

2. LA FUERZA DE LA INQUISICIÓN Y LA DEBILIDAD DE LA REPÚBLICA

2.1. Sistemas judiciales y debilidad de la ley

La historia de la legalidad en América Latina es la de la debilidad de la ley. Esta frase que parece dramática o exagerada (y, sin duda, su formulación es excesiva), deja de serlo cuando hay que enfrentarse a un sinnúmero de acontecimientos cotidianos, tales como: normas claras, clarísimas, o de nuestras constituciones – 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 se puede describir como una crisis de legalidad, porque eso presupondría que en algún momento de nuestra historia imperó la ley y que luego esta 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 ni 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 un sistema feudal sin legalidad de tal), otros dirán que la bondad de los monarcas y sus sacerdotes intentaron frenar la codicia de los adelantados (lo que dio por resultado un esclavismo y servidumbre – sin “eslavos ni siervos” –), o que las distancias, los problemas de comunicación, 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 comprensivo 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

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

con emergencias de ilegalidades que convocaban a otras nuevas. Hasta el presente, cuesta en América Latina hallar el camino de la fortaleza de la ley y se sumerge, de manera permanente, en la “lógica de la emergencia”.

Desde luego, la debilidad de la ley ha sido también para la razón jurídica. No solo porque la razón de Estado ha imperado en nuestra historia, sino porque igualmente en las relaciones sociales poco ha importado la referencia a la ley. O bien, cuando se la ha utilizado, ha sido más para ratificar la autoridad del poderoso que para fortalecer la debilidad de quien efectivamente necesitaba recurrir a la razón jurídica. Tampoco puede hablarse de crisis, sino de un largo proceso histórico y social de debilidad, que ha impedido que la institucionalidad se entremezcle con nuestra vida cotidiana, como un sistema de reglas semejantes, 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: la primera es la curialesca que ha hecho, por un lado, del saber jurídico uno de formas, cábalas y rituales insustanciales, y por el otro, tratándose de la enseñanza, una transmisión artesanal de gestorías; la segunda es el conceptualismo que ha permitido crear otro saber jurídico paralelo al primero — pese a su desprecio por él —, que del mismo modo, está despreocupado por construir fuerza para la ley, entretenido en miles de clasificaciones

arbitrarias e insustanciales como los trámites del gestor.

Es importante indicar que ambas formas han constituido a la cultura jurídica como una de índole profesional y no de la ciudadanía. Pese a ello, cada vez que son evidentes sus defectos y debilidades, se carga el fardo nuevamente en la espalda de una ciudadanía que tiene muy pocas razones – valederas – 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 a modificar. Ella ha sido moldeada por la tradición inquisitorial y, a su vez, reproduce y perpetúa esa tradición de la manera más fuerte posible, es decir, sin gran conciencia de ello.

Esta visión exagerada – debe serlo por razones comunicacionales, para volver clara una realidad a la que estamos tan acostumbrados los abogados, está tan enrevesada con nuestra vida cotidiana, que difícilmente es percibida sino más bien es pintada con colores fuertes, aunque distorsione lo que necesitamos conocer – no es el producto de circunstancias particulares. Es el modo como

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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 ha enseñado DUSSEL, América Latina cumple un papel importante en el nacimiento de la modernidad. Europa pugnaba por entrar en el gran sistema interregional (que se encontraba al oriente de ella), y que tras los 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 solo un nuevo mundo, sino que en gran medida, junto con la circunvalación completa de África, se constituyó el sistema-mundo (WALLERSTEIN) que modificó totalmente la cultura y la economía del Occidente en expansión.

Para asegurar y administrar aquella, nace un nuevo modelo de Estado, 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 todavía se percibe, pero que no ha dejado de existir, y que se caracteriza por nuevas necesidades de gestión, en donde se requiere reducir la complejidad y anular la diversidad. La razón gestiva será el gran instrumento de la modernidad para simplificar el

ALBERTO BINDER

mundo, elaborar categorías unitarias frente a lo diverso, abstracciones frente a fenómenos particulares y concretos inmanejables. Una nueva forma de la razón instrumental que no es solo, 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 se están desmoronando ante una nueva etapa de globalización que reclama, a su vez, un nuevo tipo de Estado moderno, aunque con las mismas técnicas de simplificación y poder concentrado.

