

Colección: Conceptos fundamentales del sistema acusatorio
Directores : Alberto Binder | Gonzalo Rúa

Elogio de la audiencia oral y otros ensayos

Alberto Binder



Elogio de la audiencia oral y otros ensayos

Alberto Binder



COMITÉ CIENTÍFICO

Director

Magistrado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo editorial

Lic. Francisco Javier Gutiérrez Villarreal
Consejero de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Mtro. Jesús Demetrio Cadena Montoya
Director General del Instituto de la Judicatura

Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Marlene Yuridia Mendo Castán
Lic. Roberto Carlos Alcocer de León

Jefe de diseño

Lic. Guillermo Charles González



Coordinación
Editorial

Poder Judicial del Estado de Nuevo León

Primera edición: Abril 2014
D.R. © Consejo de la Judicatura
del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente
Entre Escobedo y Emilio Carranza,
Zona Centro, Monterrey,
Nuevo León,
México. C.P. 64000
Impreso y hecho en México.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. Los trabajos publicados no expresan necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad del autor.

Dr. Alberto Binder

De nacionalidad argentina, procesalista, experto en sistemas judiciales, es miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (INECIP) de la República Argentina, profesor de postgrado de la Universidad de Buenos Aires en la especialización de Derecho Penal. Además, es asesor técnico de los procesos de reforma judicial en Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Venezuela, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana y otros países de América Latina.

Es autor de libros como: *Las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*; *Ideas para un debate sobre la reforma judicial en América Latina*; *Justicia penal y Estado de Derecho*; *Iniciación al proceso penal acusatorio*; *Política criminal y de la formulación a la praxis*; *Introducción al derecho penal*; *Introducción al derecho procesal penal*; *El incumplimiento de las formas procesales*; *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*; *Policías y ladrones – una guía para discutir el problema de la seguridad –*, entre otros.

Índice

PRESENTACIÓN	5
1. ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA	
1.1. El papel de la verdad en el proceso penal	
1.1.1. Contra la inquisición	11
1.1.2. Verdad y sistema de garantías	19
1.2. La audiencia oral como centro del proceso	32
1.3. La audiencia oral como ritual de pacificación ..	34
1.4. Audiencia oral y contracultura	40
1.5. Fuentes	42
2. LA FUERZA DE LA INQUISICIÓN Y LA DEBILIDAD DE LA REPÚBLICA	
2.1. Sistemas judiciales y debilidad de la ley	43
2.2. Esperanzas y fracasos del pensamiento republicano	54
2.3. Estrategias de cambio en el campo de la justicia penal	63
2.4. Los temas ineludibles. Las prácticas imprescindibles	71
2.4.1. El enjuiciamiento oral y público	72
2.4.2. Las audiencias preparatorias y la oralización de los recursos	75
2.4.3. Las fórmulas de reparación y conciliación...	76
2.4.4. Las querellas particulares y sociales	78
2.4.5. El control del tiempo	79
2.4.6. Las salidas alternativas de baja punición.....	80

2.4.7. Las medidas administrativas necesarias para la organización del juicio	81
2.4.8. La flexibilización de la organización judicial	83
2.4.9. La defensa pública.	85
2.4.10. Una nueva organización de fiscales	86
2.4.11. Los jurados y la participación ciudadana ..	87
2.5. Administración de justicia, práctica de la abogacía, enseñanza universitaria	89
2.6. Reformas y contrarreformas	91
2.7. Reforma judicial y política judicial	93
2.8. Conclusiones	94
3. TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL	
3.1. Tensiones y miradas en el proceso penal	97
3.2. Política criminal y contexto social	113
3.3. Populismo, retórica e inflación penal	119
3.4. Proceso penal y política criminal. Cinco grandes tareas	124
3.4.1. Construir una visión estratégica de la persecución penal	125
3.4.2. Modernizar el sistema de investigación de los delitos	128
3.4.3. Evitar la sobrecarga endémica	131
3.4.4. Utilizar todos los recursos sociales	133
3.4.5. Una víctima con derechos. Al rescate de la acción	134
3.5. Conclusiones: Mínima intervención. Máxima precisión y eficacia. El concepto de eficacia no violenta	136
3.6. Fuentes	138

PRESENTACIÓN

I

La puesta en marcha de los sistemas acusatorios de tipo adversarial que se han venido imponiendo en los últimos veinte años en la región requieren de un acompañamiento, desde diversos planos, para que sus postulados democráticos y republicanos puedan cobrar la suficiente fuerza y entidad.

No solo se requiere de una adecuación normativa para generar una transformación del sistema de justicia. Las últimas décadas nos han enseñado que el sistema inquisitivo en Latinoamérica ha dejado una profunda huella que no podrá borrarse solo con la aprobación y vigencia de un nuevo texto legal. Es necesario un acompañamiento mayor que abarque otros planos, como la transformación organizacional de las instituciones que participan en el sistema penal, y la adecuación del marco teórico que posicione los fundamentos del nuevo modelo que, a veces, parece diluirse en la praxis judicial. Este marco es, precisamente, el que fija la matriz de los nuevos sistemas penales de la región, concentrados en el reconocimiento y la búsqueda de la solución del conflicto penal, entre víctima

ALBERTO BINDER

e imputado, bregando por la transparencia y publicidad de las decisiones judiciales. De allí que BINDER explique el proceso penal – en su texto *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos* –, desde su antinomia fundamental, es decir, desde esa contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y resalta sus tensiones, desplazando de ese modo la visión del derecho penal como una infracción de deber – sumisión del individuo frente al Estado –, restituyendo el conflicto primario entre partes (donde el combate será entre la eficacia del sistema y la vigencia de las garantías), lo que lo lleva necesariamente a un sistema de tipo adversarial.

El cambio de postulados del sistema penal latinoamericano requiere del acompañamiento de un nuevo discurso teórico, acoplado a una novedosa pedagogía de enseñanza del derecho penal, a través de prácticas que profundicen las destrezas que requieren los abogados para litigar sus casos en un sistema que se reconoce como de partes.

II

En esta línea, la colección que hoy se presenta al lector y que dirigiremos con Alberto BINDER, tiene esa meta: proporcionar las herramientas teórico-prácticas requeridas para acompañar estos cambios, saliendo de la visión del Derecho, como si se tratase de una ciencia abstracta, cuyos operadores – jueces, fiscales, defensores –, ninguna responsabilidad tienen sobre la violencia estatal que, con

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

sus herramientas, aplican y ejecutan.

En esta antología se cuidará quiénes serán los autores que la conformarán, cuyas obras reflejen el compromiso de los nuevos postulados, y que a diario trabajen sobre los ejes del sistema adversarial y de litigación, que expongan las herramientas que tienden a fortalecer el contradictorio entre las partes y permiten una toma de decisiones de mayor calidad en un sistema de audiencias, donde la oralidad, la inmediación, la contradicción y la publicidad sean sus bases.

Presentar en el primer número estos textos de Alberto BINDER resulta una tarea sencilla, pero a su vez compleja, por la talla intelectual del autor. Sencilla por cuanto el escritor no requiere presentación alguna, pues ha tenido participación activa en los últimos veinte años, en prácticamente todos los procesos de reforma procesal penal de la región. Su aporte intelectual a través de sus obras y su compromiso con el éxito de la reforma no conoce fronteras, y sin temor a exagerar, ha sentado las bases teóricas del modelo adversarial latinoamericano. Y es precisamente esta dimensión de su trayectoria la que hace compleja su presentación.

Este primer libro está conformado por tres trabajos que sintetizan claramente el pensamiento de BINDER, y que nos brindan una excelente guía para ingresar al estudio de las bases teóricas del sistema adversarial latinoamericano.

ALBERTO BINDER

Por ejemplo, en este tomo, se verá que la implementación de una reforma requiere de innumerables ejes de acción, se expondrá la sustitución de los roles de las partes, la reorganización judicial, la resignificación del rol del Ministerio Público Fiscal y su manejo en política criminal, la readaptación de la defensa penal, etc., cambios que no han sido nada fáciles. La lucha entre las nuevas prácticas y los viejos postulados hoy sigue en el campo de batalla, y las resistencias culturales no deben ser minimizadas. Los más de quinientos años de vigencia del sistema inquisitivo, impuesto desde la colonización de América, han dejado una profunda huella y un acostumbamiento a la realización de “trámites” sin sentido, como forma de procesar los casos, como si se tratase de algo natural, como si las decisiones adoptadas fueran entes externos en los que los jueces y las partes no tienen ninguna incidencia.

BINDER sintetiza no solo la evolución de los sistemas procesales en la región, sino que profundiza su alcance, al fijar cuáles son las prácticas imprescindibles para que en la justicia penal pueda operar un cambio significativo en la forma de administrar justicia (en especial en el apartado *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república*). Así no solo da un soporte histórico del proceso de reforma, sino que marca el rumbo que debiera seguirse, a través de políticas públicas perdurables en el tiempo, para fortalecer las bases republicanas del proceso penal.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

También se ocupa de resignificar las funciones de las partes y reubicar al juez como un tercero imparcial. En el texto *Elogio de la audiencia oral y pública*, afirma el autor que “un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores”, dejando en claro no solo el valor simbólico de la sala de audiencias y de la función del juez como pacificador, sino también la responsabilidad del acusador en sostener proposiciones fácticas que pueda acreditar luego a través de la prueba.

Esta última circunstancia implica una responsabilidad mayor en el Ministerio Público Fiscal, que deberá tener una visión estratégica del proceso penal, trazando una política criminal inteligente para poder brindar respuestas adecuadas a los casos que procesa. Como bien decía MAIER a comienzos de los noventa, al Ministerio Público Fiscal se lo veía como un “adolescente” que no había obtenido aún la fortaleza institucional necesaria para llevar adelante adecuadamente no solo los casos en forma individual (visión micro), sino también con una visión periférica y amplia que le permita tener una fuerte impronta en el análisis político criminal (visión macro). Como lúcidamente señala BINDER, corresponde al estudio del análisis político criminal brindar “los conocimientos necesarios para procurar la eficacia del programa punitivo y la defensa de los intereses de las víctimas”. Y de ese conocimiento deberá valerse el acusador público.

ALBERTO BINDER

III

A modo de colofón, esta colección que hoy comienza a ofrecerse a los lectores, pretende acompañar el crecimiento institucional y teórico-práctico de la reforma procesal penal en México, que conllevará años de transformaciones institucionales y de planes de estudios y capacitación, siendo la colección parte del convenio de cooperación institucional entre el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México; y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

El desafío está planteado.

Gonzalo Segundo Rua
INECIP

1. ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA

1.1. El papel de la verdad en el proceso penal

1.1.1. Contra la inquisición

La clarificación de las bases republicanas de la justicia penal no ha sido un proceso lineal ni sencillo. No porque no existiera una tradición de luchas alrededor de los modos de enjuiciamiento – no debe olvidarse que ya en la Carta Magna se encuentran definiciones acerca de cómo debe ser un juicio que respete libertades esenciales –, sino porque el impacto de la “revolución inquisitorial” ha sido tan grande que caló, de manera profunda, en las prácticas institucionales de la Europa continental, que hasta en el presente, cuesta liberarse de su influjo.

FOUCAULT señala esta fuerza de un modo muy plástico:

La acumulación de la riqueza y el poder de las armas, y la constitución del Poder Judicial en manos de unos pocos, es un único proceso que se fortaleció en la Alta

ALBERTO BINDER

Edad Media, y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII. En este momento, aparecen una serie de fenómenos totalmente nuevos en relación con la sociedad feudal, el imperio Carolingio, y las antiguas reglas del Derecho Romano. (...) 1. Una justicia que no es más pleito entre individuos (...), 2. Aparece una figura totalmente nueva, que no tiene precedentes en el Derecho Romano: el procurador (...), 3. Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción (...), 4. Aparece el gran mecanismo de las confiscaciones (...). Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación¹.

Se trató no solo de un cambio en los “procedimientos”, sino de la creación de todo un modelo de administración de justicia, fundado en una concepción distinta y moderna del ejercicio del poder. La justicia es, desde entonces, “justicia del rey” y aparato consolidado, al servicio de intereses muy concretos de cada una de las casas reales. Se considera una maquinaria aceptada, al permitir al poder real, dotarlo de un alcance, legitimidad y beneficios económicos

¹ FOUCAULT, M. *La verdad y...*, pgs. 76 y 77.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

muy amplios, con una forma de arbitrariedad encubierta, extremadamente eficiente.

