuelve el problema de la “gestión del nuevo mundo”.

Como nos ha enseñado DUSSELL, América Latina cumple un papel importante en el nacimiento de la modernidad. La Europa que pugnaba por entrar en el gran sistema interregional (que se encontraba al oriente de ella) y que tras lo siglos todavía se hallaba cerrado en gran medida a su comercio e influencia (LEPANTO estableció un status quo, pero también una barrera infranqueable). La búsqueda de nuevas rutas que financiaba el capital italiano hubiera sido totalmente distinta si Europa no se hubiese

“topado” con la inmensidad de América. Allí nació no sólo un nuevo “mundo” sino que en gran medida, junto con la circunvalación completa de Africa se constituyó “el mundo”, el “sistema-mundo (WALLERSTEIN) que modificó totalmente la cultura y la economía del Occidente en expansión.

Para asegurar y “administrar” esa expansión, nace un nuevo modelo de Estado, una nueva forma de concentración de poder que deja atrás el sistema feudal y su legalidad estamental, para ejercer “soberanía” sobre territorios más vastos, supuestamente habitados por una nación. Nace así el Estado-Nación, cuya crisis hoy percibimos pero que todavía no ha dejado de existir. Esta Estado-Nación se caracteriza por nuevas necesidades de gestión y para ello necesita también reducir la complejidad, anular la diversidad.

La “razón gestiva” será el gran instrumento de la modernidad para simplificar el mundo, elaborar categorías unitarias frente a lo diversos, abstracciones frente a fenómenos particulares y concretos inmanejables. Una nueva forma de la razón instrumental que no es sólo ni principalmente producción sino, antes que nada, administración de la diversidad hacia fines productivos concentrados. Simplificación, reducción de la diversidad, cosificación, concentración de poder, abstracción, serán otras palabras para el proyecto político de “una nación, una religión, un rey”. De este carácter abarcativo nace la fuerza de la modernidad inicial y la persistencia de muchas de sus ilusiones, que hoy vemos desmoronarse frente a una nueva etapa de la globalización que reclama también un nuevo tipo de estado moderno, aunque con las mismas técnicas de simplificación y la misma realidad de poder concentrado.

Esta primera etapa del Estado moderno consolida un *nuevo modelo de sistema judicial que es el sistema inquisitorial*. A partir de la recepción del derecho romano tardío (Corpus Iuris Civile) y del proyecto de la iglesia romana de consolidar su primacía se van incorporando a partir de siglo XII las viejas técnicas de la “cognitio extraordinem” que nunca constituyeron la esencia del funcionamiento del sistema judicial romano sino su adaptación a las necesidades imperiales. Pero será en el siglo XVI cuando se consolida el sistema inquisitorial como el nuevo modelo judicial de los Estados-Nación, administrados por la monarquía absoluta. El “malleus malleficarum” (1479) será la obra que dará sustento moral, religioso y técnico al nuevo sistema, junto con las obras de BODINO, las prácticas de SPINA y las veleidades de JACOBO I.

La incorporación del sistema inquisitorial no será la adopción de meras técnicas procesales, sino un giro copernicano respecto de las prácticas judiciales anteriores, que extienden sus efectos hasta nuestros días. El se constituirá como un sistema judicial (y un sistema de legalidad) completo, que tendrá las siguientes características:

1- frente a la diversidad de los conflictos y las antiguas formas de dirimir los pleitos entre las partes nace el *concepto de infracción*. Este concepto es capital para entender todo el desarrollo del derecho penal y procesal penal hasta nuestros días. En cada conflicto (el pleito de JUAN con PEDRO –conflicto primario-) se superpondrá otro, más fuerte y principal que es el pleito entre el infractor y el monarca, es decir, la relación de desobediencia (conflicto secundario). A partir de entonces y hasta el presente el derecho penal dirá “lo que me interesa Juan no es que le hayas pegado a PEDRO sino que *en tanto le has pegado Pedro, me has desobedecido, a mí el monarca, o al orden que he establecido, esa será la causa y la razón de tu castigo*

2- La administración de justicia se organiza a través de un cuerpo de profesionales, tanto los juzgadores como un nuevo personaje que será el Procurador del Rey, quien ocupa

(y ocupará hasta el presente) el lugar de la víctima, primero a su lado y luego desplazándola completamente. Estos cuerpos de funcionarios (que a su vez darán nacimiento a la “abogacía moderna”) serán organizados de un modo piramidal, como corresponde a la idea de la centralización del poder jurisdiccional en el monarca. Sucesivos estamentos de esa pirámide tendrá mayor poder: de todos modos el último escalón de ese modelos de organización será el menos poderoso y sus decisiones siempre provisionales, ya que por el sistema de consulta obligatoria o de medios de impugnación de sus decisiones siempre serán revisadas. Este modelo de verticalización que rompe con la idea tradicional según el cual es el juez de primera o única instancia, continuará hasta nuestros días y será una de las características más fuertes del sistema inquisitorial.

3- De la mano de lo anterior se abandonan las formas adversariales propias del derecho romano y germánico y se adapta el funcionamiento del sistema judicial a la preeminencia del *conflicto secundario, es decir, a la relación de desobediencia*. El duelo será entre el *infractor* y el *restaurador del orden (el inquisidor, representante del monarca o de su orden público)*. Este duelo se desarrollará a través de un *trámite* (sin duda desigual) cuyo objetivo no será la decisión final (la sentencia) sino *restaurar durante el trámite y gracias a él, la relación de obediencia (confesión como sumisión)*. Desde entonces se ha establecido la primacía del trámite y ese trámite como ejercicio de poder. Nuestros actuales sistemas de justicia penal conservan todavía esta característica y ello explica la persistencia del *expediente como práctica fundamental y fundacional de nuestros sistemas judiciales*. El trámite es la expresión material del conflicto secundario.

4- Se adopta la forma escrita y secreta. Ambas dimensiones son parte de lo mismo. En el proceso inquisitorial no se establece un diálogo ni un debate, sino una relación de poder orientada a obtener sumisión. De allí que el infractor (que ya está constituido como tal una vez que ingresado al sistema inquisitorial, es decir se ha admitido la denuncia, algo similar a lo que ocurre con el actual uso de la prisión preventiva) sea un objeto que debe ser transformado (cosificación, despersonalización que dura hasta nuestros días). La escritura y el secreto constituyen un nuevo *mundo judicial, autorreferente, autista respecto al entorno social, con un lenguaje propio (todavía se habla en los tribunales de un modo distinto y se usan fórmulas antiguas del español), preocupado preferentemente de sus reglas internas, de sus mandatos de adaptación, etc.* De este mundo cerrado nacerá la *cultura inquisitiva* que es la matriz básica de funcionamiento de nuestros actuales sistemas judiciales.

5- Los defensores y los juristas de las nacientes universidades se integran al sistema inquisitivo y predomina *la identidad corporativa a la diferencia de funciones*. De este modo el conjunto de abogados gira alrededor y conforma el mismo sistema inquisitivo, ya sean jueces, promotores, defensores o profesores de derecho. Este carácter abarcativo del sistema inquisitorial, sustentado originariamente por la idea de cruzada moral en la que no había otra posibilidad que estar en un bando o en otro (si el infractor es inocente Dios descubrirá su inocencia, si es culpable, su defensor es su cómplice) mutará de formas hasta el presente pero dejará la impronta de una comunidad profesional también autorreferente y con fuertes patrones de adhesión y pertenencia. Ello hace que el problema del sistema inquisitorial sea también un problema del ejercicio de la abogacía y de la enseñanza universitaria.

6- Finalmente, toda esta organización, que parece fuertemente estructurada a través de normas y prácticas escritas, de estamentos profesionales, de un lenguaje técnico, del secreto y la solemnidad, de fórmulas incommovibles es, al contrario, *extremadamente débil*, porque toda esta estructura se sostiene en un vértice de poder con capacidad de establecer

excepciones, de saltar etapas y pasos, de imperium sin fundamentación, de remover o sancionar a sus funcionarios (que son empleados del rey, del gobierno, del Estado), de perseguir a defensores y juristas, en fin, una fachada de rigidez y fortaleza que esconden una estructura *débil y sumisa*. En los sistemas inquisitoriales el concepto de independencia judicial es inaplicable porque se trata de un modelo de administración de justicia pensado y organizado sobre la base de la sumisión del funcionario.