Esta primera etapa consolida un nuevo modelo de sistema judicial que es el 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 le dará sustento moral, religioso y técnico al nuevo sistema, junto con las obras

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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 extiende sus efectos hasta nuestros días. Se constituirá como un sistema judicial (y de legalidad) completo, que tendrá las siguientes características:

- Frente a la diversidad de los conflictos y las antiguas formas de dirimir los pleitos entre partes, nace el concepto de infracción. El cual 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 lo hiciste, me has desobedecido, a mí, el monarca, o al orden que he establecido; esa será la causa y la razón de tu castigo”.
- 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 lo hará 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 concentración del poder jurisdiccional en el monarca. Sucesivos estamentos permiten mayor poder: de todos modos, el último escalón de ese modelo de organización será el menos poderoso, y sus decisiones siempre provisionales, ya que por el sistema de consultas obligatorias o de medios de impugnación, sus decisiones constantemente serán revisadas. Este modelo de verticalización que rompe con la idea tradicional, según la cual, el juez es el de primera o única instancia, continuará hasta nuestros días, y será una de las características más fuertes del sistema inquisitorial.

- 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), el cual se desarrollará a través de un trámite (sin duda desigual) cuyo objetivo no será la decisión final (la sentencia), sino restaurar durante este y gracias a él, la relación de obediencia (confesión como sumisión). Y es a partir de aquí en que se ha establecido la primacía del trámite y también como ejercicio de poder. Nuestros

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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.

- 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 (ya constituido como tal – una vez ingresado al sistema inquisitorial –, es decir, que 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, etc. De este mundo cerrado nacerá la cultura inquisitiva que es la matriz básica de funcionamiento de nuestros actuales sistemas judiciales.

- 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

ALBERTO BINDER

alrededor y conforma el mismo sistema, 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 de este sea también del ejercicio de la abogacía y de la enseñanza universitaria.

- 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 inmovibles es, al contrario, extremadamente débil, porque toda esta 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 del acatamiento del funcionario.

En nuestros países se trasladó esta maquinaria judicial, pero con características especiales, no en cuanto a su funcionamiento u organización, sino a su adaptación al sistema fraccionado de poder de este vasto continente. Como ya se ha 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 convivió con una legalidad inquisitiva (totalmente contraria a la feudal) que no podía ni debía aplicarse.

De allí las tensiones que a lo 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 directrices (las reformas de Carlos III), se desencadena el fin del imperio español en América. Esta doble configuración de la legislación indiana tuvo dos efectos, que hasta hoy duran: uno de ellos impidió el desarrollo de – algo así como – una “ley de la tierra” (buena o mala, pero arraigada

a la vida social, creando una práctica social de gestación de legalidad). 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 universo. La artificialidad del mundo de la legalidad se convirtió en la realidad de la corporación jurídica. Tal como ocurre hasta el presente.

2.2. Esperanzas y fracasos del pensamiento republicano

No solo nada es tan lineal como lo hasta aquí 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 del sistema inquisitorial, la obra teórica y práctica de los inquisidores fue objetada y combatida. No únicamente los excesos de un Bartolomé SPINA sino el propio *Malleus Malleficarum*, encargado por el mismo papa a los inquisidores SPRENGER y KRAMER, fue considerada 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.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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 llevara adelante el movimiento de la ilustración. De la defensa de CALLAS por VOLTAIRE, hasta la epítome de CARRARA, pasando por BECCARIA, 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 vs. 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 Estado moderno – de cuño bonapartista –, diseñó un nuevo modelo judicial, que recogió todas las características del sistema inquisitorial, dando nuevos bríos (ahora será la “legislación moderna” la que copiarán todos los estados europeos y latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XIX) y perfeccionándolo, al dotarlo de una policía moderna y de una pretensión de exhaustividad (expresada en el concepto de la acción pública), que repotenció al derecho penal de tipo infraccional. El Código de Instrucción Criminal de 1808 restauró la inquisición pese a los esfuerzos que habían hecho los ilustrados. El predominio final de los magistrados que consideraban a la legislación francesa de 1670 como la culminación de la sabiduría jurídica, terminó 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 aún 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, dieron lugar a textos procesales que renovaron la influencia de aquellos. Además se generó un nuevo desarrollo teórico, que lentamente sacaría al derecho procesal de la visión curialesca y lo llevaría al modelo conceptualista (del que se burlaba el mismo IHERING).