Todo el esfuerzo del debate de los pensadores ilustrados del siglo XVIII y todos los movimientos políticos que giraron alrededor de la Revolución francesa, tienen como blanco directo esa precisa forma de administrar justicia. El modelo inquisitorial no es algo inventado para perseguir brujas, sino un complejo mecanismo político – legal –, organizacional y cultural, al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquías absolutas. Precisamente este modelo de justicia es el que – en los últimos veinte años – se está tratando de dejar.

En América Latina, hace poco más de una década, muchos países (Guatemala, Honduras, Venezuela, Argentina – parcialmente –, Chile, Paraguay, etc.) mantenían una legislación que, formalmente, obligaba a realizar procesos penales escritos y secretos, con poca variación, respecto de las viejísimas leyes coloniales.

Otros países (estados argentinos, Perú, Costa Rica, El Salvador, México, Brasil, Bolivia, etc.) habían realizado procesos de reforma, estableciendo variantes, modelos mixtos; es decir, conjugaban la forma escrita en la etapa preparatoria (instrucción) con los juicios orales – modelo del Código de Instrucción Criminal francés, en gran medida tamizado por la experiencia italiana –. Sin embargo, en un caso u otro, la práctica generalizada era

la de un escriturismo, sostenido por la cultura forense formalista, la enseñanza rutinaria – meramente exegética –, y modelos de organización centrados en la tramitación de expedientes y el trasiego de papeles. Recordar esta situación – cuyos efectos aún perviven en muchos países – es un buen punto de partida para destacar la tarea, a la vez simple y ciclópea, que tuvo que llevar adelante el llamado proceso de reforma de la justicia penal en América Latina.

Pese a que, lo anteriormente expresado, es la forma más directa y clara de identificar el fenómeno, no podemos quedarnos en una visión superficial del mismo, que lo muestra como simple “pervivencia del pasado” o, peor aún, como uno de los modelos posibles de justicia penal, afincado en las tradiciones de cada uno de los países.

Tras la supuesta apertura y relativismo de quienes así lo señalan, se esconde una mirada superficial sobre las funciones de la justicia penal en el pasado, presente y en las expectativas que tenemos de esta en el futuro. América Latina ha mantenido – y todavía le cuesta dejar atrás – el modelo inquisitorial de justicia penal, no por una cuestión de idiosincrasia o de tradición, sino porque le ha costado – y todavía le cuesta – construir un sistema político basado en las ideas republicanas y el imperio de la ley.

En primer lugar, ello significa la pervivencia del derecho penal de tipo infraccional – aquella visión que lo percibe, antes que nada, como desobediencia de mandatos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

desde el poder –. No se trata de un instrumento social para resolver conflictos entre derechos, intereses, personas o colectividades, sino entre el ciudadano, visto más bien como súbdito, y el poder como poder central, como vértice, como monarquía. En la tradición inquisitorial, el delito es siempre desobediencia al rey – al soberano, al orden, al sistema de normas –.

En segundo lugar, la forma escrituraria-inquisitorial que se busca dejar atrás, produce una forma administrativa de Poder Judicial, que se expresa en la existencia de una maquinaria burocrática (juzgados, secretarías, oficinas) que se independiza de las personas que ejercen la jurisdicción, hasta el punto que se han dado casos de “juzgados” o “tribunales” que han continuado trabajando sin tener un juez asignado – mediante el simple expediente de la delegación de funciones en empleados subalternos y alguna firma “subrogante” que legalizaba el funcionamiento maquinal –.

En tercer lugar, esta concepción maquinal y estatista se caracterizaba no solo por la concentración de funciones (en el juez de instrucción), sino por un desplazamiento casi absoluto de todos los protagonistas reales (humanos) del proceso penal. Por un lado, el imputado convertido en una “declaración”, casi olvidado por el trámite rutinario; por otro, la víctima formalmente desplazada, y ni siquiera representada por los fiscales, quienes se mostraban mucho más preocupados – desde una posición subalterna y casi

ALBERTO BINDER

invisible – por una supuesta “defensa de la legalidad o de la sociedad”, abstracta y formal; por su parte, los jueces invisibles para la población; además de que existía una delegación de funciones, todo era secreto y faltaba publicidad; había demora y formalismo. En paralelo, dos de las realidades más hirientes: un imputado condenado sin sentencias por los mecanismos de la prisión preventiva, encerrado en cárceles de manera inhumana y sin control, una policía dueña y señora del sistema penal, autónoma y sin dirección. Quien diga que esta situación – que todavía se podría utilizar para señalar el presente de algunos países, incluso post-reforma – es el resultado de un “modelo posible” o de una de las tradiciones jurídicas, es porque desconoce la historia de estas, las de occidente, o porque cree que la barbarie y la violación de la dignidad humana pueden ser aceptadas como una forma admisible de atraso.

El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina es un esfuerzo regional, orientado a una crítica radical al modelo inquisitorial; crítica que hunde sus raíces en el pensamiento republicano de la generación de la independencia, altamente influenciada por la del pensamiento ilustrado, que fundamentó las evoluciones francesa y norteamericana. FILANGIERI expresa en su texto de más de doscientos años, refiriéndose a la justicia criminal de entonces:

Debe, pues combinarse en la legislación criminal el temor del malvado con la seguridad

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

del inocente. Por desgracia de la Europa las leyes criminales en las naciones no llegan a conseguir ninguno de estos dos objetos. Los vicios casi universales del juicio criminal, la mezcla monstruosa de los principios de la jurisprudencia romana con los de la legislación de los bárbaros, del sistema feudal y de las leyes canónicas que en parte están abolidos y en parte se conservan; algunas máximas contrarias a la libertad del hombre, destructivas de los derechos más preciosos del ciudadano, nacidas en algunas circunstancias, en que acaso una necesidad imperiosa o la ignorancia de los tiempos podía, si no legitimarlas, a lo menos excusarlas, adoptadas depuse como otros tantos cánones de judicatura de nuestros tribunales, donde se transmiten con una estúpida veneración los antiguos errores y rancias preocupaciones, se conservan con una herencia fideicomisaria en la misma familia por muchas generaciones. En fin, la dialéctica de las escuelas (...) confundiendo todos los ingenios y sacrificando la realidad de las cosas a una pueril nomenclatura (...); todas estas causas han contribuido para llenar de tantas tinieblas aquella parte de la legislación que debería ser la más sencilla y la más clara².

² FILANGIERI, C. *Ciencia de la...*, pg. 4.

ALBERTO BINDER

Esa visión de los juristas e intelectuales ilustrados es compartida por el pensamiento inicial de nuestras repúblicas, incluso por los sectores conservadores. No era casual que la mayoría de las constituciones de esa época, desde la inicial de la República I venezolana hasta la argentina de 1853, insistieran con la necesidad de imponer el juicio por jurados. En la terminología de la época, “jurados” no significaba solo una forma de integrar el tribunal, sino que mentaba a un sistema procesal diametralmente opuesto al modelo inquisitorial. De tal manera que, el juicio por jurados era lo mismo que lo que se ha entendido en las últimas décadas como “oralidad” – no como un simple mecanismo de esta –, todo lo contrario de un sistema inquisitorial imperante.

Por consiguiente, la reforma de la justicia penal no es, ni ha sido, una discusión sobre mecanismos procesales, sino una discusión sobre el modelo del Poder Judicial en el que subyace una discusión sobre el del sistema político, y por ende, el de legalidad. Valgan estas aclaraciones para no permitir que este tema se despolitice y transite en meros carriles técnicos, que es la mejor manera de hacerlo superficial. Desde la mirada técnica sobre las instituciones del proceso penal, no se comprende el sentido ni el alcance del movimiento de reforma de la administración de dicha justicia, que constituye una corriente – y por tanto, una tradición del pensamiento liberal – que proviene de los albores de la independencia.

1.1.2. Verdad y sistema de garantías

Desde esa perspectiva política, debe accederse al problema de la verdad en el proceso penal. No se trata de un problema conceptual, ni lógico, ni epistemológico. De hecho, la discusión sobre las distintas “teorías de la verdad”, han ocultado un poco el tema, mucho más trascendental de su función práctica y política.

El primer problema al que se enfrenta una justicia de base republicana es el de la legitimidad del juez. Se debe destacar que este es el único funcionario de un sistema republicano al que se le exige que no represente y que no “gestione” ningún interés. Por su parte, el Poder Ejecutivo es, por esencia, un gestor de los intereses colectivos; y por otro lado, el Parlamento tiene como base la representación de intereses sectoriales; en ambos casos, su legitimidad se nutre, en gran medida, en la capacidad para gestionarlos.

Respecto a los jueces, lo que se busca es que no dicten sus sentencias con base en argumentos de utilidad (ya sea del monarca, de algún grupo de poder o de las mayorías), y que claramente no sean gestores de intereses, que es la base de la imparcialidad. Si ello es así – y mucho más aún si queremos un juez que tenga capacidad para enfrentar los intereses del rey, del gobernante, de los poderes fácticos, e incluso, de las grandes mayorías –, entonces surge el problema de la legitimidad de la Judicatura. En una república democrática, de base igualitaria, ese juez no

podría alegar que su legitimidad surja de alguna capacidad o herencia aristocrática (como si fueran Patricios), o de su adhesión a una moral o religión particular (como en la inquisición), y ni siquiera en su mayor capacidad, para captar valores o darles forma concreta. Lo único que le permite al juez construir legitimidad, desde una perspectiva diferente a los valores (y los intereses que se expresan en ellos), es su compromiso con la verdad.

La relación del juez con la verdad es un problema de legitimación política. Si asumimos – lo que es una larga discusión filosófica, pero que se puede soslayar para estos propósitos – que la verdad no depende de los intereses y que, por lo tanto, estos no son lo que hacen verdadero o falso a algo, se ha hallado una base sobre la cual construir la legitimidad de la administración de justicia.

No obstante, existe una gran diferencia entre cómo ha tratado este tema el modelo inquisitorial (hasta el presente) y cómo se manifiesta en un modelo de justicia republicana – de base adversarial –. En el primero, el juez ha utilizado la idea de verdad como motor de búsqueda, lo que le ha permitido dejar atrás y saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o histórica, a través de fórmulas que finalmente signifiquen que ha impulsado el caso, convirtiéndolo en un gestor de intereses, aunque sean los mayoritarios, expresados en la fórmula “el interés de la sociedad”. Nada de ello es aplicable a los fundamentos del sistema adversarial, pues

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

en este, existe una aparente paradoja: debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla. No porque ello signifique que debe ser lável frente a la verdad o negligente, todo lo contrario. El mayor compromiso del juez con la verdad no se expresa con la idea de “búsqueda”. El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que debe exigir la verdad a los acusadores, no a las partes, porque el sistema adversarial no se caracteriza por la igualdad de las partes en una mera bilateralidad, sino en la exigencia a aquellos, de que prueben la verdad de sus acusaciones. Una exigencia de tal naturaleza que lleva a que no serán admitidas por el juez, si los acusadores no superan el control de verdad que se expresa en los estándares probatorios y en el principio del *in dubio pro reo*.

Debe quedar claro, porque todavía existe mucha confusión en este tema: un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores. Y si estos no cumplen con tal (estricta, que se expresa con el principio de carga de la prueba), entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación. La clarificación del principio de este requerimiento a los acusadores (verdad sobre los hechos y sobre el derecho aplicable) es de mucho mayor importancia que cualquier discusión sobre la teoría de la verdad, en particular porque la idea de que se utilice esta en el proceso, deberá ser aquella que mejor fortalezca este principio político y de legitimidad (por tal razón lo verdadero no podrá ser nunca

el resultado de un acuerdo mayoritario, por más que se trate de grandes mayorías, por lo menos para el proceso penal).

En esta perspectiva, conceptos como “verdad histórica o material” solo tienen sentido en tanto fortalecen la idea de exigencia a los acusadores, nunca si son utilizadas para debilitarla, mediante la actividad supletoria del juez, que busca la verdad de los hechos ayudando a aquellos. Ello implicaría una renuncia a la base fundamental de la tarea jurisdiccional en el proceso penal.

Esta concepción del papel de la verdad y del compromiso del juez republicano con ella, funda, a su vez, toda la lógica del sistema de garantías. Entiéndase por ese sistema al conjunto de principios – que se expresan en herramientas técnicas – cuyo cometido es proteger a todo ciudadano de los abusos de poder. Estos principios han sido contraídos de un modo histórico, sobre la base de luchas ciudadanas puntuales, pragmáticas, como respuesta directa a una determinada modalidad de abuso de poder, más extendida o más hiriente para la sensibilidad del momento cultural.