En nuestros países se traslado esta maquinaria judicial pero con características especiales. No en cuanto a su funcionamiento u organización sino en cuanto a su adaptación al sistema fraccionado de poder de este vasto continente. Como ya hemos dicho la *legalidad inquisitorial no pudo siquiera cumplirse como tal* porque el poder concentrado no tuvo la capacidad de extender su poder del mismo modo que en la España recién “unificada”.

Nuestro sistema feudal sin legalidad feudal, convivió con una legalidad inquisitiva (totalmente contraria a la legalidad feudal) que no podía ni debía aplicarse. De allí las tensiones que a los largo de los siglos existieron entre la legalidad de los monarcas y las reglas efectivas del Estado indiano. Esto influyó en nuestro desarrollo institucional de dos modos que constituyen las dos caras de una misma moneda: una impidiendo que se desarrollara una legalidad y una práctica judicial que cumpliera una *función real* en la vida económica y social; la otra generando un espacio ficcional de proclamas y falsas obediencias (se acata pero no se cumple) que tranquilizaba a los monarcas y les permitía aprovechar lo real (las remesas de metales preciosos) sin renunciar a la legitimidad de lo formal (las leyes de indias). Cuando España decide “administrar” sus reinos bajo otras formas (las reformas de Carlos III) ya se desencadena el fin del imperio español en América. Esta doble configuración de la legislación indiana tuvo dos efectos que duran hasta el presente: uno impidió el desarrollo de algo así como una “ley de la tierra” (buena o mala, pero arraigada en la vida social creando una práctica social de gestación de legalidad). Al contrario la vida social quedó regida por la arbitrariedad y el interés inmediato. Por otra parte, generó un mundo de ficciones y fantasías de legalidad (las repúblicas aéreas en la terminología bolivariana), alimentado por un sistema judicial y una corporación profesional que lo convirtió en su mundo. La artificialidad del mundo de la legalidad se convirtió en el “mundo real” de la corporación jurídica. Tal como ocurre hasta el presente.

## II. Esperanzas y fracasos del pensamiento republicano

No sólo nada es tan lineal como ha sido expuesto, sino que la configuración histórica de los sistemas inquisitivos y el derecho penal de la infracción que le es propio fue objeto de agudas y permanentes controversias. Desde los inicios mismos del sistema inquisitorial, la obra teórica y práctica de los inquisidores fue objetada y combatida. No sólo los excesos de un BARTOLOME SPINA sino el propio MALLEUS MALLEFICARUM, encargado por el mismo Papa a los inquisidores SPRENGER y KRAMER fue considerado como una obra tendenciosa y odiosa por sus contemporáneos. En un primer momento WYER y los movimientos vinculados a ERASMO DE ROTTERDAMM consideraron esos libros y la persecución que provocaban el mejor ejemplo del interés en mantener la superstición y lucrar con ella. Mucho más certera aún fue la crítica del defensor de brujas FRANCISCO SPEE. El nombre de su obra “*Cautio criminalis*” nos anticipa un debate que recorrerá la historia hasta nuestros días y que surge no tanto de ideales como de la constatación terrible del abuso, del castigo a inocentes, de la violencia sin control y del apego a ella por parte de los déspotas y sus burócratas.

Pero esos movimientos fueron anticipación de algo mucho más abarcador e importante:

la crítica a la justicia del “Ancién régime” que llevará adelante el movimiento de la ilustración. De la defensa de CALLAS por VOLTAIRE, hasta la epítome de CARRARA, pasando por BECCARÍA, FILANGIERI, MONTESQUIEU o PAGANO nos hallamos ante uno de los mayores esfuerzos por desmontar el modelo inquisitorial y sentar las bases de una justicia penal republicana, tanto en el plano cultural como en diseño de una nueva ingeniería institucional.

Asimismo desde el Plan de Legislación Criminal de Marat hasta el Código de Baviera de Anselm v. Feurbach, asistimos al mejor intento de llevar a la práctica los principios políticos de la República en el ámbito de la justicia penal, generalmente en condiciones sociales y políticas adversas. Esta generación de pensadores que nutrió tanto al despotismo ilustrado como al republicanismo más extremo, ha sentado las bases y los grandes modelos de comprensión del problema judicial hasta nuestros días.

Sin embargo, así como la Monarquía absoluta encontró en la Inquisición a su instrumento de control y dominación, el nuevo estado moderno, de cuño bonapartista, diseñará un nuevo modelo judicial, que *recoge todas las características del sistema inquisitorial* y les da nuevos bríos (ahora será la “legislación moderna” que copiarán todos los estados europeos y latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XIX) y también lo perfecciona dotándolo también de una policía moderna y de una pretensión de exhaustividad (expresada en el concepto de la acción pública) que repotencia al derecho penal de tipo infraccional. El Código de Instrucción Criminal de 1808 restaura la inquisición pese a los esfuerzos que habían hecho los ilustrados. El predominio final de los magistrados que consideraba a la legislación francesa de 1670 como la culminación de la sabiduría jurídica terminaron por imponer sus costumbres y sus prácticas, funcionales al nuevo modelo de poder concentrado.

Es así como se consolida el derecho procesal penal de las grandes burocracias judiciales. Las aspiraciones principales del pensamiento liberal: el enjuiciamiento público, los jurados, la determinación precisa de las leyes y las penas, el discernimiento claro de las pruebas, la aplicación de la razón al juicio penal, la tajante división entre derecho y moral, el respeto al fuero íntimo, la abolición de la tortura, la imparcialidad e independencia de los jueces tardará todavía bastante en imponerse en la adopción formal de las leyes y espera todavía su tiempo ante las prácticas inquisitoriales que todavía son moneda corriente en nuestros sistemas judiciales.

La recepción de los modelos franceses por el resto de la Europa continental y, en especial, por las nuevas “naciones” Alemana e Italiana, en la segunda mitad del siglo XIX producirá textos procesales que renovarían la influencia de los modelos franceses. Además se genera un nuevo desarrollo teórico, que lentamente sacará al derecho procesal de la visión curialesca y pronto lo llevará al modelo conceptualista (del que se burlaba el mismo IHERING). Las nuevas reflexiones sobre la relación jurídica procesal (v. BÜLOW), la aplicación de las categorías de la también naciente Teoría general del Derecho, la polémica sobre la “actio” (WINDSHEID Y MÜTHER) y otros textos ya considerados clásicos, establecen los cánones del nuevo derecho procesal. Llevados a Italia por CHIOVENDA, desarrollados y ampliados por toda la escuela italiana (CALAMANDRÍA, CARNELUTTI, REDENTI, ALLORIO, MANZINI, FLORIAN y tantos otros) y pos los nuevos Códigos de 1913 y 1930, tendrán una gran influencia en toda América Latina de la mano de COUTURE, ALCALÁ ZAMORA, ALSINA, SENTÍS MELENDO, VELEZMARICONDE y toda una generación de procesalistas que se forma con ellos. Sin embargo, poco se advierte que todo ese aparato conceptual era una teorización sobre el sistema inquisitivo: que los supuestos conceptos abstractos se habían construido sobre la base de un modelo determinado de proceso penal y que éste había

impuesto sus categorías diferenciales: el trámite por sobre el litigio, el trámite por sobre la decisión de fondo, la supuesta “neutralidad” de las formas procesales, la omnipotencia del juez que convirtió a los sujetos procesales en “auxiliares de la justicia”, la burocratización de las formas, de las notificaciones, de las citaciones, el casuismo convertido ahora en feracidad clasificatoria, la ausencia de una reflexión política que escondía una alta funcionalidad política; en fin, así como las viejas doctrinas morales y religiosas ocultaban las verdaderas funciones de la inquisición, el nuevo derecho procesal y sus teorías generales nos mostraban un sistema judicial muy diferente del que existía en la práctica y nos ocultaba sus verdaderas funciones en el marco de la debilidad de la República.

Cuando observamos este proceso en el terreno de nuestros países, más titánicos son los esfuerzos por construir una justicia republicana (todavía esta pendiente una investigación que rescate todos los textos sobre la administración de justicia producidos en la primera mitad del siglo XIX y los analice en perspectiva regional) y más estrepitosos los fracasos. Lo que es claro es que la generación republicana de América, al igual que los ilustrados, tenía claro el papel de una reforma total de la administración de justicia, que dejara atrás para siempre las prácticas inquisitoriales. Tenía claro, también, que esa tarea no era sólo una tarea “jurídica” sino que era una de las mayores contribuciones a la fundación de repúblicas, objetivos tan caro, sino más, que la propia independencia. Pero todos los intentos, desde los radicales como los “Códigos Livignston” de Guatemala, hasta los menos agresivos como los “Códigos de Procederes” del Mariscal de Santa Cruz en la Federación Boliviano-Peruano, pasando por innumerables intentos en las leyes, en los reglamentos y en las nuevas Constituciones, fueron derrotados por la práctica cotidiana de la abogacía, por la fuerza tremenda de las rutinas y los trámites, por la visión curialesca (de la cual la Curia Filípica de Hevia Bolaños, usado durante mucho tiempo y similar en su forma a muchos de los actuales manuales y guías prácticas de derecho procesal) o por un pensamiento jurídico que pensaba que la dogmática jurídica poco tenía que ver con el funcionamiento concreto de los sistemas judiciales.