Las nuevas reflexiones sobre la relación jurídica procesal (BÜLOW), la aplicación de las categorías de la también naciente teoría general del Derecho, la polémica sobre la *actio* (WINDSHEID y MÜTHER), y demás textos ya considerados clásicos, establecieron los cánones del nuevo derecho procesal. Estos fueron llevados a Italia por CHIOVENDA, desarrollados y ampliados por toda la escuela italiana (CALAMANDREI, CARNELUTTI, REDENTI, ALLORIO, MANZINI, FLORIAN, etc.), y por los nuevos códigos de 1913 y 1930. Tuvieron una gran influencia en América Latina de la mano de COUTURE, ALCALÁ ZAMORA, ALSINA, SENTÍS MELENDO, VÉLEZ MARICONDE, con ellos, se formó una generación de procesalistas. Sin embargo, poco se ha advertido 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 este

ALBERTO BINDER

había impuesto sus categorías diferenciales: el trámite por sobre el litigio, 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, ocultando sus verdaderas funciones en el marco de la debilidad de la república.

Es importante indicar que cuando este proceso es observado en el terreno de nuestros países, más titánicos son los esfuerzos para construir una justicia republicana – todavía está 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 seguro el papel de una reforma total de la administración de justicia, que dejara atrás para siempre las prácticas inquisitoriales. También era evidente que esa tarea no era solo jurídica, sino que era una de las mayores contribuciones a la fundación de repúblicas.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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-peruana, 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, usada durante mucho tiempo y similar en su forma a muchos de los actuales manuales y guías prácticas de derecho procesal), por un pensamiento jurídico que pensaba que la dogmática 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 saber:

- 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.

ALBERTO BINDER

- Otros países fueron acogiendo 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).

- Había otros países que 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).

Finalmente, hubo países que generaron sistemas más complejos, con componentes formales del sistema acusatorio, pero con prácticas inquisitoriales y escritas muy claras. En estos era notoria la fuerte influencia del ministerio público que asumía el papel que en otros gobiernos 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.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

Solo 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, y El Salvador lograron finalmente remover las estructuras formales del antiguo sistema procesal, y hoy en día, 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 que 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

ALBERTO BINDER

de los 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 claro de esta pequeña y simplificada historia, cuyo objetivo es mostrarnos cómo el espacio de lo judicial 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.

2.3. 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 se dice muy poco, y sobre todo nada, sobre qué significa cambiar la justicia penal.

Lo primero que debe tenerse 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 otro; sin embargo, esto es posible siempre y cuando se introduzcan nuevas y distintas prácticas, totalmente contrarias al modo inquisitorial.

Para comprender mejor este punto es útil mirar la justicia penal con una visión holística o de sistemas, como un 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, para qué y el hacia quién 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 debe olvidarse que la violencia que despliega el Estado y el modo como lo hace forma parte del total del nivel de esta y de abuso de poder de una determinada sociedad en un momento dado. Podrá cambiar su sentido, pero no su carácter, el abuso de poder es más grave aun cuando proviene del Estado.

La justicia penal configura un campo de interrelaciones, y, por lo tanto, de actividad de actores – personales e institucionales –, aunque a veces las fuertes características personales tienen 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).