Esta dimensión histórica jamás debe ser olvidada, porque sin ella pierden densidad y fuerza. De hecho, nuestra época tiene otras luchas que también son puntuales, precisas, asistemáticas, pero que apuntan a formas concretas e hirientes del poder penal desbocado. Sin embargo, hoy se

puede potenciar el valor de esas garantías si se consideran de un modo sistémico, es decir, no pueden ser analizadas de forma individual, pues son un todo indivisible – cuya fuerza es superior a la simple sumatoria de sus partes –, que interactúa de manera funcional.

La integración de todas las garantías es funcional en un doble sentido: por un lado, lo que es denominado macrosistema de garantías, es decir, consideradas en abstracto, como el modelo de un proceso respetuoso del Estado de Derecho; por el otro, microsistema de garantías, el modo como todas ellas confluyen – también en integración funcional –, hacia un caso concreto.

Este sistema se construye sobre tres dimensiones que giran sobre un pivote, compuesto por la idea de hecho. El concepto técnico de hecho es la expresión concreta del principio de exterioridad, según el cual, solo son punibles los actos exteriores del ser humano; no sus ideas, no su forma de ser, no su biografía, sino uno concreto, constatable en el decurso del proceso social.

Es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es inescindible de la idea de “hecho”, ya que verdad, es como tal, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas, y por lo tanto, susceptibles de verificación. Por consiguiente, la verdad en el proceso no es una entidad metafísica, sino de verificación. El vínculo entre esta función y los principios

ALBERTO BINDER

políticos es evidente. La defensa de un derecho penal de acto, frente a las pretensiones autoritarias de uno de autor, se manifiesta de un modo concreto, alrededor de la vigencia del concepto de hecho (y por lo tanto de la verdad) en un juicio determinado. Esta es la razón por la cual, si bien, en nuestros sistemas penales se sostiene la idea del primero, en la práctica de los tribunales funciona el de autor, implícito o francamente oculto, resultado (además de las concepciones políticas de los operadores judiciales) de la debilidad de garantía del “hecho” en el proceso penal.

Una dogmática penal que ha desplazado el eje hacia el concepto de “acción”, desatendiendo su integración en lo fáctico, y que ha acentuado el subjetivismo, con descuido de las implicancias en el litigio, y aunado a ello, la desidia burocrática por el juicio, ha fortalecido de un modo indirecto la pervivencia del derecho penal de autor.

Sobre esta piedra angular que constituye la garantía del “hecho”, todas las demás garantías se ordenan en tres dimensiones integradas funcionalmente. Por una parte, el concepto de este es precisado y concretado de un modo analítico al que se enlazan calificaciones jurídicas de relevancia. Esto es lo que se conoce como requisitos de verificabilidad – todo aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad –. En segundo lugar, la construcción de la verdad está sometida a reglas de actuación que buscan evitar la arbitrariedad, la sorpresa y

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

la manipulación. A esta dimensión de agrupamiento de las garantías se le llama condiciones de verificación. Se trata de establecer una serie de requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo como se construye esta verdad, según la específica obligación de cada una de las partes (se debe recordar que es propio de un sistema adversarial o acusatorio que el juez no “construya” aquella, sino que la exija). Finalmente, la tercera dimensión lidia con el hecho de que la verdad sobre este, se construye desde y hacia un relato; es decir, se trata de hallar información básica en datos que aportan los órganos de prueba, para después crear el relato final que se encuentra en la sentencia, y al cual, los jueces le atribuyen valor de verdad. A esta tercera dimensión se le denomina reglas de comprobación, y su función es construir, por una parte, un conjunto de filtros, para evitar que la información llegue distorsionada o manipulada y, por otra, un conjunto de reglas que le dan guía y certeza a la construcción del relato final.

Estas tres dimensiones, como ya se ha dicho, no pueden ser analizadas como algo aislado, tampoco pueden ser desarrollados los principios y garantías como temas solitarios, o unidos por una vaga referencia al “debido proceso”, o al Estado de Derecho. Todas conforman un sistema que se estructura de diversos modos.

La primera dimensión la constituyen los requisitos de verificabilidad. Lo cual requiere de algunas explicaciones

ALBERTO BINDER

más amplias. Y como ya se ha escrito, en la base se encuentra el principio de exterioridad y su garantía que es el concepto de hecho. Para evitar vaguedades e indeterminaciones, aquel se concreta en proposiciones puntuales (sobre el autor, circunstancias, daño, medios, etc.), así se consigue precisión. Además, la lucha política por la protección del ciudadano frente al poder penal ha logrado conquistas vinculadas a la mayor determinación de la idea de hecho.

En cuanto a los principios, tenemos que, tratándose del de legalidad (no se trata de cualquier hecho sino el seleccionado por la ley), este fortalece la función del Parlamento; por su parte, el principio de culpabilidad previene frente a la simple ocurrencia del resultado, es decir, la responsabilidad objetiva; en lo que se refiere al principio de lesividad, este preserva de la reintroducción del derecho penal infraccional (fundado en la idea de desobediencia, no de daño), cercano al derecho penal de autor; y el principio de proporcionalidad, obliga a volver operativa la concepción del derecho penal como *ultima ratio*, además del vínculo indisoluble entre la reacción y la gravedad del daño concreto.

Estos cuatro principios constituyen garantías de primer orden, que delimitan, precisan, y concretan la idea de hecho, mediante calificaciones jurídicas. Ya no se trata de cualquier hecho, sino de aquel previsto en la ley como delito; no se trata de cualquier actividad del autor, sino solo de

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

aquella evitable, y por lo tanto, reprochable; no se trata de una pura acción, sino de aquella que produce un daño (una interacción dañosa), y no se trata de cualquier daño, sino de uno relevante y relacionado con el tipo de respuesta. Como se puede observar, el juego de estos principios aumenta el nivel de protección y precisa aquello sobre lo cual se debe decir verdad. Pero el desarrollo del sistema de garantías no se ha detenido a lo largo de la historia: se trata de una tarea permanente frente a nuevas amenazas o formas de los viejos abusos. Por ello, la dogmática penal, en especial a través de la teoría del delito, ha construido todo un análisis del hecho, con base al desarrollo y precisión de las exigencias que surgen de esos cuatro principios. La doctrina del tipo penal (con todos sus detalles), la de la culpabilidad, la teoría del error, las circunstancias de determinación de la pena, etc., constituyen el desarrollo de garantías de segundo orden, dado que en todo caso, su función es fortalecer las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad, proporcionalidad). De este modo, los requisitos de verificabilidad se vuelven un listado muy puntual, donde cada segmento del hecho está precisado por las exigencias de principios, hoy por hoy, todos ellos, con fundamento legal. Por lo que esta dimensión constituye, respecto de la idea de verdad, una técnica muy detallada de proposiciones fácticas, seleccionadas desde los principios de protección.

Ahora bien, es importante indicar que para definir con certeza aquello acerca de lo cual se debe decir verdad no

ALBERTO BINDER

alcanza, porque la historia está repleta de ejemplos de relatos preciosistas, fundados en el rumor, el prejuicio o la falsedad más directa. Tal es el caso del relato detallado al extremo de las confesiones de brujas, era toda una técnica para dar apariencia de verdad a las fantasías más descabelladas. Por tal motivo, se debilita todo el sistema de protección si no existieran precauciones, también muy puntuales, acerca de cómo construir esa verdad.

Las condiciones de verificación cumplen esa función, pues establecen exigencias acerca del modo de verificación. En primer lugar, efectúa esa función el principio de imparcialidad, el cual – que no constituye ninguna regla moral, como suele creerse – establece que el juez, bajo ninguna circunstancia debe convertirse en gestor de un interés. Para eso están las partes que, por definición, se encargan de ello. El juez es imparcial, no porque no tenga ideas, prejuicios, ideología, etc., sino porque no gestiona esos intereses, ni siquiera los colectivos. De allí surgen muchas normas prácticas (no indagar, responder a las partes, etc.) que a los jueces de tradición inquisitorial les cuesta asumir. Esta imparcialidad (como garantía de primer orden) es tan importante que se encuentra apuntalada por otras garantías de segundo orden. Por ejemplo, para tener jueces imparciales, se requiere que sean independientes, para ello, su organización (el Poder Judicial) debe estar dotada de autonomía, para que esta no se vuelva en contra de la independencia de los jueces – existe una preocupación de la democratización interna

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

del gobierno judicial –. Lo mismo ocurre con el principio de juez natural y todas sus derivaciones, con la estabilidad o con la idoneidad de los jueces. Todos esos principios se convierten en garantías de la imparcialidad, que es el principio básico en la construcción de la verdad.

La historia ha mostrado que los intereses del imputado suelen ser dejados de lado o simplemente avasallados. El principio de contradicción o, mejor dicho aún, el derecho a contradecir la acusación, se convierte en otra condición de verificación primaria que, a su vez, se encuentra apuntalada por otras garantías de segundo orden, tales como el derecho a una acusación única, cierta y completa, el derecho de defensa o el derecho a ser tratado como inocente. Todas estas garantías robustecen la contradicción, entendida como fortalecimiento de la gestión del interés del imputado. La triada de condiciones de verificación básica se completa con la publicidad que nos preserva frente a la tendencia permanente al secreto y la oscuridad propia del poder penal, y que ha adquirido nuevas dimensiones de protección ante las distorsiones y las presiones de los medios de comunicación.

Estas tres garantías básicas – apuntaladas por las de segundo orden –, se estructuran en la forma del juicio previo. Cuando se habla de “oralidad”, en realidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin un juicio previo, y juicio no es cualquier trámite, sino la estructura

ALBERTO BINDER

(conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidad, la contradicción y la publicidad. También la experiencia histórica ha mostrado (y el lector tendrá que disculpar esta continua referencia a la historia, pero es muy nociva una visión meramente técnica de las garantías, que no tome en cuenta su desarrollo histórico-político) que solo la oralidad, la inmediación, la concentración, la continuidad, es decir, las formas de la oralidad en sentido amplio, son los únicos modos hasta el presente, que garantizan las condiciones de verificación. El principio de juicio previo (o simplemente de juicio) es lo que todavía le cuesta asimilar a la cultura jurídica latinoamericana. En gran medida, todo el movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina ha sido un enorme esfuerzo, por instalar con una nueva fuerza y claridad, la idea de juicio. Ni la doctrina tenía la certeza (no hay que olvidar que para muchos se podía satisfacer la exigencia del juicio previo con un simple expediente de papeles) – y menos aún la jurisprudencia o la práctica de la abogacía – sobre el carácter basal de este principio. Mucho más modernamente, incluso, se ha pretendido desplazar la idea central de juicio por el concepto mucho más indeterminado de debido proceso que en realidad, es posterior – y pensado para otras áreas –.

Finalmente, el sistema de garantías se completa con la tercera dimensión denominada: “Reglas de comprobación”. Las proposiciones fácticas deben ser verificadas siguiendo ciertas directrices, pero lo que verifica a estas son los datos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

de la vida social, huellas del pasado que se introducen en el juego del proceso, siempre y en todo caso bajo relatos y narraciones.

El juicio es un juego de narraciones, de las cuales hay que extraer información que será más o menos útil. Las partes debaten y litigan para imponer su versión final de los hechos, siendo los jueces quienes asuman uno u otro. Todo este proceso de “descomposición y reconstrucción de los relatos” se encuentra reglamentado para evitar abusos, prejuicios, superficialidades, etc. Lo que usualmente se conoce como reglas de prueba y que marcan esos límites.

Se inicia por la formalización de los medios de prueba (que conforman estatutos normativos precisos sobre el tratamiento de distinto “tipos” de relatos) hasta las reglas de “valoración de la prueba”, y las exigencias de fundamentación de la sentencia. Existen un sinnúmero de reglas legales, estándares probatorios y técnicas de argumentación o razonamiento que hoy constituyen buena parte del entrenamiento judicial y de los litigantes. De hecho, en gran medida, los sistemas de justicia penal se ajustan y evolucionan alrededor de las reglas de exclusión probatoria. Como se puede observar, alrededor de la idea de verdad y de juicio se organiza todo el sistema de garantías, de tal manera que “oralidad” podrá ser el nombre sintético que se utiliza para economizar explicaciones, aunque en realidad se está hablando de todo un modelo de sistema judicial.