Todo el siglo XX nos encuentra, entonces, con el sistema inquisitorial vivo y potente, aunque revestido de distintos ropajes:

a- Algunos países conservaban directamente el viejo modelo español totalmente escrito, secreto, con pruebas legales, con identidad entre acusador y juzgador. En definitiva el viejo modelo de la “*Constitutio Criminalis Carolingia*” o la Ordenanza Francesa de 1670 (Argentina en su sistema federal y en algunos de sus Estados, Chile, Paraguay, Venezuela, Uruguay, Nicaragua-con algunas variantes-, Honduras, Guatemala.). En ellos la identificación entre las prácticas inquisitoriales y el diseño formal era total.

b- Otros países fueron adoptando progresivamente durante el siglo XX las formas del Código de Instrucción Criminal Francés, ya sea directamente o por la influencia Italiana mayormente. No obstante estos sistemas se hallaban muy distorsionados en sus prácticas y de hecho funcionaban casi como sistemas escritos (Bolivia, Ecuador, Perú, Brasil, El Salvador, con adaptaciones más antiguas directamente del texto francés República Dominicana y Haití).

c- Otros países, fueron adoptando o mantuvieron dentro del sistema mixto francés un desarrollo del juicio oral más cuidado, sin perjuicio de la fuerte influencia de la instrucción escrita (Córdoba y otros Estados argentinos, Cuba –con la ley de enjuiciamiento española de finales del siglo XIX), Costa Rica.

d- Finalmente otros países generaron sistemas más complejos, con componentes formales

del sistema acusatorio, pero con prácticas inquisitoriales y escritas muy claras. En estos países es notoria la fuerte influencia del Ministerio Público que asume el papel que en otros países asumía el juez de instrucción. Pero en los hechos el funcionamiento se acerca en mucho al de los sistemas escritos, con algunos matices (Panamá, Colombia, México).

Con un ropaje u otro, el siglo XX no sirvió para que América Latina dejara atrás el modelo inquisitorial. Sólo hacia el final del siglo, desde mediados de los años ochenta y con mayor fuerza en la última década, se renovó la preocupación republicana por la administración de justicia. Esta vez, ligada además, a la necesidad imperiosa de construir sistemas democráticos efectivos y no meras fachadas o democracias fraudulentas. Venezuela, Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala, El Salvador lograron finalmente remover las estructuras formales del antiguo sistema procesal y hoy se debaten, con mayor o menor éxito, en el intento de poner en funcionamiento sus nuevos modelos sin caer en las viejas prácticas inquisitoriales que una vez más demuestran su fuerza. Sería un nuevo fracaso volver a construir un ropaje “moderno” para el viejo sistema inquisitorial. Esa es la pelea que en esos países se está dando en estos momentos y se materializa en reformas y contrarreformas, en ajustes y retrocesos, en una situación dinámica cuyo resultado todavía no se puede prever, pero apela a seguir trabajando fuertemente en cada uno de ellos.

Allí, la reforma del sistema inquisitorial está en marcha y el modelo de una justicia republicana pelea, nuevamente en circunstancias sociales y políticas adversas, por no quedar atrapado por las prácticas de los anteriores sistemas.

En otros países ha comenzado con fuerza el debate y la preparación de ese cambio: Brasil, México, Panamá, Colombia –pese a su dramática situación de violencia- o Perú, quien debe retomar el camino que inició en la década del noventa del siglo pasado y que el autoritarismo del régimen imperante y la manipulación del Poder Judicial dejaron en suspenso. En estos países es imperioso aprender de la experiencia de los otros y asumir como inevitable el costo de la transformación. Nadie cambiará cinco siglos de sistema inquisitorial sin una gran batalla y una época de traumas. Lo contrario es mera ilusión o excusa conservadora. Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neurálgicos y el sostenimiento del proyecto de transformación en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo.

Lo que debe quedar en claro de esta pequeña y simplificada historia, cuyo objetivo es mostrarnos como el espacio de los judiciales se configura históricamente, es que el siglo XX no ha sido exitoso en remover la justicia del “Ancién Régime” y solo consiguió cambiar de ropajes a las mismas y viejas prácticas de la inquisición o a lo sumo desencadenar en sus postrimerías el proceso de cambio.

Para América Latina dejar atrás definitivamente el modelo inquisitorial y sus servicios al poder concentrado será una tarea del siglo XXI.

### III. Estrategias de cambio en el campo de la justicia penal

Cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro. Esto es así, pero con ello estamos diciendo muy poco. Y sobre todo nada estamos diciendo sobre que significa cambiar la justicia penal. Lo primero que debemos tener en cuenta es que no es posible hacer evolucionar el sistema inquisitivo hacia formas adversariales. Las instituciones

centrales del modelo inquisitorial son contrarias al sistema republicano de administración de justicia.

Esto no significa, por supuesto, que la justicia penal como un conjunto de instituciones, discursos, prácticas, etc., no pueda ir cambiando de un modo de funcionamiento hacia el otro, pero esto es posible, solo si se introducen nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo de funcionamiento inquisitorial.

Para comprender mejor este punto nos es útil mirar la justicia penal con una visión holística o de sistemas, como conjunto de interrelaciones entre personas e instituciones que configuran un específico campo de actuación social. Ese campo –como cualquier otro campo social nos dirá BOURDIEU- se define por lo que “está en juego”. En la justicia penal en particular lo que está en juego es el cómo, el para qué y el hacia quien de la violencia del Estado. El sistema penal es expresión de la política criminal del Estado y ella es la política pública que administra los recursos violentos estatales, en especial y primordialmente, la cárcel, cuyo carácter violento nadie puede negar. Tampoco debemos olvidar que la violencia que despliega el Estado y el modo como lo hace forman parte del total del nivel de violencia y de abuso de poder de una determinada sociedad en un momento dado. Podrá cambiar el sentido de la violencia, pero no su carácter y el abuso de poder es más grave aún cuando proviene del Estado.

La justicia penal configura un campo de interrelaciones y por lo tanto de actividad de actores. Actores personales e institucionales. De todos modos, actores institucionalizados aunque a veces fuertes características personales tengan una influencia determinante (el espacio de lo judicial no ha estado exento de los caudillismos que han florecido a lo largo de la historia de nuestra América). Estos actores serán más fuertes y más débiles y asumirán posiciones respecto del juego general que se desarrolla en ese campo y sus reglas. Su debilidad y su fortaleza se puede medir usando el término de capital, asumiendo que se trata en definitiva de un capital cultural o simbólico. Como ya hemos dicho el campo de la justicia penal se configura históricamente, esto significa que los actores, su capital, las reglas que usan en su interacción, el “sentido general del juego” y muchas de las alianzas entre esos actores ya están predeterminadas por la tradición. Por eso forma una estructura, un determinado patrón de funcionamiento que podemos aislar y analizar.

Ahora bien, esa estructura –en nuestro caso el modo inquisitivo de funcionamiento, con independencia de sus ropajes- si bien condiciona de un modo muy fuerte a los actores no los determina de un modo absoluto, porque si fuera así nada podríamos hacer dentro del campo de la justicia penal y solo un factor externo podría generar cambios (por ejemplo, un cambio en las necesidades del poder concentrado o su desaparición o una modificación central en cualquiera de las características del poder administrador, por ejemplo su fragmentación). De hecho se sostiene a veces que mientras no existan cambios en el modo de ejercicio “externo” al campo judicial, poco se logrará dentro de ese campo. No comparto esta perspectiva, aunque se debe asumir que la estructuración histórica del campo de la justicia penal ha sido condicionada fuertemente por las características y modalidades del ejercicio del poder “externo” a ella y que sin ciertos cambios que se han dado en ese poder en los últimos tiempos (democratización) poco podríamos hacer en el sistema de justicia penal. Pero la estructura no se “impone” totalmente a los actores, así como ella no es el resultado de algo distinto a la “práctica” de los mismos actores. Se trata de un patrón de interacción y por lo tanto de acción humana o acción institucional, fuertemente condicionada pero no determinada en absoluto.