Los actores serán más fuertes y más débiles, asumirán posiciones respecto del juego general que se desarrolla en ese campo y sus reglas. Su debilidad y fortaleza se puede medir usando el término de capital, asumiendo que se trata en definitiva de un capital cultural o simbólico. Como ya se ha 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 puede aislarse y ser analizado.

Ahora bien, esa estructura – en nuestro caso el modo inquisitivo de funcionamiento, con independencia de sus

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

ropajes – si bien condiciona de un modo muy fuerte a los actores, no los determina de una manera absoluta, porque si fuera así, nada podría hacerse dentro del campo de la justicia penal y solo un factor externo podría generar cambios (por ejemplo, en las necesidades del poder concentrado o su desaparición, o una modificación central en cualquiera de las características del poder administrador – su fragmentación –). De hecho, se sostiene a veces que mientras no existan alteraciones en el modo de ejercicio externo al campo judicial, poco se logrará dentro de este. En lo particular, esta postura no es compartida por el suscrito, 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 podría hacerse 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 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, es una relación que no se puede explicar bajo la lógica de lo interno o

externo, lo objetivo y subjetivo. No es un problema de un escenario ya estructurado donde funcionan 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, y finalmente define lo que estará en juego, es decir, la violencia del Estado, tanto en su intensidad – el estado de la cárcel o la impunidad –, destinatarios – la criminalidad común o ciertas clases sociales –, y formas – la aplicación directa, es decir, mediante acciones policiales o prisión preventiva –. Pero he de insistir que esta determinación no es absoluta, y existe la posibilidad de introducir una serie de prácticas nuevas poco funcionales a la estructura inquisitorial y a las necesidades del poder externo. No obstante que, quien quiera introducir novedades deberá tomar en cuenta la estructura que sostiene la tradición inquisitorial.

Ejemplificando lo anterior, tenemos el siguiente caso. El expediente judicial 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) es tanto una realidad objetiva como subjetiva. Más precisamente, es un modo de interacción entre

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

actores que se objetiviza, pero que es producción de su subjetividad. Estas dos dimensiones son inescindibles, el expediente está tanto en el mundo exterior, por así decirlo, como en el espíritu de quien lo fabrica día a día, por rutina, convicción o sin clara conciencia de que lo está 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 se analiza con mayor detalle el tipo de interacción entre prácticas que se objetiviza en el expediente, puede observarse 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 se puede percatar la posición de los actores; en el caso de 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 están condicionados totalmente por quienes han enseñado, cuando no son los mismos, 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 marca alianzas – fuertemente estructuradas por la configuración histórica y por ello poco conscientes –, frente a la policía, fiscales y jueces.

Como ya se ha indicado, cambiar la justicia penal no es sustituir un código procesal por otro. Entonces, es lógico preguntar ¿qué es? Se trata, más que nada, de introducir, en el campo de la justicia penal, una serie de nuevas prácticas reactivas a la tradición inquisitorial, francamente contrarias a ella, que puedan debilitar la actual estructura y los condicionantes que pesan sobre los actores, que afecten las tradicionales alianzas existentes, modifiquen el capital simbólico de alguno de esos, generen un nuevo “sentido”, aunque no se imponga todavía, y provoquen algunas alteraciones efectivas en lo que “esté en juego”. Como se puede observar, 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

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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 ciertos 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, cómo 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 el punto de vista sociológico que en el fondo adhiere una especie de evolución natural de las interacciones sociales o a visiones moralistas que presuponen que solo 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 rigen efectivamente por lo que dicen los códigos procesales y la legislación orgánica – sino, al contrario, por su debilidad. El conjunto de prácticas de los sistemas judiciales está 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

ALBERTO BINDER

importancia de cambios legislativos (procesales, orgánicos, etc.) que dejen de ser funcionales a esa estructura. Estos cambios 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, modificar la justicia penal no es sustituir un código por otro; sin embargo, es imposible hacerlo sino se hace una reestructuración integral de la legislación que es funcional a la tradición inquisitorial.