1.2. La audiencia oral como centro del proceso

Lo expuesto hasta el momento busca mostrar cómo la audiencia oral, la que es propia del juicio oral y público, constituye el centro del proceso. Para que se entienda mejor es importante hacer algunas aclaraciones. En primer término, es evidente que no adquiere un carácter como tal, por una razón cuantitativa, pues solo un porcentaje menor de casos, llegan a una sala de audiencia para la realización de un juicio pleno, sin embargo, esta no es la cuestión. Lo que se llama centralidad del juicio se refiere a una que es política y técnica. Independientemente de que arriben a esa instancia un diez o un quince por ciento de los casos – o aun menos –, ello no modifica un ápice de aquella. Además de lo anterior, se podría agregar una centralidad cultural, dadas las implicancias que la idea del juicio tiene en la comprensión del sistema y el entrenamiento de las aptitudes de los operadores de la justicia penal.

En un sentido político, el juicio oral adquiere centralidad porque en todo momento el imputado mantiene el derecho de llegar a esa instancia. Los sistemas de justicia penal modernos buscan establecer muchas medidas de respuesta directa o simplificada, e incluso, fórmulas para la declaración de culpabilidad (procedimientos abreviados, directos, negociaciones, etc.), las cuales, pueden cumplir, bajo ciertas condiciones, funciones útiles para agilizar la persecución penal, pero todas ellas siempre ponen en tensión los principios de protección. De tal manera que,

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

mantener siempre vivo el derecho al juicio pleno, junto con el requisito de un consentimiento muy bien informado, y cuando se renuncia a ese derecho, se es parte del equilibrio político básico dentro del proceso penal. Tanto la extensión de las garantías hacia las etapas preparatorias – en especial respecto de la prisión preventiva –, como los resguardos con relación al control de la sentencia, se realizan sobre el modelo del juicio pleno, incluso, dentro del sistema de garantías, denominado “garantías de tercer orden”, aquellas que buscan apuntalar o fortalecer, no ya a otra garantía en particular, sino a toda la estructura del juicio como tal. El *non bis in idem*, el derecho a la revisión integral del fallo de condena o el derecho a una sentencia en plazo razonable, son garantías de ese nivel, buscan que la centralidad del juicio no sea debilitada por la demora, por la falta de control o por el simple expediente de quitarle fuerza mediante la posibilidad de su repetición.

La centralidad del juicio también cumple funciones técnicas vinculadas al fundamento y al régimen de control de todas las instituciones procesales. Todas ellas – sin excepción – adquieren su fundamento y sentido en relación al juicio. O son institutos que existen para preparar el juicio, o bien, para desarrollarlo o para asegurar su control. Nada escapa a estas funciones, desde los grandes “actos” como las audiencias de control, o las acusaciones, incluso, hasta los trámites rutinarios – como las notificaciones o vistas –. Toda la actividad del proceso está orientada hacia el juicio o es iluminada desde él, en el sentido

político – como se vio en el párrafo anterior –, o en el sentido técnico. Por otra parte, el nivel real de garantías de la justicia penal depende del régimen de nulidades, de respuesta a los incumplimientos formales. Los principios están garantizados en tanto provocan decisiones judiciales de invalidez o de saneamiento de los mismos, afectados por la actividad ilícita.

El régimen de nulidades debe ser pensado desde la totalidad del sistema de garantías que gira alrededor del juicio, como plenitud de las condiciones de verificación, tanto para discernir la nulidad como para establecer las políticas de saneamiento. De un modo u otro, el juicio oral adquiere centralidad y constituye el pivote de todo el sistema de garantías, desde un punto de vista práctico, técnico o político.

1.3. La audiencia oral como ritual de pacificación

Ahora bien, no solo debe verse a la audiencia oral desde sus funciones prácticas, vinculadas al sistema de garantías. La administración de justicia cumple una función eminente en la pacificación de la sociedad. Toda sociedad debe lidiar, para bien o para mal, con su conflictividad. En particular, las sociedades deben establecer un sistema completo de gestión de la conflictividad de manera tal que, independientemente de las soluciones “de fondo”, no queden los conflictos librados al azar, ya que ello significaría que en cada uno se impondría siempre el más

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

fuerte. Evitar una sociedad donde prevalezca ello, es uno de los cometidos del imperio de la ley. De todos los mecanismos de este tipo de gestión, el uso de las formas judiciales es uno de los principales. El proceso en general y el proceso penal en particular, constituyen básicamente, un sistema de formas, de reglas de actuación que regulan el poder penal y protegen al individuo. Garantías y formas son inescindibles, tal como sostuvo con lucidez IHERING.

Además de lo anterior, también hay que tener en cuenta otra consideración que es indispensable, aquella que nos indica que existen dos formas básicas y antagónicas de comprender al derecho penal. Según una, que se llamará “derecho penal del conflicto”, trata de intervenir en la conflictividad social, mediante la selección de algunos conflictos respecto de los cuales “no queda otro remedio” que intervenir con el poder penal. Las razones de esa elección son complejas y están reguladas por los distintos principios que conforman el universo del derecho penal como *ultima ratio*. Para la otra visión—de raíces inquisitoriales—, el derecho penal es, ante todo, una infracción, una desobediencia. Allí no predomina el conflicto (primario) sino el conflicto secundario. El caso no es que Juan le pegó a Pedro y lo dañó (conflicto base) sino que Juan, en tanto le pegó a Pedro, desobedeció a la ley, a la orden de no dañar (conflicto secundario). Subyacen aquí dos cosmovisiones sobre el poder penal que compiten desde hace más de cien años. Dice Sebastián SOLER:

ALBERTO BINDER

Lo notable del cambio propuesto por el moderno autoritarismo consiste en que se desaloja del centro del sistema la idea de derecho subjetivo, de interés jurídico, de bien jurídico, y se coloca en ese lugar al Estado, al Estado mismo. El núcleo del derecho penal no estará constituido por la idea de la tutela de bienes o derechos, sea quien sea el titular de ellos. El Estado ocupará esa sede no como titular de derechos, sino como sujeto, en el cual toda relación jurídica se origina y concluye³.

De este modo, si se opta, como es propio de un sistema democrático, por un derecho penal del conflicto, resulta más clara la necesidad de gestionar esa conflictividad en términos de evitar (o en el caso de los conflictos penalizados de disminuir) el abuso de poder y la violencia, que se expresan cuando gana el fuerte por ser más vigoroso.

Para intervenir en aquellos, la administración de justicia utiliza la técnica de la formalización, al aplicar formas sobre un conflicto, lo convierte en un litigio. Por tal razón, todo litigio es un conflicto formalizado. Ahora bien, se trata de una técnica y, desde esta perspectiva, es de pacificación. Para que se pueda cumplir con esta finalidad primaria, es indispensable que la formalización sea acertada en lo que admite o excluye del conflicto base, pero en todo caso, no puede perder una mínima referencia e identificación con ese que es primario. Cuando a un conflicto se le formaliza

³ SOLER, S. *Bases ideológicas de...*, pg. 39.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

bajo la lógica del expediente escrito, no se identifica nada del originario: no se encuentra al agresor, ni a la víctima, ni la comunidad participa; todos quedan convertidos en hojas de papel, en actas redactadas con un lenguaje uniforme y artificial (nadie habla ya en el español forense y antiguo de nuestras actas). En la audiencia todo es distinto. Juan, el agresor, que ahora será acusado, se encuentra allí, en presencia física, de carne y hueso; la víctima también con su lenguaje y perspectiva. Los funcionarios estatales no son una “firma” sino una presencia real, y la comunidad (afectada también por el conflicto) tiene la posibilidad de hacerse presente en la sala. Las formas cumplen en esta audiencia una función de pacificación porque no ocultan a los protagonistas, no desplazan los conflictos, solo logran que la violencia se traduzca en palabras, argumentaciones, debates, presencia controlada y admitida. De esa manera, a través de la generación de un ámbito de comunicación se logra un lugar de pacificación y tolerancia.

El cumplimiento adecuado de las formas procesales se ha considerado siempre como una de las tareas importantes de la judicatura, así como parte de lo que se conoce como “principio de objetividad” del ministerio público. No obstante, esa gran finalidad queda desvirtuada cuando aquellas se convierten en un puro formalismo, en rituales sin sentido, o que ponen barreras infranqueables entre la gente y los funcionarios. Por tal razón, las formas procesales como reglas de juego deben ser pocas, claras y respetadas en todos los casos. Cuando así ocurre, el cumplimiento de

ALBERTO BINDER

estas se convierte en una condición de confianza y no de rechazo, esto es parte del giro copernicano que se debe realizar en nuestra administración de justicia.

Uno de los obstáculos principales con el que se cuenta para el desarrollo de esta función de pacificación es la fuerte tendencia de los funcionarios judiciales a convertir toda institución procesal en un conjunto de trámite. Atrás de esta concepción no solo se encuentra la rutina, la desidia o el simple hábito mental, sino que el trámite es la formalización propia del sistema inquisitorial. Bajo la apariencia de formas neutras, en realidad el expediente es la expresión corpórea de la relación de desobediencia, propia del derecho penal infraccional. Quien tiene un expediente abierto, sabe que posee “cuentas pendientes” con la autoridad. Las formas del sistema inquisitorial (y la reconversión inquisitorial de estructuras adversariales, a través de su escriturización) son muy eficientes a la hora de materializar y volver concreta y expresiva la noción de infracción. Es por esa razón que la recuperación de las que son adversariales no puede ser vista simplemente como un cambio de trámite. Cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como “reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

La audiencia oral, e incluso, el espacio físico de la sala de esta, cumplen un papel simbólico directamente vinculado con las funciones de gobierno de la administración de justicia. No se trata solo de pacificación, tal como se ha insistido en el párrafo anterior, sino también de tolerancia y de cultura de la legalidad. Se suele quejar de la debilidad de ambos valores. La intolerancia ha campeado en nuestra historia y sigue siendo una realidad hiriente. La historia de la legalidad en nuestras repúblicas es también la de su debilidad. Sin embargo, poco nos hemos ocupado por preguntarnos qué se ha hecho a favor de las instituciones de las cuales surge la tolerancia y el respeto a la ley. Una de esas instituciones es la administración de justicia, y respecto a ella, se debe decir que se ha mantenido a lo largo de siglos sumida en la oscuridad, en el laberinto del formalismo y en la cultura leguleya del secreto, la demora y la trampa legal. Además, nuestras dirigencias no han tenido mayor empacho en manipularla de los modos más ostensibles y brutales. ¿De dónde debería surgir, entonces, la cultura de la legalidad? Si se ha dejado que los conflictos transiten carriles propios, alejados de las salas de audiencia, no debería sorprender que cueste construir una cultura de tolerancia. Una cultura ratifica sus valores o los cambia de la mano de los modos de resolver sus conflictos.

La audiencia oral como herramienta principal de la administración de justicia es la gran fábrica social de la cultura de la tolerancia y de la legalidad. No es casual que el núcleo central de los derechos fundamentales, aquellos

que han servido para delinear con mayor precisión el concepto mismo de la dignidad humana, tengan relación con las maneras como los ciudadanos han sido tratados por los tribunales.

1.4. Audiencia oral y contracultura

Existe otra función primordial de la audiencia oral, la cual es uno de los instrumentos centrales de la conformación de la cultura judicial – se suele utilizar con mucha frecuencia la idea de cultura jurídica o judicial –. Las reformas no pueden afincarse por problemas “culturales”. De hecho, durante mucho tiempo se sostuvo que las diferencias entre los modelos inquisitoriales y adversariales dependían de cuestiones culturales, como si ambos no se originaran en la base románico-germánica que constituye la europea. Desde luego que la historia moldea todos los procesos, y también el propio, del desarrollo de los sistemas judiciales, pero no es cierto que exista algo así como una “idiosincrasia nacional” que impida que se respeten los derechos humanos y las garantías judiciales.

Cuando se hace referencia a la cultura jurídica, en realidad se trata de las costumbres de los abogados, a esa especial persistencia en sus rituales y formas de trabajo. Es ese apego al formalismo, al escriturismo y a formularios lo que constituye un obstáculo. Pero, justamente, realizar acciones para superar esa situación de sometimiento del conjunto de la sociedad a formas de trabajo de los

abogados, es también uno de los objetivos del proceso de reforma.