Lo que llamamos “tradición inquisitorial” es el conjunto de factores que condicionan

fuertemente la actuación de esos actores. Estos factores son tanto prácticas internas como externas que finalmente constituyen la estructura del campo como la subjetividad de los actores, en una relación que no se puede explicar bajo la lógica de lo interno o la externo, lo objetivo y lo subjetivo. No es un problema de un escenario ya estructurado donde los actores actúan con cierta “mentalidad”, sino de una imbricación mucho más compleja de prácticas, unidad inescindible de “objetividades” y “subjetividades”.

La tradición inquisitorial impone reglas de juego, asignaciones de capital (y poder) entre los actores, alianzas y estrategias entre ellos y finalmente define lo que estará en juego, es decir, la violencia del estado, tanto en su intensidad (vgr. el estado de la cárcel o la impunidad), en sus destinatarios (la criminalidad común o ciertas clases sociales) y en sus formas (la aplicación directa, es decir, mediante acciones policiales o prisión preventiva). Pero, insisto, esta determinación no es absoluta y existe la posibilidad de introducir “prácticas nuevas” poco funciones a la estructura inquisitorial y a las necesidades del “poder externo”. Pero de todos modos, quien quiera introducir prácticas nuevas deberá tomar en cuenta la estructura que sostiene la “tradición inquisitorial”.

Veamos lo mismo con un ejemplo. El “expediente judicial” el “sumario” la “causa” -o como se lo llame en los distintos países- es un conjunto de prácticas provenientes de la “tradición inquisitorial” que conforman toda una estructura de funcionamiento. Este “expediente” (que para legitimarlo algunos llaman “juicio” cuando es todo lo contrario a un juicio) es tanto una realidad objetiva como una realidad subjetiva. Más precisamente, es un modo de interacción entre actores que se objetiviza, pero que es producción de la subjetividad de esos actores. Estas dos dimensiones son inescindibles, el expediente esta tanto en el mundo exterior, por así decirlo, como en el espíritu de quien lo fabrican día a día, por rutina, convicción o sin clara conciencia de que lo están haciendo. La fuerza estructurante de la tradición se manifiesta en el carácter sacramental de ese “expediente”, que reclama ser custodiado, cosido, foliado, etc. como si fuera un objeto de culto y las fallas en su mantenimiento (la falta de firmas, su pérdida, errores en la foliatura, etc.) se consideran faltas graves del funcionamiento de la justicia penal.

Si analizamos con mayor detalle el “tipo de interacción entre prácticas” que se objetiviza en el expediente, podremos observar que normalmente el ejercicio directo de la violencia queda apenas registrado o fundamentado, que existen muchas actividades repetitivas de fórmulas, que el mantenimiento de la secuencia o el trámite se impone a cualquier otra consideración, que los involucrados en el drama real son convertidos en “actas” y desaparecen como personas de carne y hueso, que no existen discusiones, sino innumerables peticiones a la “autoridad”, También podremos observar la posición de los actores. Por ejemplo, la policía tiene poca aparición pero está vinculada a las actuaciones relevantes y en particular a las que fundan la prisión, quien “instruye”, sea el juez de instrucción o el fiscal, actúan sin control y poco o nada controlan a la policía, quienes deben juzgar esta condicionados totalmente por quienes han instruido, cuando no son los mismo, etc. Tras la “rutina” del expediente fácilmente se descubre la autonomía de la actividad policial, la falta de control de los fiscales o los jueces sobre ella, que muchas veces se encubre tras la “sobrecarga de tareas” producto de realizar actividades artificiales o de mucha menor importancia, la inexistencia del juzgamiento imparcial y público. La ausencia de estas prácticas marcan alianzas –también fuertemente estructuradas por la configuración histórica y por ello poco conscientes- entre la policía, los fiscales y los jueces.

Cambiar la justicia penal no es cambiar un Código procesal por otro. Entonces ¿qué es? Se trata de introducir en el campo de la justicia penal, algunas nuevas prácticas reactivas

a la tradicional inquisitorial, francamente contrarias a ella, que puedan debilitar la actual estructura de ese campo, debilitando también así los condicionantes que pesan sobre los actores, que afecten las tradicionales alianzas existentes, modifiquen el capital simbólico de alguno de esos actores, generen un nuevo “sentido del juego” aunque no se imponga todavía y provoquen algunas alteraciones efectivas en lo que “esta en juego”.

Vemos pues, que cambiar la justicia penal no es –ni podría ser en términos realistas pasar del estado A (modelo inquisitorial) al estado B (modelo adversarial). Esa será la forma de expresar finalidades u objetivos pero no es así como se desarrollan los cambios en las institucionales sociales.

Si uno analiza bajo esta perspectiva el estado de la reforma de la justicia penal en América Latina podrá ver que en cada uno de los países se ha logrado avanzar con esta estrategia. En algunos, las nuevas prácticas se van afianzando y mueven a otras; en otros países las nuevas prácticas están siendo ahogadas por las viejas de cuño inquisitorial; en otros todavía nada está claro. Este conjunto de problemas, es decir, como intervenir en este “duelo de prácticas” que se produce cuando la reforma de la justicia penal es exitosa, es algo que todavía está bajo estudio y constituye una “segunda etapa de la reforma de la justicia penal en la región”.

Desde esta perspectiva estratégica –no siempre advertida desde perspectiva sociologicistas que en el fondo adhieren a una especie de evolución natural de las interacciones sociales o a visiones moralistas que presuponen que sólo se trata de cambiar la mentalidad de los operadores- se comprende mejor la función de los cambios de legislación y la necesidad de que ellos sean radicales. En la actual configuración de la justicia penal, la legislación cumple un papel relevante, no tanto por su fuerza imperativa –son raros, si es que existe alguno, los sistemas judiciales que se rijan efectivamente por lo que dicen los Códigos procesales y la legislación orgánica- sino, al contrario, por su debilidad.

El conjunto de práctica de los sistemas judiciales esta conformada por la tradición y los códigos procesales son débiles (han perdido fuerza normativa), avalan o encubren este funcionamiento. Es decir, son funcionales a la tradición inquisitorial que es la que contiene el verdadero sistema normativo. De allí la importancia de cambios legislativos (procesales, orgánicos, etc) que dejen de ser funcionales a esa estructura. Estos cambios legislativos integrales han demostrado tener la capacidad de instalar algunas de esas prácticas (por ejemplo las audiencias orales, entre otras) que luego serán las palancas y las poleas de la nueva configuración del campo de la justicia. Esa es la función de los cambios legislativos. Por lo tanto, cambiar la justicia penal no es cambiar un código por otro, pero es imposible cambiar la justicia penal sino se modifica integralmente la legislación que es funcional a la tradición inquisitorial.

Esta misma visión estratégica es la que ha llevado a tomar conciencia de que las nuevas legislaciones deben estar acompañadas de múltiples acciones concurrentes. Todavía no se ha logrado establecer una ajustada articulación entre el conjunto de dimensiones que deben conformar una misma estrategia. Por ejemplo, la capacitación no ha estado orientada a fortalecer las prácticas más relevantes y se ha quedado mayoritariamente en un conocimiento meramente intelectual de los nuevos contenidos normativos o de las exigencias constitucionales para el proceso penal (conocimiento claro esta que es necesario, pero que en la estrategia de cambio de poco sirve sino esta acompañado de la adquisición de los conocimientos necesarios para desarrollar la práctica relevante que se ha querido introducir). O todavía no se ha logrado articular los cambios administrativos, en especial aquellos que deben dar soporte a las prácticas que serán inmediatamente

atacadas por la tradición inquisitorial (por ejemplo, el soporte administrativo a la realización de los juicios y las audiencias orales). Todos estas dimensiones deben ser todavía ajustadas y es muy conveniente que aquellos países que deben encarar ahora sus procesos de cambio, estudien la experiencia de los otros para avanzar en el afinamiento de estas estrategias.

En definitiva, no es tan simple cambiar la justicia penal. No se puede realizar sin una elaborada estrategia de cambio, que surja de una visión más compleja del problema del campo de la justicia penal. Esto debe servir tanto para regular las expectativas (que nunca podrán ser de corto plazo si se quiere realizar cambios verdaderamente profundos) como para entender los avances y retrocesos de los procesos de reforma, que no siempre son señal de fracaso. Esta visión ha sido un giro muy importante en la tradicional visión republicana que pretendía imponer los cambios por la fuerza misma de los ideales, por el valor de la razón de ellos o por la honestidad y moralidad de sus líderes.