Esta visión estratégica es la que ha llevado a tomar conciencia de que las nuevas legislaciones deben estar acompañadas de múltiples acciones concurrentes, aunque todavía no se ha logrado establecer una ajustada articulación entre el conjunto de dimensiones que deben conformar una misma estrategia. Tal es el caso de la capacitación, que 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 está, que es necesario, pero que en la estrategia de cambio de poco sirve, sino está acompañado de la adquisición de los conocimientos necesarios para desarrollar la práctica relevante que se ha querido introducir). O todavía no se han logrado articular los cambios administrativos, en especial aquellos que deben dar soporte a las prácticas que serán

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

inmediatamente atacadas por la tradición inquisitorial (por ejemplo, el soporte administrativo a la realización de los juicios y las audiencias orales). Todas 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, como se puede constatar, no es tan simple cambiar la justicia penal. No se puede realizar sin una elaborada estrategia, 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 algo verdaderamente trascendental) 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 tradición 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 nos guste o no, tiene su lógica, tiempos, formas y batallas.

2.4. Los temas ineludibles. Las prácticas imprescindibles

De acuerdo a lo analizado a lo largo de este trabajo, se pueden 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 son, en mi opinión, los que deben ser introducidos en una primera etapa. Estos temas, que nutren prácticas concretas, son los que se van a desarrollar en este apartado, sin que el orden implique – necesariamente – mayor importancia, ya que dependerá de la particular estrategia de cambio.

2.4.1. El enjuiciamiento oral y público

Como es ya común sostener en la literatura procesal, ningún sistema lleva todos sus casos al juicio oral y público. Pero este no es el problema. La cuestión es que mientras no establezca ese método de juzgamiento y dé la certeza, 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 se puede, 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

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

de litigio. 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 se ha señalado, los sistemas inquisitivos se vistieron de muchos ropajes durante los siglos XIX y XX. Así aparecieron “falsas oralidades”, firmemente sostenidas por doctrinas confusas, o la mollicie intelectual de las visiones curialescas. En esto se debe ser extremadamente claro, el enjuiciamiento oral y público tiene una estructura simple y concreta: jueces imparciales (no que han leído el caso con anterioridad en el “expediente”) que atienden el litigio con intermediación y de manera concentrada, no separado en decenas de audiencias que fraccionan la producción de la prueba o la escrituran 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, que 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,

ALBERTO BINDER

conclusiones, etc.), luego de la cual, los jueces deliberan y dictan sentencia de inmediato. Todo esto, por supuesto, realizado públicamente. Nadie puede ser condenado sin un juicio previo y según la experiencia histórica, el sentido común y el saber popular, lo que se ha señalado es un juicio y no otra cosa, por más explicaciones alambicadas que pretendan 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 cómo los sistemas judiciales que han incorporado recientemente el juicio oral y público, tienden a descuidarlo o es rápidamente atacado por la tradición inquisitorial, con graves consecuencias para todo el proceso de cambio. Por eso, hay que tener claro que reformar la justicia penal, antes que nada, es incorporar 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.

2.4.2. Las audiencias preparatorias 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 calidad de los litigios que se deben resolver, previo 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”, este 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 antes 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. Esta manera de organizar el litigio, por otra parte, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatoria, 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, 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.

2.4.3. Las fórmulas de reparación y conciliación

El poder penal del Estado – 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, por más (o con mayor razón) que ella provenga de las 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 principales razones del desaliento social. Por ello, el que aparezca una actividad orientada a solucionar el

conflicto adquiere tanta importancia.

En segundo lugar, la reparación y más aún la conciliación, hacen aparecer a los sujetos naturales del conflicto y por eso, frente a la despersonalización de los trámites, las actas y los formularios, se introduce a las personas de carne y hueso, así como sus problemas tangibles y variados. La conciliación da lugar a un saludable principio de humanidad en la justicia penal.