Lo que todavía no se ha hallado con claridad es el conjunto de instrumentos que permitan hacer esa superación. En particular, porque las escuelas de leyes siguen apegadas a formas tan antiguas de ejercicio profesional que inyectan atraso en los procesos de reforma. Sin embargo, ya se sabe que existen algunos instrumentos con mayor eficacia para cambiar esa cultura o, por lo menos, para ponerla en cuestión. Entre todos ellos, la audiencia oral – realizada de un modo masivo, como el lugar permanente de trabajo del abogado – que constituye, sin duda, uno de los más eficaces.

1.5. Fuentes

FILANGIERI, C. *Ciencia de la legislación*. Madrid: Imprenta de Núñez, 1822. 3.^a e. Trad. Jaime Rubio. T. IV.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1983.

SOLER, S. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Eudeba, 1966.

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 “esclavos 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

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

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 Maleficarum*, 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 inmediación 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

ALBERTO BINDER

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

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,

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

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

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

ALBERTO BINDER

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.

3. TENSIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PROCESO PENAL¹

3.1. Tensiones y miradas en el proceso penal

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y al dolor de las víctimas – o la desesperación ante la impunidad –, que se multiplican en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debamos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán. Al contrario, la última década nos ha sorprendido con nuevos y variados mecanismos de violencia sin control, y con argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el secreto de la actuación pública, o

¹ Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, del 5 al 7 de septiembre de 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura².

El reconocimiento de la existencia de estas tensiones no es nuevo, y ya constituye una fórmula clásica en nuestra materia sostener la necesidad de construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas y que proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación. Las viejas fórmulas que encontramos en CARRARA o en MITTERMAIER son repetidas en nuestros tribunales y abogados. Incluso esta fórmula de compromiso ya forma parte del bagaje elemental de todo estudiante de derecho procesal y se sustenta en un “sentido común” que parece blindarla de toda consideración crítica³.

² No cambian de naturaleza los debates porque se los revista de fórmulas jurídicas (tales como el Acta Patriótica en los Estados Unidos o se los pretende presentar como un “simple” dato del ordenamiento jurídico, revestido de academicismo, tal como ocurre en el llamado “derecho penal del enemigo”. Los temas a debatir y las posturas ideológicas que se expresan en ellos son las que corresponden a las tradiciones liberales y autoritarias que han cambiado de nombre a lo largo de la historia, pero mantienen un núcleo central de diferencias que permite reconocerlas pese a sus mutaciones.

³ En mi libro BINDER, A. M. *Introducción al derecho...*, pgs. 52 y ss., ya está planteada esta posición, aunque no con total amplitud. En MAIER, J. *Derecho procesal penal...*, se sustenta la posición que conocemos como “doctrina de la doble eficiencia”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

Sin embargo, esa fórmula no es buena. No lo es porque simplifica el problema y nos brinda la falsa impresión de que construir esa síntesis entre funciones antagónicas es algo “dado” o fácil de construir en el decurso histórico del derecho procesal penal. Nada más alejado de la realidad. En primer lugar, debemos interrogarnos acerca del plano en el que se halla esa fórmula de compromiso. ¿Es ella una descripción de lo que ocurre? ¿O es una expresión de lo que debería ocurrir en el proceso penal? ¿O, finalmente, es una frase didáctica para hacernos entender las tareas del proceso penal? Es probable que la usemos en todas esas dimensiones y, generalmente, sin advertir en qué plano se haga. Pero, de todos modos, en todos ellos esta tiene problemas. Si nos referimos a una situación de hecho, creo que la idea de una “síntesis” entre la tutela efectiva de los derechos de las víctimas (incluida en esta frase al conjunto de la sociedad que se expresa a través de la acción pública) señala bastante mal las opciones que se toman todos los días en nuestros tribunales. Ellas se nos presentan como antinomias, como contradicciones donde no quedan contentas las dos partes. Mucho más aún cuando el proceso penal, en tanto discierne la aplicación de una pena, no admite soluciones intermedias: o ella es aplicada o el imputado es absuelto. En ese sentido es un sistema binario, sin zonas grises, ya que el principio *in dubio pro reo* impide toda solución de ese tipo. En consecuencia, las necesidades de tutelar a la víctima o al imputado, no encuentran nunca una fórmula exacta de síntesis; en el mejor de los casos se “equilibran” en un punto que nos

ALBERTO BINDER

parece admisible valorativamente, pero que estará siempre en cuestión, sometido a la crítica en un sentido u otro. Esto ocurre tanto respecto a cada caso o a clase de casos. Incluso si queremos usar la de compromiso para referirnos a un determinado momento histórico del proceso penal nos encontraremos con el hecho ineludible de que los “equilibrios” entre ambas necesidades sociales son muy diferentes en los distintos tipos de delitos de los que se ocupa el proceso penal. Como técnica descriptiva, en consecuencia, esta “armonía” en el cumplimiento eficiente de ambas finalidades nos muestra un proceso penal que en realidad no existe. No nos señala la dinámica contradictoria que está en la base del mismo proceso y que no se resuelve en ninguna armonía.

Podemos usar aquella como expresión de un deber ser. En este sentido, el mejor proceso penal sería aquel que pudiera dar satisfacción eficiente a ambas finalidades sociales. Esta nos podría servir tanto de estímulo de corto plazo para perfeccionar el proceso penal, como de horizonte utópico para el desarrollo de una política procesal de largo plazo.

Si se trata del primer caso, en realidad no necesitamos a la fórmula de compromiso, ya que es la consecución de cada finalidad social en sí misma lo que ha empujado y empuja al proceso penal, inclinándolo hacia un lado o hacia el otro, y provocando, de hecho, equilibrios inestables. El proceso penal es llevado, por así decir, por la víctima y el imputado hacia lados diferentes en una puja sin fin. Si se

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

trata de la segunda dimensión, la fórmula ya no es deseable, dado que el objetivo final no es construir el mejor proceso penal, sino algo mejor que el proceso y el derecho penal. La aplicación de una pena podrá ser una herramienta de la que aquí y ahora (o en un futuro, más o menos cercano) no podemos prescindir, pero no es una herramienta que deba sostenerse como un instrumento benévolo de la vida social. Aun quienes tienen una visión pesimista del hombre y la sociedad, pueden reconocer que en el plano de la utopía es mejor sostener una sociedad sin violencia que una con la violencia contenida o institucionalizada. Nos queda discernir si se trata de una buena fórmula pedagógica, si ella nos prepara mejor para entender y actuar en el proceso penal. Si de lo que se trata es de señalar que hay dos finalidades enfrentadas en el proceso penal. Existen muchas otras formas de expresar la misma idea con igual o mayor capacidad comunicativa o plástica. Ahora si se trata de preparar al alumno para entender mejor o actuar con eficiencia en el proceso penal, no le hacemos ningún favor si lo adiestramos por fuera del contexto real de contradicciones en el proceso penal o no le enseñamos a mirar con especificidad los distintos intereses en juego. Los contendientes no tienden al equilibrio sino a la defensa de los intereses que deben representar, sin perjuicio de que finalmente se construya alguna forma de equilibrio.

Como derivación de lo anterior, también se deben señalar las debilidades de la presentación del proceso penal bajo una forma dialéctica. Es cierto que ella reconoce las posturas contrapuestas, pero es de la esencia de esta,

ALBERTO BINDER

reconocer la síntesis de los opuestos y poner el énfasis en ese momento sintético. El recurso a la idea dialéctica se presta mejor al proceso penal, visto desde la óptica del juez, y pareciera que finalmente lo que está en juego es solo un problema de perspectivas. Pero no es así, aun cuando nos pongamos en el lugar del juez, lo que él hace no es una síntesis entre dos intereses, sino la opción por uno de ellos. En el caso del proceso penal, el juez o autoriza la pretensión del acusador o la niega. No construye ninguna solución de compromiso.

Es por estas razones que siempre hemos preferido explicar el proceso penal desde su antinomia fundamental, es decir, desde esa contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y resalta sus tensiones. Una contradicción que no se resuelve en ninguna síntesis ni armonía, que queda como pura contradicción, como contraste de fuerzas que se equilibrarán de algún modo, modo inestable, mejor dicho, en una multiplicidad de equilibrios que se dan caso a caso y por tipos de procesos y delitos, generando la multiforme vida del sistema penal.

Pero, sin duda, lo afirmado precedentemente constituye también una mirada, una forma de comprender el proceso penal. A lo largo de la historia esas miradas han variado, aunque nunca han ocultado totalmente esa contradicción de intereses y expectativas que está en su base. Ha sido el modelo inquisitorial quien ha tenido más éxito en ocultar esa contradicción de intereses, y presentarnos el proceso

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

penal desde una perspectiva distinta. Es que en la lógica inquisitorial la contradicción es únicamente entre el imputado y el Estado, se trata de un modelo infraccional, que ha desplazado a los intereses de la víctima y se presenta desde la restauración de la relación de obediencia respecto de la cual el hecho es solo una manifestación. Esta visión, despojada ya de sus connotaciones moralistas y teologales, ha logrado pervivir a lo largo de los siglos, y se mantiene aún con gran fuerza, hasta hace apenas unas décadas, con fórmulas que no ocultaban demasiado sus orígenes inquisitoriales. Luego, en la medida que el aparato conceptual del derecho procesal fue depurando la mirada inquisitorial, quedó oculta en la lógica del trámite, y el análisis secuencial que nutrió de ideas a las diversas formas de procedimientos mixtos.

La mirada unitaria sobre el proceso penal todavía mantiene vigencia. Ya sea en las concepciones meramente instrumentales del proceso penal, o en las visiones aparentemente obvias que nos enseñan las reglas procedimentales, o en un derecho procesal penal que se desentiende de las consecuencias políticas de sus normas, y se presenta a sí mismo como el pequeño saber de la burocracia judicial, la más potente ideología estatal de nuestros días. El problema central de la mirada unitaria sobre el proceso penal no es solo que debilita la mirada sobre los intereses contrapuestos, sino que se ubica en un lugar de compromiso que, como hemos dicho, no existe en el proceso penal, salvo bajo el modelo inquisitorial.

ALBERTO BINDER

Pero de todos modos, en lo que nos interesa para esta exposición, lo determinante es que el objetivo de tutela efectiva de los intereses de la víctima (y la consiguiente lucha contra la impunidad), es decir, los objetivos político-criminales del proceso penal, por un lado, y la lucha por la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por esa política criminal, quedan diluidos, opacados en la mirada unitaria sobre el proceso penal. Borrosas en sí mismas, como dimensiones insoslayables del proceso penal, y diluidas en la fuerza de su oposición sin armonía.

Es conveniente, en consecuencia, salvar ambas dimensiones y su contradicción, tal como lo hace la idea de antinomia fundamental. Este rescate es importante porque el desarrollo del proceso penal nos obliga a desarrollar ambas dimensiones en su lógica interna, que es diferente, así como a construir un saber práctico para cada una de ellas, conforme también a sus necesidades específicas. Un derecho procesal penal instalado en la mirada unitaria es como el conductor de una cuadriga que corrige la fuerza de uno u otro de los líderes, pero no deja desarrollarlos en su propia fuerza.

Debemos, pues, abrir una reflexión autónoma sobre la dimensión político criminal del proceso penal, independientemente del sistema de garantías. Pero entiéndase bien, ello no implica que deba dejarse de lado el sistema de garantías o debilitarlo: todo lo contrario, también una reflexión autónoma sobre ese sistema permite

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

desarrollarlo con mayor amplitud y sin autorrestricciones, fundadas en razones político-criminales.

Desde el punto de vista de la construcción de saberes prácticos, está faltando un tipo de conocimiento necesario para desarrollar una verdadera eficacia del proceso penal, independientemente del cumplimiento estricto del sistema de garantías o, incluso, de su ampliación.

La política criminal, como parte de las políticas públicas del Estado (de exclusiva gestión estatal, a diferencia de otras) es mucho más extensa que el proceso penal. De hecho, es solo uno de los instrumentos de ella, aunque uno de gran importancia, ya que está indisolublemente ligado a la pena, que es el instrumento político-criminal por excelencia. ¿Cuál es el saber que orienta, perfecciona y corrige a la política criminal? Todavía no se ha consolidado, y a lo largo del último siglo, tanto el derecho penal (en particular, el orientado a las consecuencias político-criminales) como la criminología, han pretendido ocupar ese lugar. Sin embargo, lo han hecho a medias y de un modo oblicuo. Incluso, una de las políticas públicas de mayor riesgo dentro del Estado (porque implica el uso de los instrumentos violentos del Estado) se encuentra en gran medida al garete, sin un saber que la controle y oriente, y por ende, sin reglas técnicas además de las políticas o morales, sin una comunidad de control, sin claridad en sus propuestas, sin un lenguaje común estabilizado que facilite el debate público y el control democrático.