Cambiar el funcionamiento de la justicia penal implica cambiar interacciones de poder y ello, nos guste o no nos guste, tiene su lógica, sus tiempos, sus formas y sus batallas.

#### IV. Los temas ineludibles. Las prácticas imprescindibles

En base a lo analizado en el punto anterior, podemos seleccionar prácticas ineludibles que se deben introducir en el funcionamiento de la justicia penal si se quiere sustentar con fuerza una estrategia como la señalada y no sucumbir rápidamente a la tradicional inquisitorial.

Por supuesto estos no son todos los temas de una reforma de la justicia penal, pero ellos son, en mi opinión, los que se deben introducir en una primera etapa de esa reforma.

Estos temas, que nutren prácticas concretas, son los siguientes, sin que el orden implique necesariamente mayor importancia, ya que la importancia de cada uno de ellos respecto a los otros dependerá de la particular estrategia de cambio:

##### 1. *El enjuiciamiento oral y público*

Como es ya común sostener en la literatura procesal, ningún sistema procesal lleva todos sus casos al juicio oral y público. Pero este no es el problema. La cuestión es que mientras un sistema procesal no establezca ese método de juzgamiento y asegure, más allá de las distintas alternativas, que un imputado podrá siempre asegurarse que será juzgado de tal manera antes de que se le imponga una condena, no podemos *ni siquiera considerar a ese sistema procesal como admisible según las normas elementales de una justicia fundada en las garantías judiciales y el diseño republicano del juicio penal.*

Y en este principio no hay ambigüedad posible. Las doctrinas procesales podrán inventar conceptos, etapas y particularidades “nacionales”. La jurisprudencia podrá mirar para otro lado y destacar aspectos insustanciales, la enseñanza universitaria ni siquiera hablar de estos problemas y los abogados adaptarse dócilmente a la falta de litigio. Pero nada de esto. Pero nada de esto trastocará esta verdad simple y elemental: sin juicio oral y público no hay un sistema de justicia penal republicano, de base constitucional y fundado en los Pactos internacionales de Derechos Humanos. Sin establecer el juicio oral y público no se puede comenzar siquiera a hablar de cómo dejar atrás la tradición inquisitorial.

Pero como ya hemos señalado los sistemas inquisitivos se vistieron de muchos ropajes durante el siglo XIX y XX. Así aparecieron “falsas oralidades” firmemente sostenidas

por doctrinas confusas o la molición intelectual de las visiones curialescas. También en esto debemos ser extremadamente claros: el enjuiciamiento oral y público tiene una estructura simple y concreta: jueces imparciales (no jueces que hayan leído el caso con anterioridad en el “expediente”) que atienden el litigio con intermediación y de un modo concentrado (no separado en decenas de audiencias que fraccionan la producción de la prueba o la escriturizan mediante incorporaciones “por lectura” del expediente; acusadores (fiscales o privados) que han preparado el caso y pueden presentar la prueba de cargo en ese juicio, tomando sobre sí el deber de probar (y no el juego de presunciones encubiertas), imputados que han tenido tiempo de preparar su defensa, cuentan con adecuado asesoramiento técnico y respecto de los cuales se presume su inocencia y son tratados como tales hasta que se pruebe lo contrario. Todo esto realizado mediante una dinámica de litigio sencilla (presentación del caso, producción de la prueba, interrogatorios directos, conclusiones, etc.) luego de la cual los jueces deliberan y dictan sentencia de inmediato. Todo esto realizado públicamente. Nadie puede ser condenado sin un juicio previo y según la experiencia histórica, el sentido común y el saber popular lo que hemos señalado es un juicio y no otra cosa, por más explicaciones alambicadas que pretendamos realizar los abogados.

El juicio oral y público por más que se desarrolle en un porcentaje menor de casos constituye el eje de la estructuración política y técnica del proceso penal (esto es lo que llamamos “centralidad” del juicio) y extiende sus efectos hacia todas las instituciones procesales y judiciales. La necesidad e importancia de estas ideas, sabidas desde hace tiempo (claras en pensadores como FRANCESCO CARRARA), han vuelto a aparecer en el centro de la escena en las últimas investigaciones realizadas en el marco del seguimiento de los procesos de reforma, donde es posible observar como los sistemas judiciales que han incorporado recientemente el juicio oral y público tienden a descuidarlo o el es rápidamente atacado por la tradición inquisitorial, con graves consecuencias para todo el proceso de cambio. Por eso debemos tener claro que reformar la justicia penal, antes que nada, es incorporar de un modo claro y sin ambigüedades el juicio oral y público, hacer todo lo posible para que su realización no sea afectada por deficiencias administrativas, monitorear su evolución y sostenerlo políticamente para que extienda sus efectos sobre las demás prácticas y hábitos de los operadores judiciales.

## *2. Las audiencias y la oralización de los recursos*

La preparación del juicio requiere acciones preparatorias que generan litigios sobre aspectos incidentales. Por otra parte, la incorporación de salidas alternativas, fórmulas resarcitorias, prácticas de conciliación, etc, también aumenta la cantidad y la calidad de los litigios que se deben resolver previamente a la realización del juicio oral y público o como alternativa a él en la solución del caso. Por otra parte, mientras la etapa preparatoria del juicio se mantenga bajo la forma y la lógica de la “instrucción y del expediente” el mismo juicio oral y público estará en serios peligros, como lo ha demostrado la experiencia de los llamados “sistemas mixtos”. Por tal razón, la utilización de audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de las mejores formas de introducir una práctica masiva totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficiencia del proceso penal mismo.

Esta forma de organizar el litigio, por otra parte, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatorio, alejándola del paradigma del juez instructor y llevándola hacia sus verdaderas tareas de control y resolución, sin comprometerse en la investigación del caso.

Hoy por hoy, la adopción sin ambigüedades del juicio oral y público y la utilización masiva de la oralidad y publicidad en la audiencias preliminares (iniciales, incidentales, conciliatorias, de control general, de control de la acusación, etc.) así como también la oralización y la incorporación del litigio en el trámite del recurso (y no el sacramental “informe in voce”) aparecen como las nuevas prácticas con mayor capacidad de abrir brechas en la cerrada tradición inquisitorial.

### *3. Las formulas de reparación y conciliación*

El poder penal del Estado, esto es, el uso por parte del Estado de instrumentos en la gestión de la conflictividad, es una herramienta de excepción. Ello constituye el programa de mínima intervención que recoge la idea misma del Estado de Derecho y el propio sentido común ya que no se puede construir una sociedad no violenta, abusando de la misma violencia, por más (o con mayor razón) que ella provenga de la instituciones estatales.

La introducción de la lógica reparadora dentro del conjunto de respuestas disponibles en la justicia penal y, más aún, la creación en ella de ámbitos de conciliación genera nuevas prácticas de gran utilidad para combatir la tradición inquisitorial. En primer lugar, desplaza al trámite por la construcción de un resultado. Nuestras instituciones judiciales no le prestan atención al resultado de su accionar porque les alcanza con cumplir con las rutinas y las fórmulas. Esta liturgia interna, propia de los sistemas inquisitivos, es una de las mayores razones del desaliento social. Por ello, el que aparezca una actividad orientada a solucionar el conflicto adquiere tanta importancia. Por otra parte, la reparación y más aún la conciliación hace aparecer a los sujetos naturales del conflicto y por ese, frente a la despersonalización de los trámites, las actas y los formularios introduce a las personas de carne y hueso y sus problemas tangibles y variados. La conciliación introduce un saludable principio de humanidad en la justicia penal. En tercer lugar, la reparación y también la conciliación requieren manifestaciones especiales del litigio y frente a sistemas “sin litigio”, varias las formas, las intensidades y las calidades de los litigios que debe resolver el juez, ayuda a consolidar la idea central de que ese poder jurisdiccional es siempre respuesta a un litigio. Finalmente, frente a sistemas judiciales sobrecargados endémicamente y en los cuales la cantidad de casos sin respuesta es abrumadora, la introducción de estas respuestas, una de las respuestas de mayor calidad del sistema, produce grandes efectos en términos de servicios a las personas, confianza y legitimidad del poder judicial, además de colaborar con el control de la sobrecarga de trabajo, lo que libera energía para otras tareas que no pueden ser afrontadas de este modo. Prácticamente podemos decir que un programa de reforma de la justicia penal que no incorpore un amplio programa de reparación y conciliación está renunciando a una de las grandes herramientas del cambio.