En tercer lugar, la reparación y también la conciliación requieren manifestaciones especiales del litigio – frente a sistemas “sin litigio”, varían las formas, intensidades y calidades que debe resolver el juez –, que ayudan 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 resulta abrumadora, la introducción de estas respuestas de mayor calidad del sistema, produce grandes efectos en términos de servicio 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, se puede decir que un programa de reforma de la justicia penal que no incorpore un amplio sistema de reparación y conciliación, está renunciando a una de las grandes herramientas del cambio. Las clasificaciones y el conceptualismo (tipos de acciones, 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.

2.4.4. 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 se ha 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 configurado desde la acción pública 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, 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, quienes han empujado con mayor éxito al Estado a ser más eficiente en la persecución

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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.

2.4.5. El control del tiempo

Otra de las prácticas que necesita ser combatida de un modo muy concreto es aquella según la cual, la administración de justicia penal no cumple con los plazos impuestos por la ley, y carece de todo tipo de control de tiempo. Si bien es cierto que 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 los plazos no produce consecuencias, o por lo menos no graves. Incluso los términos previstos para resguardar la libertad (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 de 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.

Una fuerte introducción de la variable temporal en el desarrollo del proceso produce un efecto importante en la disciplina del litigio, evitando el que es indirecto, el litigio sobre las formas, el abuso de los planteos de nulidad y empujando al sistema a la discusión de fondo. Hay que recordar que dadas las bases expiacionistas de los sistemas inquisitoriales históricos, esas funciones 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.

2.4.6. Las salidas alternativas de baja punición

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 calidad de las respuestas de la justicia penal a las peticiones de las víctimas, es indispensable introducir una baterías de salidas que

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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 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 casos 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 estos en el conflicto, todos ellos de menor intensidad violenta que la pena.

2.4.7. Las medidas administrativas necesarias para la organización del juicio

La importancia del juicio oral y de las audiencias preliminares como la principal contra-práctica frente a la tradición inquisitorial, no puede quedar debilitada por la

ALBERTO BINDER

falta de una organización que resuelva los problemas de concentración de recursos humanos y materiales en una fecha y espacio determinado con precisión. Se ha 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 molicias en la preparación de este, 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 todavía estando detenidos no son llevados a la comparecencia en el juicio oral, fiscales, defensores o jueces que llegan tarde a las audiencias, provocando congestión en el trabajo de los demás, etc., son solo 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 de tipo 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 en los primeros años del cambio, donde no se puede esperar que se suplan 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”.

2.4.8. La flexibilización de la organización judicial

La estructura vertical y jerarquizada de organización judicial 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 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 las resabios más fuertes y sólidos del modelo inquisitorial, y uno de los mayores reservorios de esta cultura.

Por otra parte, la vieja función de este 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 políticas), de las

ALBERTO BINDER

afectaciones “internas” a la independencia judicial, del carácter “provisional” de las sentencias, y el aumento de la arbitrariedad judicial, así como 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 se habla de flexibilización de la organización judicial se hace referencia a la ruptura de la idea de jerarquía – en el poder judicial no existen jueces inferiores y superiores –, a la separación tajante entre la estructura de gobierno y las competencias judiciales – lo que no significa necesariamente adoptar un determinado modelo del “Consejo de la Magistratura o Judicatura” –, se adoptan 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, nos lleva a nuevas prácticas políticas genuinas al interior y exterior del Poder Judicial. Un sistema de administración de justicia que no desarrolla sus genuinas prácticas políticas, seguramente quedará atado a las prácticas políticas espurias y tradicionales (clientelismo, “cuoteos”, “sumisión”, control interno arbitrario, “familias judiciales”, etc.).

2.4.9. 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, dadas las condiciones actuales de selectividad del sistema penal (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 defensa pública, 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 no solo tiene un valor en sí misma, sino que es condición para que la imparcialidad deje de ser una mera fórmula, muchas veces confundida con virtudes morales abstractas y no con una posición concreta frente a un caso similar – 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.

2.4.10. Una nueva organización de fiscales

Algo similar ocurre con la organización del ministerio público fiscal. No solo 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 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

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

propio sistema procesal expulsa a los protagonistas reales del conflicto, y a quienes 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.