ALBERTO BINDER

Creo que la constitución de una nueva disciplina, el análisis político-criminal deberá llenar este vacío. Una nueva disciplina no es nada más que eso, un ordenamiento clarificador de conocimientos que ya existen, pero que no han encontrado aún su método. El análisis político-criminal permitirá conjugar de un nuevo modo, hallazgos que ha hecho el derecho penal, la criminología o el mismo derecho procesal, pero en mayor medida permitirá trasladar la enorme cantidad de ideas, experiencias y controversias que giran alrededor del análisis de políticas públicas en los últimos cincuenta años.

En efecto, como señala SUBIRATS:

(...) los trabajos de gente como SIMON, DAHL, LINDBLOM, WILDAVSKY o MAJONE han resultado esenciales para comprender que la política no es solo preocupación por los mecanismos de poder y legitimidad, ni tampoco exclusivo interés por el mundo de la representación política, a través de análisis exhaustivos de partidos o elecciones. La llamada escuela de *public policy* nos ha ido aportando un volumen significativo de estudios y análisis en los que subyace la preocupación por la formación de decisiones políticas y su puesta en marcha. El mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectado con otras disciplinas, como

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública en sociedades pluralistas. (...) Se parte del presupuesto pluralista, en el que poderes y recursos se distribuyen de manera desigual, y en el que los procesos decisionales son más bien el resultado de interacciones múltiples en las que participan muchos actores (políticos electos, funcionarios de todos los niveles, pero también partidos, grupos de interés, expertos, académicos, medios de comunicación) de manera simultánea. Se “burocratizan” los procesos políticos, se “politizan” los procesos burocráticos, se socializan unos y otros”⁴.

En el mismo sentido, AGUILAR VILLANUEVA establece que:

(...) nuestros politólogos han prestado gran atención a la historia de la formación del sistema político, a los alcances y límites de su funcionamiento, a los canales y procesos de producción del consenso, a las varias patologías del sistema. Contamos con estudios extraordinarios pero pocas han sido comparativamente las investigaciones especializadas acerca de la forma, patrón

⁴ LINDBLOM, CH. E. *El proceso de...*, pg. 5.

ALBERTO BINDER

y estilo de elaborar las políticas, acerca de sus éxitos y fracasos en diversas áreas de asuntos públicos, que en mucho habrían ayudado a allegar evidencia favorable a las atrevidas hipótesis sobre el funcionamiento y destino (casi siempre imaginado como catastrófico) del sistema político⁵.

Por ello, insiste AGUILAR VILLANUEVA que el esfuerzo intelectual y práctico ha de centrarse en el proceso de la política, en sus condiciones de consenso, corrección y factibilidad, así como en su formación, implementación, impacto y evaluación. En averiguar y depurar la manera cómo ciertos problemas sociales o grupales devienen públicos, la manera cómo se obtiene y depura la información acerca de estos, cómo se les define y explica; las teorías causales que sustentan la construcción y evaluación de las opciones de acción gubernamentales, la confiabilidad de los cálculos de costos y beneficios, así como las consecuencias; los mecanismos gubernamentales de comunicación y persuasión para obtener el apoyo de los ciudadanos en torno de una política; los defectos y emergencias a lo largo del proceso de implementación, la evaluación de las políticas, los criterios para terminarlas o continuarlas, la opinión pública que juzga su efectividad y propone opciones diferentes de abordaje.

⁵ AGUILAR, L. *El estudio de...*, pgs. 6 y 22.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

¿Debe provocar el análisis político-criminal un desplazamiento de las tareas del derecho procesal penal? Sin duda, aunque esto todavía no se vislumbra con claridad, porque nos obliga a replantear buena parte de su aparato conceptual. Si el análisis nos brindara los conocimientos necesarios para procurar la eficacia del programa punitivo y la defensa de los intereses de las víctimas, al derecho procesal le compete, al igual que al penal, el desarrollo exclusivo de los límites al poder punitivo, es decir, la expansión del sistema de garantías. Cada saber, de este modo, sirve a una finalidad específica, no necesita realizar transacciones valorativas entre necesidades contrapuestas, y permite dotar coherencia racional a su estructura conceptual en la medida que también tiene en la base una coherencia valorativa sin necesidad de compromisos. No es otro, era en mi opinión, el programa original de V. LISZT, mientras no quedó desplazado por la idea de ciencia penal conjunta.

En efecto, tal como lo ha reconocido el propio ROXIN, para oponerse a esta concepción:

(...) la idea del fin en el derecho penal, bajo la que LISZT había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la política criminal, mientras que el derecho penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de LISZT, protege, “no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”,

ALBERTO BINDER

garantizándole el derecho de ser castigado solo bajo los presupuestos legales y únicamente en los límites legales. LISZT no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que “sin toda la triquiñuela formalista de los “criminalistas clásicos” se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad” sino que opinaba: “En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto nos vinculemos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”. Desde esta base – continúa Roxin aunque sin aceptar las consecuencias – la misión del trabajo sistemático en derecho penal debe ser ajena e incluso contraria a toda finalidad político criminal⁶.

Tenemos pendiente una reorganización de los saberes alrededor del sistema penal. En gran medida la idea de “ciencia penal integrada”, “enciclopedia de las ciencias penales” o la idea de “ciencia principal y ciencia auxiliar”, todas tributarias de una mirada unitaria ha dificultado el desarrollo claro de las distintas disciplinas, como

⁶ ROXIN, C. *Política criminal y...*, pgs. 16 y 17.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

saberes prácticos al servicio de finalidades específicas y diferenciadas. Ello ocurre, incluso, en el derecho penal, que hoy oculta tras un desarrollo escolástico desmesurado, graves problemas teóricos y políticos en su base. En el caso del derecho procesal penal la situación es similar, salvo que en este, se ha renunciado a un aparato conceptual más complejo, para ganar en su inserción cotidiana en la práctica burocrática, provocando distorsiones político-criminales, siendo estas más profundas en el sistema de garantías que en el derecho penal.

Pero no se trata solo de discusiones metodológicas por más que ellas sean de gran importancia. La constitución del análisis político-criminal permite clarificar puntos de crucial interés para la política criminal en general, y para el proceso penal en particular. En primer lugar, una reflexión real sobre la eficacia nos abre una nueva dimensión a la cuestión de la legitimidad del poder penal. Este está sometido a una doble condición de legitimidad: una la que ya conocemos, vinculada al cumplimiento de todos los límites previstos en el sistema de garantías; la otra, a las condiciones reales de la eficacia. Es decir, condiciones de legitimidad que surgen de la propia política criminal. Estas son a su vez de dos tipos: la defensa real del interés de las víctimas, con toda la complejidad que esto puede llegar a tener (por los intereses contrapuestos de los diversos niveles de víctimas involucrados en cada delito), y la política criminal que no puede ser un ejercicio inútil de violencia, ni fundarse en meras suposiciones o fantasías (como hace en gran medida el derecho penal al proponer

como criterio de fundamentación la idea de prevención general).

Las finalidades político-criminales, como ocurre en toda política pública, a consecuencia del carácter instrumental del Estado, deben alcanzar objetivos sociales tangibles para ser legítimas. La política criminal de un Estado republicano, democrático y sometido al de Derecho, debe usar la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal de este, diametralmente opuesto al de policía, que se funda en el ejercicio de la violencia.

Este principio se comprende mucho mejor cuando se integra a la política criminal dentro del marco de la de gestión de conflictividad – de las cuales ella es solo un segmento y no precisamente el de mayor capacidad de resolver aquella –. Es necesario abandonar, de una vez por todas, la idea de que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío, y pueden darse el lujo de ser autistas respecto a las otras formas de intervención en los conflictos. Tampoco es cierto que el derecho penal se enfrenta a la conflictividad de un modo directo; al contrario, siempre está mediado por esas otras formas de intervención, y es dependiente de su éxito o su fracaso.

Esta es otra manifestación del carácter subsidiario que tiene la política criminal, y que en los últimos tiempos ha perdido fuerza frente a quienes pretenden poner al poder

penal en el centro de las regulaciones sociales sobre la conflictividad.

En definitiva, las evidentes funciones político-criminales que se canalizan a través del proceso penal, la necesidad de realizar una reflexión mucho más rica sobre las condiciones de su eficacia y de construir un saber específico para la consecución práctica de esas finalidades, así como la necesidad de depurar al actual derecho procesal penal de la dualidad que le impregna la asunción de finalidades duales y contradictorias; es posible, en consecuencia, la apertura de una nueva mirada político-criminal sobre el proceso, que permita tomarnos en serio su eficacia y extender las exigencias democráticas también a esa dimensión.

3.2. Política criminal y contexto social

Señalar que toda política pública se da en un determinado contexto social es una obviedad. Sin embargo, para el caso específico de la política criminal sigue siendo una afirmación necesaria, ya que ella fluctúa entre una falsa autonomía o una referencia genérica al entorno social. O los problemas político-criminales surgen de necesidades internas (muchas veces, por una desviación escolástica, tales como las necesidades intrasistemáticas del derecho penal), o por simple lucha de doctrinas, o se busca referenciarla con problemas, tales como la pobreza, la exclusión, etc., que sin duda, por su radicalidad siempre tendrán algo que ver con ella, pero cuya referencia siempre

ALBERTO BINDER

estará mediada por otros fenómenos sociales. Llama la atención, sin embargo, la poca atención que se le presta a las diversas clases de conflictividad que forman el contexto más cercano a aquella, tanto en sus manifestaciones como en la manera de intervención, es decir, en la realidad de las políticas más cercanas. En el análisis de cualquiera de ellas, subyace siempre una visión de la sociedad. La cual no debe ser vivida como un prejuicio, sino como uno de los requisitos de toda comprensión de los fenómenos sociales, ya que el mismo sujeto que formule ese conocimiento será parte, lo quiera o no, del proceso que busca comprender. Esta irremediable inmersión en dicho proceso, hace que siempre tengamos una visión de él, más o menos consciente. Pero el análisis debe superar este nivel de comprensión del sentido común para formular con claridad los supuestos de esa visión, y de esa manera, facilitar el debate público. En especial, porque en todo momento debemos evitar la tendencia a que el análisis, por más riguroso que sea, reemplace aquello que es propio de las decisiones democráticas. Muchas decisiones político-criminales, como veremos, no son comprensibles en su magnitud o en su eficacia sin conocer los presupuestos de la visión social de la que se parte.

La sociedad, o mejor dicho, el proceso social (ya que no existe nada estático que pueda recibir el nombre de “sociedad”) está imbricado de conflictos y de acuerdos de cooperación. Es inimaginable una que no tenga conflictos. Esta frase parece obvia – y lo es en cierto plano –, pero

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

si analizamos las distintas posiciones que la teoría social y política ha tomado alrededor del conflicto, deja de serlo. Ha sido bastante usual la consideración del conflicto como una realidad transitoria de la sociedad, y ello ha empujado no solo a las valoraciones negativas sobre la conflictividad, sino a la creencia de que era posible pensar teorías que presupusieran una que no tuviera tales.

La fuerte presencia histórica del pensamiento utópico, aunque sea como técnica literaria es una muestra de ello, tal como nos ha señalado DAHRENDORF⁷. Partir de una visión conflictivista de la sociedad significa, antes que nada, repudiar una visión de la que es fundada en la idea de “orden”. Esto no quiere decir que ambas visiones estén en el mismo plano, ya que la idea de orden es siempre un constructo, en cambio la constatación de la existencia de conflictos puede ser sostenida como una evidencia empírica con mucho menor contenido de construcción si nos atenemos únicamente a esta. Fundar una política criminal sobre una u otra visión es determinante. GINER indica “la posibilidad de que ambas visiones de la sociedad sean, de hecho, muy compatibles, es menos que remota”⁸.

Sostener una visión conflictivista de la sociedad en este plano no implica asumir ninguna idea sobre el modo como

⁷ DAHRENDORF, R. *Las clases sociales...* (1957), *Ensayos sobre...* (1968), *El moderno conflicto...* (1988), entre otros. Es considerado uno de los autores principales de la moderna teoría del conflicto.

⁸ GINER, S. *El progreso de...*, pgs. 176 y 199.

ALBERTO BINDER

se resuelven esos problemas, ni acerca de las dificultades en la construcción de consensos o las reglas de dominación entre grupos. Solo importa señalar la realidad inocultable del conflicto en el proceso social y el rechazo a todo prejuicio sobre el valor del conflicto en sí mismo, como si fuera un elemento negativo, frente al carácter benévolo del orden social.