Las clasificaciones y el conceptualismo (tipos de acciones, tipos de actores, relaciones de la acción civil y la penal, etc.) provenientes en general de la tradición inquisitorial propia de los sistemas “mixtos” dificultan hoy la construcción de un conjunto de respuestas diversificadas y más ajustadas a las necesidades de la gente.

### *4. Las querellas particulares y sociales.*

En el marco del derecho penal de tipo infraccional, donde prima la relación obediencia-desobediencia, que se expresa, entre otras manifestaciones, en el monopolio de la acción por parte del Ministerio Público (acción pública) se desplaza, como hemos visto, a uno de los sujetos naturales del proceso (la víctima) y se presupone que toda

gestión de lo público debe ser una gestión estatal (principio, en definitiva, de raíz totalitaria).

Por eso, frente a sistemas judiciales que se han configurada desde la acción público y supuestos intereses generales de tipo abstracto, una fuerte incorporación de la víctima y la adopción de la idea de gestión social de bienes públicos, abre nuevas perspectivas, totalmente contradictorias con la tradición inquisitorial, como ya había señalado CARRARA con maestría.

Por otra parte, estas incorporaciones aprovechan nuevos y más amplios recursos dispuestas a sumar sus esfuerzos en revertir el fenómeno de la impunidad estructural.

Como se ha demostrado ya en innumerables ocasiones han sido personas, grupos de personas u organizaciones no estatales, quien han empujado con mayor éxito al Estado a ser más eficiente en la persecución penal, en especial de graves delitos que comprometen a los mismos funcionarios públicos (violaciones a los derechos humanos, corrupción, abuso de poder, etc.) como en los casos de criminalidad no convencional protegida por redes de impunidad o cometida por sectores poderosos de la sociedad. Se trata, también, de otra forma de introducir la idea de una “actuación orientada al resultado”, contraria a la preeminencia del trámite y el “movimiento insustancial de las causas” propios de la tradición inquisitorial.

##### *5. El control del tiempo*

Otra de las prácticas que necesita ser combatida de un modo muy concreto es aquélla según la cual la administración de justicia penal no cumple con los plazos impuestos por la ley y carece de todo tipo de control del tiempo. Si bien la literatura procesal va a repetir de un modo superficial que en el proceso penal los plazos son perentorios, lo cierto es que en la actuación cotidiana de los tribunales, el incumplimiento de todos os plazos no produce consecuencias o por lo menos no produce consecuencias graves. Incluso los plazos previstos para resguardar la libertad (plazos de detención o de prisión preventiva) suelen ser incumplidos sin mayor crisis. Frente a esta vieja práctica de cuño inquisitorial es necesario incorporar nuevos y claros mecanismos de control del tiempo, ya sea restaurando la idea de perentoriedad, introduciendo formas de caducidad, incluso aplicable a los funcionarios públicos y extrayendo consecuencias del silencio del poder judicial, como ya hoy se hace respecto de la falta de respuesta en otras áreas contenciosas, en especial en el campo administrativo.

Un fuerte introducción de la variable temporal en el desarrollo del proceso produce un efecto importante en la *disciplina del litigio*, evitando el litigio indirecto, el litigio sobre las formas, el abuso de los planteos de nulidad y empujando al sistema a la discusión de fondo. Recordemos que dadas las bases expiacionistas de los sistemas inquisitoriales históricos, esas funciones de expiación se expresan mejor en el trámite que en la decisión de fondo. Para la inquisición que buscaba el arrepentimiento, la sentencia siempre fue un fracaso. Esta vieja concepción hoy sobrevive oculta en nuevas y complejas prácticas de postergación permanente de las decisiones de fondo y en la idea general de que *el verdadero ejercicio de poder está en el trámite y no en la sentencia*. Para que ello ocurra se requiere un tiempo elástico, al servicio de esas finalidades. Al volver estricto y más rígido el control temporal, se afectan prácticas centrales de la tradición inquisitorial.

##### *6. Las salidas alternativas de baja punición*

Por otra parte, si se pretende revertir la tendencia del sistema a no prestar atención a sus condiciones de eficacia (oculta por su obsesiva preocupación por el trámite) y, al mismo tiempo, se quiere aumentar la cantidad y la calidad de las respuestas de la justicia penal a las peticiones de las víctimas, es indispensable introducir una batería de salidas que impliquen una baja intensidad del castigo, pero una fuerte señal de falta de impunidad.

Los distintos mecanismos que se pueden utilizar para este fin, que van desde los mecanismos de suspensión del proceso a prueba y la imposición de ciertas reglas de conducta, hasta la realización de juicios muy simplificados o la renuncia al juicio mediante un acuerdo sobre el hecho, la responsabilidad y la pena, aumentan la capacidad del sistema de justicia para brindar esas respuestas y se enfrentan a la tradición inquisitorial que utiliza instrumentos toscos e intensos de castigo y tiene poca flexibilidad para enfrentarse a la variedad de caso que impone la vida. Carece de importancia discutir si estas salidas deben existir en la legislación penal o procesal. Normalmente se construye una verdadera política de diversificación de salidas utilizando las posibilidades de ambas legislaciones. Lo importante es que frente al modelo de un sistema procesal con uno (la cárcel) o pocos instrumentos es necesario construir otro que ponga en manos del juez la mayor variedad posible de instrumentos de intervención en el conflicto, todos ellos de menor intensidad violenta que la pena.

#### *7. Las medidas administrativas necesarias para la organización del juicio*

La importancia del juicio oral y de las audiencias preliminares como la principal *contrapráctica* frente a la tradición inquisitorial no puede quedar debilitada por la falta de una organización que resuelva los problemas de concentración de recursos humanos y materiales en una fecha y espacio determinado con precisión. Hemos podido comprobar que una de las dimensiones que más debilita al juicio oral, con grave perjuicio para la totalidad de los cambios proyectados consiste en las continuas suspensiones que se provocan por errores o molocios en la preparación del juicio. Ello incluso cuando las normas procesales establecen un tiempo suficiente para la adecuada organización del debate.

Testigos cuya citación no ha sido monitoreada con cuidado, objetos que no son asegurados en custodia y preservación para evitar su contaminación, imputados, que aún estando detenidos, no son llevados a la comparencia en el juicio oral, fiscales, defensores o jueces que llegan tarde a las audiencias, provocando congestión en el trabajo de los demás, etc., son sólo algunas de las prácticas que hay que revertir para evitar la debilidad del juicio oral. Se debe tener claro que estos defectos de organización o administrativos, que parecen menores o no se les asigna el carácter de “problemas procesales” son, precisamente, uno de los principales ataques que se realizan desde la tradición inquisitorial al juicio oral y mucho más aún a las audiencias preliminares, que son las que impiden que se restaure la lógica inquisitorial en la vieja etapa de instrucción.

La creación de un adecuado sistema de administración, específicamente orientado a la realización del juicio oral es un tema ineludible para sostener esta principal estructura dentro de los sistemas procesales. Mucho más aún en los primeros años del cambio, donde no se puede esperar que se supla con “sentido común” muchos de los problemas que genera una inadecuada administración de los recursos para el juicio oral. Al contrario las lagunas y problemas que genera esta dimensión administrativa son llenadas por las viejas prácticas inquisitoriales o utilizadas para demostrar, siempre con una premura inusitada, que el juicio oral “no funciona”.

## *8. La flexibilización de la organización judicial*

La estructura vertical y jerarquizada de organización judicial, tal como hemos visto, es una de las características principales del sistema inquisitorial. Tan es así, que es uno de sus atributos definitorios, tanto como el carácter escrito y secreto o la falta de defensa y la búsqueda de la confesión. La idea central de este modelo verticalizado, que confunde las distintas funciones jurisdiccionales (control de la investigación, juzgamiento, control de la sentencia, etc) con un esquema de jerarquías, es una de los resabios más fuertes y sólidos del modelo inquisitorial y uno de los mayores reservorios de cultura inquisitiva.

Por otra parte, la vieja función de este diseño (recordemos que se trata de un diseño de una “casualidad histórica”) al servicio de la debilidad de la judicatura, de la concentración del poder en las cúpulas judiciales (luego vinculadas a las cúpulas políticas), de las afectaciones “internas” a la independencia judicial, del carácter “provisional” de la sentencias y el aumento de la arbitrariedad judicial y el decisionismo sigue tan vigente como antes. Poco se ha podido avanzar en América Latina en este campo y sin duda ello es muestra de que se trata de uno de los puntos fuertes de la tradición inquisitorial.