2.4.11. 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 insoluble, al inquisitorial. Por ello, no ha sido causalidad que el derecho penal liberal y que 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 en la historia, sin darles tiempo a consolidarse, escarbando las críticas a sus errores – como si estos 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

ALBERTO BINDER

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 menor según las épocas, pero siempre importante, de los jueces profesionales permanentes). Por ello, frente a las razones de oportunidad que se han esgrimido, frente a los rechazos que generan incluso en quienes se 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.

2.5. Administración de justicia, práctica de la abogacía, enseñanza universitaria

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

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 del 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. Quizá porque los sectores profesionales del Derecho se dividen en tres grandes grupos: en uno se encuentran aquellos vinculados a grandes estudios y clientes, para quienes el peor negocio es litigar, y de hecho utilizan muy poco el sistema judicial; en otro, están los que se encuentran en los sistemas de administración de justicia,

ALBERTO BINDER

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 estos; en tercer lugar, se encuentran quienes tienen grandes dificultades para ingresar al mercado legal y tratan 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 una manera u otra, esas tres dimensiones generan una actitud de desapego o resistencia a los cambios.

En cuanto a la enseñanza universitaria, se le deben sumar 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.), aquellas 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 instituciones académicas, 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 ello, el enciclopedismo, la falta de crítica, la inestabilidad, etc., no hace 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 porque no hay planteles de profesores dispuestos a realizar un cambio de gran magnitud o porque no se tiene conciencia del problema y sus efectos sociales, lo cierto es que aquellas no son un agente de cambio sino todo lo contrario. Cómo 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.

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

2.6. Reformas y contrarreformas

La misma perspectiva de este trabajo nos tiene que llevar a incorporar 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 su forma de trabajo, y que las funciones sociales y políticas que cumplían 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 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 cuáles son las prácticas que es necesario sostener. Dejando de lado lo que constituye 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.

Ahora bien, hay que dejar claro que con lo expuesto anteriormente, no estamos propiciando una resignación, y menos, tratando de elaborar argüencias 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 transformada de una vez por todas en un tiempo muy corto. De allí la necesidad de ampliar las etapas de la reforma y así como se ha aprendido a incorporar la etapa de implementación como una fase imprescindible de este proceso, también se debe incorporar esta etapa de contrarreformas, como una fase más. Esto nos permitirá

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

diseñar instrumentos de conocimiento y de intervención en este necesario ajuste del sistema. 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 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.

2.7. Reforma judicial y política judicial

Lo dicho no significa que allí acabe la tarea, pero sí en algún punto finalizar eso que llamamos “reforma judicial o de la justicia penal”. Estas 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 concretos y de una intensidad propia.

Dejar instalada la 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 solo 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 hacerlo 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 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 estos 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 las mismas, según una u otra orientación de la política judicial.

2.8. Conclusiones

Tanto la visión diacrónica como sincrónica deben llevar a comprender que no se analiza la reforma de la justicia penal como el paso de un estado x a otro y , o z . Al contrario,

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

se trata de orientar procesos. La tradición inquisitorial es como un río que indefectiblemente viene, y en el cual debemos sumergirnos. Se pueden realizar muchas acciones con ese río y tener la pretensión de acabar con él, lo que no se puede hacer es desconocer que el río viene y tiene fuerza. En gran medida muchos de los fracasos legislativos o institucionales, así como de las frustraciones de quienes han hecho grandes esfuerzos por construir una institucionalidad republicana, provienen de 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 respetarlos en su densidad histórica, lo que no significa aceptar esa realidad ni sostener “cambios progresivos”, que muchas veces es solo el disfraz pusilánime de 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; sin embargo, la creación de uno verdaderamente republicano, siempre será progresivo, porque él solo puede existir plenamente si desplaza a la tradición inquisitorial. Por eso, la función de

ALBERTO BINDER

una política judicial republicana y democrática en América Latina consiste en 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, 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.