Es impensable una sociedad sin conflictos, es casi una contradicción lógica porque es inimaginable un proceso social sin cambio y sin movimiento, ello implica consensos y rupturas de estos, pluralidad de intereses, deseos y demandas insatisfechas, realizaciones y frustraciones; en fin, todo el material de la naturaleza humana del cual se nutre la idea del conflicto. La vida social es el resultado de una interacción constante de intereses, y este es el elemento básico de la conducta social del hombre. El conflicto de intereses domina la vida social (...). La contienda entre los diversos sectores conduce al cambio, que es universal y permanente.

La toma de conciencia del plano de la conflictividad al que se enfrenta la política criminal es doblemente importante para la consideración político-criminal del proceso penal, ya que por razones históricas a él, le ha costado asumir la base conflictual de la que parte. En la tradición inquisitorial – una de las manifestaciones más eminentes del derecho penal infraccional – lo que existe es orden y ruptura de este, nunca conflicto en el sentido que

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

hemos utilizado en los párrafos anteriores. Por otra parte, las políticas de intervención son delicadas, ya que se está tocando el elemento dinámico de la sociedad, allí donde se cuecen los valores del futuro.

La historia del proceso penal está plagada de ejemplos de la utilización del derecho penal para retrasar cambios inevitables, con gran costo para la vida social. De todas las políticas que tiene un Estado, aquella que implica ejercer violencia en la dimensión de los conflictos, debería ser la más precisa, la más pensada, aquella que se diseña sobre un conocimiento claro y exhaustivo de la realidad, la más cuidada y debatida; es decir, todo lo que hoy no hacemos con la política criminal y que genera su crónica falta de efectividad.

Esta reflexión en el contexto actual latinoamericano y en el desarrollo de las ideas democráticas en nuestra región, es muy importante. En primer lugar, se debe comprender que las condiciones de vida de nuestro continente – el más inequitativo del planeta – hace que sea una fortuna que tengamos sociedades conflictivas, que no aceptan sumisas esas condiciones de vida. Quizá ahora esta frase suene exagerada o demagógica, pero estoy convencido que en unos años la veremos con otra mirada, convencidos de que allí se están gestando nuevos valores de igualdad y solidaridad que serán finalmente asumidos como pilares imposibles de esquivar. O acaso, cuando hoy miramos la conflictividad de las primeras décadas del siglo XIX no

la asociamos a la aceptación – sin duda difícil, dolorosa, esforzada – de valores sobre la libertad y la igualdad que hoy nos parecen insoslayables, entre otros; los fundantes de la misma idea democrática.

América Latina no tiene otro horizonte que el de una sociedad altamente conflictiva, y eso no nos debe llevar a una mirada ni escéptica ni negativa sobre ese fenómeno. Todo lo contrario. Sin embargo, algo muy distinto es la capacidad que tengan nuestros estados para manejarla sin caer en el autoritarismo, en la comunidad violenta o en formas de abuso de poder, tanto del mismo Estado o de distintos grupos sociales.

En ese sentido, desde la realidad del proceso penal se han hecho muchos esfuerzos en los últimos años para adecuar sus reglas y estructura a condiciones mínimas, provenientes de la idea republicana y del propio Estado de Derecho (oralidad, división de funciones entre jueces y fiscales, publicidad, defensa, etc.); y el proceso de reforma de la justicia penal en nuestra región ha sido rico en reflexiones técnicas y políticas sobre los vínculos entre las primeras etapas de la nueva democracia en América Latina y la administración de justicia penal. Pero hoy ya todo ello es insuficiente. Las demandas de la sociedad sobre el sistema democrático son hoy más grandes. Existen sobre una mayor eficacia en garantizar una convivencia pacífica (no todas dirigidas a la justicia penal, como suele creerse, en una interpretación sesgada), en el sentido de acabar con

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

los tradicionales bolsones de impunidad (delitos de los poderosos, corrupción, criminalidad económica, delitos de lesa humanidad, etc.), demandas en una mayor sensibilidad respecto de las necesidades de las víctimas, tan olvidadas como los derechos del imputado (y no es cierto que esos derechos sean olvidados por respetar el sistema de garantías, sino que estas son olvidadas por la prevalencia de intereses corporativos y burocráticos en la justicia penal). En fin, por fortuna, el proceso penal está hoy sometido a nuevas y exigentes demandas. Por desgracia, no estamos respondiendo con la profundidad y celeridad que requiere la sociedad, en el diseño de nuevas y eficaces políticas de persecución penal; al contrario, nos hemos dejado ganar de mano por el nuevo populismo penal, que oculta los problemas, distorsiona la demanda social y mantiene a nuestros sistemas en un nivel de ineficacia útil para interés sectoriales.

3.3. Populismo, retórica e inflación penal

Cualquier análisis elemental del funcionamiento del sistema penal puede demostrar sus grandes niveles de ineficacia. Esto en cualquiera de sus niveles. Si tomamos el sector de los delitos no tradicionales, esa ineficacia llega a parámetros tan altos que puede ser calificada de absoluta – criminalidad económica, delitos de los poderosos, corrupción, economía ilegal, delitos contra el medio ambiente, etc. –. En el plano de la criminalidad tradicional, también presenta grandes niveles de ineficacia

y el descontrol general sobre los problemas de criminalidad urbana es solo una señal. Es más, estos serían mucho más grandes si se respetaran derechos mínimos, ya que gran parte de la eficacia se consigue todavía gracias al uso distorsionado de la prisión preventiva.

Sin embargo – y esto no deja de ser altamente llamativo –, se sigue apelando a la “solución penal” para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. Esto ha provocado el fenómeno conocido como “inflación penal”, que es la ampliación de la cantidad de las leyes, de pérdida de orientación de la legislación penal y de su capacidad comunicativa, es totalmente complejo y no resiste una sola explicación.

El recurrir a la amenazas del uso de la violencia es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos, de tal manera que si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se ingresan al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionarlos.

Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de infructuosidad es, justamente, esa inflación. Para muchos sectores políticos es por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar

solucionar con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo. Atrás de esto se encuentran conductas muy profundas del presente, es lo que se conoce como “industrias del miedo”.

A partir del hito que ha significado el libro de CHRISTIE⁹ que mostró la influencia del mercado carcelario en la prisión punitiva, ya no se puede tener una mirada ingenua sobre todos estos fenómenos. Otros se han sumado a este, en primer lugar, el mercado de la seguridad privada, uno de los más dinámicos de la región y en continua expansión. Este, tal como hoy está estructurado se nutre de la inseguridad objetiva y del miedo. Su negocio es la inseguridad real, la sensación de esta y la ineficacia de las políticas públicas de seguridad (de donde recluta, por otra parte, a sus principales actores, sean dueños de las empresas o simples agentes y empleados). Existe otro mercado que proviene del espectáculo del miedo, que hace el nuevo amarillismo masivo, que nos aterra con sucesos reales o con la edición repetitiva de hechos ocurridos a veces a miles de kilómetros. Y existe finalmente una industria política, que hace que muchos dirigentes prometan “mano dura” como una forma de lucrar con el miedo de la gente, evadir las relaciones de representación – tan poco respetadas por los

⁹ CHRISTIE, N. *La industria del...*

ALBERTO BINDER

dirigentes políticos de esta época – para establecer las de protección o “señorío”, tan propias del caudillismo o del viejo fascismo.

Lo dicho hasta ahora no niega que existan situaciones de mayor violencia, en especial en las grandes urbes, causadas por una trama compleja de variables económicas, demográficas, familiares y morales, que conforman una nueva cultura de la violencia en nuestras ciudades. Pero es justamente lo difícil de esta lo que obligaría a no caer en el rápido expediente de la amenaza, además cuando se sabe que resulta inútil. Como hemos dicho, el desarrollo de las nuevas políticas de gestión de la conflictividad en democracia deben ser las que respondan a esa realidad. Por ello, el problema no está en la queja ciudadana, en la demanda de seguridad, en el repudio a la cultura de la violencia, todo ello constituye demandas legítimas de una sociedad que no tiene la obligación de diseñar las soluciones adecuadas. La cual compete a los sectores dirigenciales, de todo tipo, y son precisamente estos los que hoy no atinan a diseñar soluciones inteligentes y profundas para un problema de tal magnitud. Les resulta más sencillo apelar a soluciones populistas, engañar con una falsa energía que esconde la pasividad, asustar más a quien ya lo está y mantener al sistema penal desahogado, fuera de cauce, girando en falso, y de ese modo, garantizar también los grandes bolsones de impunidad. La ineficacia del sistema penal se ha convertido en un gran negocio.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

La dogmática penal también tiene su parte de responsabilidad en este problema. Es bastante usual ver coexistir sus quejas ante la inflación penal con una casi inmediata preocupación por los problemas más nimios, con la creación de una agenda de situaciones artificiales y muchas veces impuesta por las modas intelectuales antes que por el responsable análisis de los problemas sociales. Una dogmática penal impregnada de un nuevo moralismo, escondido en jerga sociológica o política superficial, pero sobre todo, que esconde modelos político-criminales, que los encubre en soluciones aparentemente técnicas o de sistema, y que bajo el pretexto de desarrollar el equilibrio, en realidad lo fabrica y lo renueva desde posiciones políticas, sin control y sin competencia.

En definitiva, la nueva retórica del populismo penal se expande por su gran capacidad de prestar servicios a los negocios y mercados que subyacen al sistema, permite prosperar a una dirigencia irresponsable o incapaz de diseñar verdaderas soluciones, así como crecer hasta el hartazgo a una dogmática penal escolástica, que no toma el guante de las grandes interpelaciones sociales y las desdeña como asuntos menores, “irrelevantes” en términos científicos y, posiblemente, lo que sea más grave, permite mantener amedrentados a los ciudadanos, rompiendo las exigencias que ellos mismos podrían hacer a sus dirigentes, los gravísimos problemas que debemos enfrentar para organizar la sociedad, la economía y el Estado, bajo parámetros verdaderamente republicanos,

democráticos y sometidos al Estado de Derecho.

Como ya hemos dicho, la ineficacia del sistema penal no es un “hecho”, es un gran negocio, una construcción social compleja. Quienes quieran ocuparse realmente por revertir esa situación, deben repudiar clara y rotundamente, el populismo irresponsable de la retórica, de la mano dura cuya mayor fuerza consiste en presentarse como parte del sentido común cuando en realidad, es la visión ideológica de los sectores que lucran con la situación de inseguridad.

3.4. Proceso penal y política criminal. Cinco grandes tareas

Reflexionar democráticamente en la eficacia del proceso penal presenta un desafío a un pensamiento como tal, que asume rápidamente las formas y los métodos del sistema autoritario. Centrarse en la eficacia significa, por una parte, hacerlo en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses. Nada de eso significa – ni debe – un debilitamiento del sistema de garantías; no lo es ni debe, ya que en un Estado sometido al Estado de Derecho, el respeto a esos límites es una condición esencial de la legitimidad del poder penal.

En la situación actual de ineficacia existen cinco tareas que se presentan como urgentes y que deben ser destacadas en una visión político-criminal del proceso penal; las cuales son desarrolladas a continuación.

3.4.1. Construir una visión estratégica de la persecución penal

Desde el punto de vista de los intereses personales de la víctima, el proceso penal se enfrenta a un caso, a un conflicto individual en el que una o varias personas están inmersas, y que extiende sus efectos a un círculo restringido.

Y tratándose de la persecución estatal, este se enfrenta a un caso, en tanto expresión de una regularidad social. Es discutible si puede existir una intervención estatal más extensa si no está en juego una regularidad social respecto de la cual existe un interés como tal, en que disminuya o desaparezca, es decir, lo que en términos técnicos se conoce como control de la criminalidad.

Ello no significa que el Estado no deba prestar auxilio a las víctimas en otros casos, pero el fundamento de su intervención (acción pública) es totalmente distinta a las regularidades sociales (otras formas de acción pública, ya que ella, si es que constituye un concepto que se deba mantener, tiene diversas formas y fundamentos).