Cuando hablamos de flexibilización de la organización judicial nos estamos refiriendo a la ruptura de la idea de jerarquía (el Poder judicial no existen jueces inferiores y superiores) a la separación tajante entre la estructura de gobierno y las competencias judiciales (lo no significa necesariamente adoptar un determinado modelo del “Consejo de la Magistratura o Judicatura” sino más bien adoptar nuevas formas de democratización del Poder Judicial, la polifuncionalidad de los jueces (que no tienen que estar atados permanentemente al mismo tipo de actividad jurisdiccional), la existencia de múltiples formas de integración de los tribunales, etc. Abandonar el modelo rígido y la estructura verticalizada y desencadenar procesos internos de democratización de la organización judicial introduce nuevas prácticas políticas genuinas al interior y al exterior del poder judicial. Un sistema de administración de justicia que no desarrolla sus genuinas prácticas políticas seguramente quedará atado a las prácticas políticas espúreas y tradicionales (clientelismo, “cuoteos”, sumisión”, control interno arbitrario, “familias judiciales” etc.).

## *9. La defensa pública*

Tampoco se puede combatir la tradición inquisitorial sino se ataca otra de sus características centrales que es la falta de defensa del imputado y la búsqueda de la confesión.

Si, además, dada las condiciones actuales de selectividad del sistema penal (selectividad a la que contribuye en gran medida el propio modelo de la justicia penal) la gran mayoría de los imputados son pobres y carecen de la posibilidad real de nombrar un defensor privado, la creación de nuevos sistemas de defensas públicas, renovados en su organización, con capacidad de integrar los otros recursos sociales (sistemas mixtos), no burocratizados, pensados desde la idea de lealtad y servicio al cliente y no sobre la de lealtad al sistema y a la carrera judicial, aparece como una herramienta esencial a la hora de introducir nuevas prácticas.

Por otra parte, la estructura adversarial significa la primacía del litigio por sobre el trámite y el litigio presupone la “igualdad de armas” entre los contendientes. Esta igualdad de armas no sólo tiene un valor en sí misma sino que ella es condición para que la imparcialidad deje de ser una mera fórmula, muchas veces confundida con virtudes morales abstracta y no con una posición concreta frente al caso también concreto.

Organizar la defensa pública sobre nuevos criterios pensados desde sus funciones específicas y no como un reflejo de la organización judicial aparece como una de las medidas necesarias para reforzar la idea de litigio, que está en la base de los juicios y las audiencias orales.

#### *10. Una nueva organización de fiscales*

Al similar ocurre con la organización del Ministerio Público Fiscal. No sólo es necesario revisar el papel del fiscal para que deje de ocupar el viejo lugar del Procurador del rey y se convierta en un *verdadero abogado de las víctimas*. Pero esta nueva función, que nutre toda una familia de nuevas prácticas reclama un tipo de organización totalmente distinta a la tradición donde también el conjunto de fiscales fue organizado siguiendo el modelo de organización de los tribunales. La falta de coordinación en los esfuerzos, la burocratización, la falta de responsabilidad frente a los resultados, la ausencia de criterios políticos criminales, etc. sirven, en definitiva a la preeminencia del trámite.

De la mano de las nuevas funciones del Ministerio Público así como de sus nuevos modelos organizativos es necesario diseñar nuevas formas de documentación de la actividad de investigación, para evitar caer en la reproducción del expediente, reflejo material del sistema inquisitorial y emanación de su espíritu y cultura. Introducir la idea de un fiscal que debe ayudar a las víctimas y fortalecer el principio de tutela judicial efectiva, es una buena manera de romper la idea monolítica de los sistemas inquisitoriales donde finalmente todos son “auxiliares de la justicia” y el propio sistema procesal expulsa a los protagonistas reales del conflicto y a quien han sufrido el principal daño. De la mano de estas concepciones va la idea de que los fiscales sirven a un “abstracto interés general” que supuestamente desplaza a los intereses particulares en juego. Sin embargo, se puede demostrar que cuando más amplios son los sectores victimizados (normalmente en los casos de criminalidad no convencional) menor es la eficacia del Ministerio Público y en los casos donde la víctima tiene un interés o un daño concreto, rara vez los fiscales actúan pensando en ella o tratándola con el cuidado debido.

#### *11. Los jurados y la participación ciudadana*

Si bien las opiniones sobre el instituto del jurado son variadas, incluso dentro del campo de los sectores proclives al cambio, se debe considerar que el modelo de justicia exclusivamente profesional ha estado ligado, de un modo indisoluble, al modelo inquisitorial.

Por ello no ha sido causalidad que el derecho penal liberal y muchos de los autores de la Ilustración vieran en la incorporación de los jurados el más duro golpe a la tradición inquisitorial. El modo como en América Latina se han rechazado las experiencias de jurados que se han dado en la historia, sin darles tiempo a consolidarse, exacerbando las críticas a sus errores –como si los errores de la justicia profesional no abrumaran a la población– o generando una desconfianza general frente al pueblo que integraría esos tribunales, es para mí un signo claro de la fuerte contradicción que existe entre la tradición que se debe combatir y la incorporación de los jurados. El sistema inquisitorial sabe que no tiene cabida en una organización judicial con participación ciudadana y sin embargo siempre va a contar con una lealtad apreciable (mayor o menos según las épocas, pero siempre importante, de los jueces profesionales permanentes).

Por ello, frente a las razones de oportunidad que siempre se han esgrimido,

frente a los rechazos que genera incluso en quienes adhieren sin reservas a la crítica radical al sistema inquisitivo, creo que hay que volver a sostener, al estilo del viejo pensamiento republicano, que los jurados son todo lo contrario del sistema inquisitorial. Con ellos no es fácil establecer las “falsas oralidades” que han existido a lo largo del siglo XX, menos aún se puede sostener un sistema sin juicio, porque los jurados son incompatibles con el sistema escrito y llevan necesariamente a la adopción de una oralidad donde las partes se vean obligadas a preparar adecuadamente sus casos.

Lo mismo sucede con otras formas de participación ciudadana, ya sea en las querellas colectivas, en el diseño de la conciliación, en la ejecución de las reglas de conducta propias de la suspensión a prueba, etc. En definitiva, la incorporación de los jurados (bajo cualquiera de sus formas) es uno de los temas insoslayables a la hora de generar las condiciones de combate a la tradición inquisitorial.

#### V. Administración de justicia, práctica de la abogacía, enseñanza universitaria

Pero la visión histórica o la visión sincrónica de campo, quedaría incompleta si le damos al sistema judicial una autonomía impropia frente a otros campos profesionales, igualmente vinculados a los oficios del jurista. Al contrario, la perspectiva correcta nos debe mostrar que el funcionamiento de las instituciones judiciales, la práctica de la abogacía y la configuración del mercado de servicios legales y las escuelas de leyes, son tres dimensiones de un mismo problema. Estas tres dimensiones se alimentan mutuamente y tornan más difícil aún todo intento de cambio.

La práctica de la abogacía, por ejemplo, es más que un reflejo de los sistemas judiciales: son parte inescindible de muchos de sus vicios. Se podrá señalar que no le corresponde al abogado particular sacrificar los intereses de su cliente en aras de la reforma de sistema y ello es correcto. Pero de allí no se puede inferir que en consecuencia no se deben tomar medidas correctivas de ese modo de ejercicio profesional y menos aún tratar de modificar la dinámica del mercado de servicios legales. Este tema ha sido poco considerado. Quizás porque los sectores profesionales del derecho se dividen en tres grandes grupos: uno, aquellos vinculados a grandes estudios y a grandes clientes, para quienes el peor negocio es litigar y de hecho utilizan muy poco el sistema judicial; otro, la gran mayoría de profesionales que se hallan integrados al funcionamiento actual de la justicia penal, ganan su dinero conforme a ello y han adaptado sus prácticas profesionales y la organización de sus oficinas a como son ahora, en el realidad, los sistemas de administración de justicia; en tercer lugar, se encuentran quienes tienen grandes dificultades para ingresar al mercado legal y trata de hallar medios lo suficientemente rápidos para adaptarse al funcionamiento real de los sistemas y no para litigar en ellos de un modo diferente. De un modo u otro, esas tres dimensiones generar una actitud de desapego o resistencia a los cambios en el sistema judicial.

En cuanto a la enseñanza universitaria, debemos sumarle a la causas generales de las crisis universitarias en América Latina (masividad, falta de planteles profesionales “full time” ; “poco debate de ideas, falta de financiamiento propio, etc), aquéllas que son propias de las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas (con las excepciones que siempre existirán, sin duda). La tosquedad en la enseñanza del Derecho es el reflejo del tipo de necesidades que generan los sistemas judiciales. A su vez, este tipo de enseñanza, que requiere muy poca inversión por parte de las universidades, que muchas veces ni siquiera pagan a sus planteles docentes, son utilizadas por muchas universidades privadas para expandirse o financiar otras carreras “menos rentables”. Sumado a todo ello, el enciclopedismo, la falta de crítica, la inestabilidad, etc. no es difícil suponer que las

escuelas de leyes cumplen un papel de permanente reproducción de la tradición inquisitorial.

Tampoco se ha avanzado mucho en América latina en este campo. Ya sea por que no hay planteles de profesores dispuestos a realizar un cambio de gran magnitud o sea porque no se tienen conciencia del problema y sus efectos sociales, lo cierto es que las escuelas de leyes no son un agente de cambio sino todo lo contrario. Como movilizar a la Universidad a que cambie su posición respecto del sistema judicial ha sido un problema difícil de responder y con muchas aristas. Es una tarea pendiente.

Como también está pendiente la elaboración de una estrategia de cambio omnicompreensiva, que trabaje en estas tres dimensiones al mismo tiempo. Ello no quiere decir que no se pueda trabajar sobre cambios muy pequeños y concretos, pero siempre que quede claro que el objetivo final es integrar estas tres dimensiones en una sola idea de cambio judicial relevante. Tal integralidad del proceso de reforma todavía no se ha encarado con fuerza en nuestra región.

## VI. Reformas y contrarreformas

Por otra parte, la misma perspectiva de este trabajo nos tiene que llevar a incorporar desde el inicio la idea de reformas y contrarreformas, un movimiento de ajuste del sistema y de avances y retrocesos que es ineludible. En primer lugar porque es impensable dejar atrás siglos de una manera determinada de administrar justicia y lograr que en unos pocos años de un modo radical y mágico los operadores judiciales cambien sus forma de trabajo y las funciones sociales y políticas que cumplía su anterior ineficacia sean ahora abandonadas o sus efectos contrarios absorbidos por los otros sectores sociales. Aunque suene extraño, no es creíble un proceso de reforma de la justicia penal que no provoque una contrarreforma en un plazo relativamente corto. Si ello no ocurre es porque, en realidad, *no se ha logrado introducir ninguna práctica relevante contraria a la tradicional inquisitorial*. Es decir su aparente y superficial éxito, sería la muestra más palpable de su radical fracaso. Por el contrario, la profundidad y características de las contrarreformas son una clara muestra de cuales son las prácticas que es necesario sostener. Dejando de lado lo que constituyen simples errores técnicos, el estudio de las contrarreformas es ineludible para detectar las prácticas con mayor potencialidad de cambio. Estos estudios todavía no se han desarrollado desde esta perspectiva en nuestra región.

Pero con lo expuesto anteriormente no estamos propiciando una resignación ante lo inedible y menos aún tratando de elaborar argucias que conviertan el agua en vino. Se trata de destacar que toda reforma real *afecta una dinámica de poder* y es impensable que esa dinámica quede transformado de una vez por todas en un tiempo muy corto. De allí la necesidad de ampliar las etapas de la reforma y así como hemos aprendido a incorporar la etapa de implementación como una fase imprescindible del proceso de reforma, también debemos incorporar esta etapa de contrarreformas como una fase más del proceso mismo. Esto nos permitirá diseñar instrumentos de conocimiento y de intervención en este necesario ajuste del sistema reformado. Si el conjunto de prácticas contrarias a la tradición inquisitorial que quedan incorporadas al sistema de justicia penal luego de la contrarreforma son suficientes como para que el propio sistema (es decir, mediante la interacción ordinaria de sus actores) evolucione hacia un modelo contrario al sistema inquisitorial, entonces el proceso de reforma habrá finalizado y habrá sido exitoso. No creo que se le pueda pedir más al proyecto de transformar estructuras judiciales alimentadas cultural y políticamente durante más de cinco siglos.

## VII. Reforma judicial y política judicial

Lo dicho no significa que allí acabe la tarea. Pero en algún punto finalizar eso que llamamos “reforma judicial” o “reforma de la justicia penal”. Ellas indican un modo de intervención específico, orientado a los resultados señalados (que son bien distintos del “buen funcionamiento del sistema adversarial” que es un objetivo ya de más largo plazo que excede los tiempos de la reforma en sí misma) con instrumentos también muy específicos y de una intensidad propia.

Dejar instalada capacidad de evolución dentro de los nuevos sistemas de justicia penal es sin duda una de las “prácticas relevantes” a tener en cuenta a la hora de evaluar el éxito de los propósitos del plan de reforma. Esta capacidad de evolución no sólo se mide por las características de las instituciones incorporadas (por ejemplo el proceso escrito no puede evolucionar hacia un juicio oral, pero un juicio oral deficiente por falta de contradicción o por formalización, sí puede evolucionar hacia una práctica correcta de enjuiciamiento; un fiscal que investiga mal puede evolucionar, pero si no tiene siquiera formalmente las facultades de investigar y dirigir las investigaciones, ¿cómo se convertirá en fiscal?.; un juez de instrucción no puede ser jamás un juez imparcial, por más que se trate de la persona más preparada y honesta, etc.) sino también por la información que produce el sistema y por el nivel de crítica y debate que ha quedado instalado en los operadores y en otros actores externos. Allí comienza el momento de la *política judicial* como actividad permanente de perfeccionamiento de los sistemas judiciales que están fundados sobre cimientos republicanos claros y precisos, aunque esos cimientos todavía deban sufrir los fuertes embates de la tradición inquisitorial. Esta política judicial, como toda política pública tendrá épocas y orientaciones, avances y retrocesos o períodos de estancamiento y seguirá la suerte que tenga la democracia en ese país, así como la democracia y la república ya no serán la mismas, según una u otra orientación de la política judicial.

## VIII. Conclusión

Tanto la visión diacrónica como sincrónica nos deben llevar a comprender que no podemos analizar la reforma de la justicia penal como el paso de un estado  $x$  a otro  $y$  o  $z$ . Al contrario, se trata de orientar procesos. La tradición inquisitorial es como un río que indefectiblemente viene y en el cual debemos sumergirnos. Podemos realizar muchas acciones con ese río y tener la pretensión de acabar con él: lo que no podemos hacer es desconocer que el río viene y tiene fuerza. En gran medida muchos de los fracasos legislativos o institucionales, así como muchas de las frustraciones de quienes han hecho grandes esfuerzos por construir una institucionalidad republicana, proviene de la falta de esta perspectiva.

Tampoco ello significa conformismo o resignación: al contrario, quien quiera modificar profundamente la realidad (los procesos sociales e institucionales reales) debe aprender a comprenderlos y a respetarlos en su densidad histórica, lo que no significa aceptar esa realidad ni sostener “cambios progresivos”, que muchas veces son sólo el disfraz pusilánime de muchos conservadurismos. La “progresividad” del cambio será una imposición de la realidad que surgirá del entrecruzamiento de fuerzas, de la tenacidad por el cambio radical, de la lucidez estratégica y de otros innumerables factores que no siempre se pueden dominar. Entiéndase bien: en el sentido señalado en este texto, la reforma de la justicia penal no puede ser “progresiva”, porque su finalidad es poner a los sistemas de justicia penales en capacidad de evolución y perfeccionamiento. Pero la creación de un sistema de justicia penal verdaderamente republicano siempre será progresivo porque él solo puede existir plenamente si desplaza a la tradición inquisitorial.

Por eso, *función de una política judicial republicana y democrática en América Latina es acabar con la tradición inquisitorial.*

Mientras tanto, a la reforma de la justicia penal en América Latina y al movimiento de ideas y acciones que la sustenta y que hoy convoca a muchos y variados esfuerzos le compete dar la primera pelea: la toma de conciencia de que sin un enjuiciamiento oral y público no hay sistema de justicia penal que merezca ese nombre, no hay jueces que estén actuando como tales y está afectada en su raíz tanto la tutela judicial de los ofendidos como la elemental protección del ciudadano que constituye el sistema de garantías.

Fortalecer ambas es la aspiración más elemental del Estado de Derecho, de cara a la experiencia histórica del abuso de poder, la sociedad violenta, la impunidad estructural o la crueldad cotidiana del encierro en nuestras cárceles.