ALBERTO BINDER

Los fenómenos criminales más comunes (y respecto a los que algo se puede hacer) responden a estructuras reconocibles. Por ejemplo, muchas de ellas lo hacen a formas de mercado, tales como el robo de vehículos, robos de mercaderías, incluso la pequeña rapiña, robo de ganado, hasta llegar a los niveles más complejos, tales como el ilegal de capitales, el de personas, etc. Una parte importante de las agresiones responde también a patrones sociales, como la violencia doméstica, las reyertas entre pandillas juveniles, la violencia en los espectáculos, etc. Las formas de resistencia política que utiliza la violencia ilegal también responden a regularidades. En fin, gran parte del fenómeno de la criminalidad responde a patrones comunes, a formas sociales, a acciones colectivas estructuradas. La persecución penal, sin embargo, de un modo casi exclusivo, se sigue organizando bajo la lógica del caso a caso. Es cierto que el sistema de garantías como es correcto, se debe preocupar de cada uno, pero desde la persecución penal estatal, este debe ser visto como parte de una regularidad social. La finalidad de control de la criminalidad se vuelve tangible, frente a la metafísica de la prevención general.

Un ejemplo simple nos puede aclarar la idea. El robo de vehículos es paradigmático. Se trata de un tipo de criminalidad común, que preocupa al conjunto de la sociedad y genera altos costos. Prácticamente es impensable considerarlo por fuera de la estructura de este mercado. O se roban para vender ciertos vehículos más costosos – normalmente en otros lugares distintos al del robo, implica una logística de traslado – o para desarmarlos y vender las

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

piezas separadas como repuestos. Todo esto responde a una lógica económica de ganancias y se organiza como cualquier mercado, con proveedores de distintos niveles, acopiadores, distribuidores, vendedores y compradores. Un fiscal que pretenda tener éxito persiguiendo caso por caso, por fuera de esta lógica, seguramente no tendrá ningún éxito en términos de control de la criminalidad, e incluso, desde esa perspectiva puede agravar los problemas, como ocurre cuando se provoca la participación de ladrones, cada vez más jóvenes y menos adiestrados, lo que aumenta la violencia. Desde el punto de vista de la sociedad no hay ganancia en esa persecución penal.

Frente a la persecución penal estatal organizada de un modo ciego caso por caso, pretendemos construir una persecución penal estratégica (en adelante PPE), que integre la acción del ministerio público con otras acciones en distintos niveles, y esté guiada por la consecución de un objetivo claro de control de la criminalidad. ¿Qué sentido tiene perseguir cada robo de vehículo en particular, si nada se hace con los acopiadores, intermediadores y vendedores de los otros segmentos del mercado?

Una visión político-criminal del proceso penal nos empuja hacia una visión estratégica de la persecución penal. Los nuevos códigos procesales que han surgido del movimiento de reforma de la justicia penal de las últimas dos décadas han legislado métodos e instituciones que solo tienen sentido cuando están vinculadas a la PPE, tales

como las formas de reconocimiento del colaboracionismo, el principio de oportunidad, las formas especiales para procedimiento complejo, etc. En general, todas estas instituciones o están siendo subutilizadas o utilizadas en el marco de un caso particular, sin visión estratégica, lo que distorsiona la legitimidad de esas medidas, o las vuelve propicias para el abuso o la arbitrariedad.

3.4.2. Modernizar el sistema de investigación de los delitos

Pero así como es insoslayable para un adecuado cumplimiento de los fines político-criminales del proceso, organizar la persecución penal bajo un paradigma distinto, es impensable que cumpla sus finalidades sin el apoyo de un sistema eficiente y moderno de investigación de los delitos. Aquí nos encontramos con otra de las grandes tareas político-criminales del proceso penal.

Es cierto que el sistema de investigación de los delitos es algo mucho más extenso y complejo que el propio proceso penal; pero también es cierto que no es posible construir un sistema de investigación moderno y eficiente por fuera de las exigencias, demandas, controles y resultados de este, que es quien recibe, procesa y da validez a lo arrojado de una investigación.

Las tareas necesarias para modernizar el sistema de investigación son varias y extensas. En primer lugar, hay que asumir la idea misma de “sistema de investigación”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

El uso ágil, coherente y rápido de toda la información disponible en la vida social requiere metodologías de captación de la información, nuevas, extendidas, creativas, flexibles y acumulativas. Esto está muy lejos de la actual situación en la que fiscales y policías ni siquiera logran acceder de un modo eficiente, rápido y productivo, a la información que produce el mismo Estado. La profunda burocratización del Estado que actúa por sectores estancos hace que él mismo sea una caja negra para las investigaciones, o la información se deba lograr con esfuerzos totalmente desmedidos que terminan agotando a los buenos investigadores, abrumando a los inexpertos y dando las mejores excusas a los mediocres, corruptos o burócratas que solo tienen interés, en el mejor de los casos, de mover los expedientes para no tener problemas.

Las deficiencias en el uso de la información disponible se acrecientan cuando se trata de construir una nueva. Si la persecución penal se enfrenta a regularidades, es evidente que ellas producen mucha información justamente sobre sus elementos constantes. En la gran mayoría de los países de la región, los mecanismos para obtener, sistematizar, actualizar y analizar la información específica sobre los fenómenos criminales se encuentra en pañales. Las direcciones de inteligencia policial o no existen, o son recientes, o se encuentran deficientemente organizadas. Vemos pues que, la primera tarea de todo sistema moderno de investigación de los delitos, que es tener información actualizada, sin la cual una PPE es difícil de construir, se

ALBERTO BINDER

encuentra todavía en ciernes.

Otro elemento central de un sistema de investigación de los delitos es la cooperación entre los distintos tipos de policías, y entre estas y otros agentes del Estado que llevan adelante investigaciones. Agentes aduaneros, de migraciones, de las oficinas de impuestos, de control financiero o bancario, de monopolios, de registros inmobiliarios, en fin, diversas clases de agentes e inspectores que producen información, llevan adelante investigaciones, que no tienen ningún tipo de cooperación, o ella se logra esporádicamente, o bien a costos y esfuerzos muy elevados. No solo en la criminalidad no tradicional esto es un golpe mortal a la eficacia, sino que aun en muchos casos de criminalidad común, afecta de un modo determinante la contribución que el proceso penal pueda hacer al control de esta como tal.

A ello debemos agregarle que la carencia de verdaderas policías de investigaciones autónomas en la mayoría de nuestros países, o modelos de estas, burocratizados por su cercanía con las reglas judiciales, hacen que el propio trabajo de la policía no responda a las exigencias de una verdadera investigación. El apresuramiento, una vocación por registrar antes que investigar, la falta de capacidad, la inestabilidad y falta de preparación de los operadores, y otros problemas de organización, métodos y recursos, hacen que la eficacia de aquella tenga mermas importantes. Finalmente, el tema de la falta de coordinación y

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

cooperación entre policías y fiscales es ya un clásico, respecto del cual se expresan todas las intenciones, pero se avanza poco. En gran medida la falta de claridad acerca de cómo organizar el trabajo del ministerio público y la burocratización de la propia tarea de la policía, hacen que no existen canales organizacionales, culturales y de método para un trabajo mancomunado, que es mucho más que cooperación y coordinación.

3.4.3. Evitar la sobrecarga endémica

Cuando tenemos una visión de la política criminal, vinculada a las restantes políticas de gestión de la conflictividad, surge como es evidente, y ya se ha visto, lo que llamamos crisis externa al sistema penal; es decir, la debilidad, ausencia o ineficacia de los restantes mecanismos de intervención de la conflictividad produce un efecto de congestión endémica de la justicia penal. No funciona el juicio ejecutivo, penalizamos el cheque, no funcionan los juicios ordinarios, entonces convertimos los incumplimientos de contrato en delitos, no funcionan los mecanismos de mediación, entonces usamos al proceso penal como forma de extorsión o negociación indirecta. El proceso de reforma de la justicia penal fue bien consciente de este problema y la gran mayoría de los códigos nuevos tienen incorporados los mecanismos procesales para el diseño de políticas amplias de diversificación, que permitan responder de un modo creativo al problema de la sobrecarga endémica.

ALBERTO BINDER

Los procedimientos abreviados, simplificados, especiales, las formas conciliatorias, la suspensión del proceso a prueba, la reparación directa, en fin, un conjunto de mecanismos procesales aptos para canalizar una respuesta diversificada a la multiplicidad de casos que no requieren una respuesta penal, o es muy costosa o poco eficaz.

Es importante indicar que el solo hecho de contar con mecanismos procesales no alcanza para construir una política de diversificación que esté a la altura de la gravedad del problema. Es necesario que las instituciones encargadas, en particular el ministerio público, pero también en su porción de injerencia la propia Judicatura, asuman una política completa de impulso en el uso coherente de estos mecanismos. Muchos textos procesales han incluido figuras tales como la suspensión del proceso a prueba, que permite aplicar todo un abanico de medidas sustitutivas de la prisión. Empero, es inusual que se apliquen con un sentido claro de su finalidad, o se realicen programas para que tengan efectividad o exista algún tipo de seguimiento. Lo que debería ser una forma de construir mensajes sociales de responsabilidad con mucho menor contenido de violencia se convierte en medidas administrativas, sin seguimiento, o en formas de punición indirecta para evadir el rigor probatorio, o puros trámites sin mayor reflexión.

Se podría decir con justicia que las políticas de diversificación no son estrictamente medidas político-

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

criminales sino, precisamente, una forma de evitarlas, por otras con muy bajo o nulo contenido de violencia. Sin embargo, dada la crisis externa que opera sobre el sistema penal y las profundas distorsiones político-criminales que produce la sobrecarga endémica sobre este tipo de justicia, una amplia política de diversificación es actualmente una condición esencial para el desarrollo de una criminal reducida, precisa, que minimice los costos sociales de su uso y busque alcanzar algunos, por lo menos, de los objetivos que se le asignan.

3.4.4. Utilizar todos los recursos sociales

La impunidad es una preocupación social. La historia reciente de nuestros países muestra que es mucho más de ciertos sectores sociales que de los funcionarios estatales. Ellos se acostumbran a convivir con situaciones de ineficacia casi absoluta, sin entrar ni generar ninguna crisis. Esto ocurre, como ya hemos dicho, en áreas centrales como las violaciones a los derechos humanos, los delitos económicos, la corrupción, los delitos medioambientales, etc. En ellos suelen ser organizaciones, vecinos, etc., quienes hacen avanzar, aunque sea un poco, los graves y complejos casos.

También el diseño de los nuevos sistemas procesales ha incorporado nuevas herramientas de este tipo. Sin embargo, ya sea porque todavía la sociedad no tiene la capacidad para utilizar estos específicos mecanismos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

y que la introducción de los intereses concretos de las víctimas produce en muchas ocasiones un desplazamiento sano de los intereses burocráticos.

La mayor distancia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas se observa en la práctica de los fiscales, pero también en los modelos de organización del ministerio público, en las estrategias de los casos y en la poca capacidad de diálogo entre querellantes públicos y privados, quienes no solo se observan como enemigos, sino que suelen actuar como tales, durante el desarrollo del proceso con grave perjuicio para la tutela de los intereses que unos y otros dicen proteger.

La vieja idea de la acción pública como un atributo esencial del Estado, que preserva la vigencia de las leyes penales por fuera y con prescindencia del compromiso de los afectados, no solo no responde a la configuración histórica de esa facultad y de ese concepto, sino que cada vez se muestra más alejada del funcionamiento real de los sistemas procesales. No se trata de volver a discutir toda la teoría de la acción sino de poner en evidencia, conforme a las necesidades actuales, sus verdaderos fundamentos, siempre ligados a los intereses de personas de carne y hueso, sean estas una, algunas, muchas o todas.

procesales (acciones colectivas, nuevas acciones populares, querellantes institucionales, etc., y, en particular, porque los fiscales u otros sectores del Estado (organismos de control, etc.) no diseñan políticas específicas de colaboración ni de utilización de las capacidades instaladas de estos sectores sociales. Al contrario, suelen entrar prontamente en conflicto con ellos, aunque – por lo menos en abstracto – defiendan los mismos intereses, o los desplazan, desalientan o directamente atacan. Esto genera que mucha de la energía social de lucha contra la impunidad no tenga donde canalizarse, y menos aún, sea usada por las instituciones encargadas de llevar adelante la persecución penal para lograr que exista mayor eficacia.

3.4.5. Una víctima con derechos. Al rescate de la acción

Finalmente, el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas, individuales y colectivas, con todas las categorías que existen entre el individuo y la sociedad como un grupo de personas, y no como una abstracción. También los nuevos sistemas procesales penales han dado un salto importante en el reconocimiento de esta finalidad y de los derechos de las víctimas. Sin embargo, la práctica de los sistemas todavía está muy atrasada en este campo y la vieja idea de que esta era un sujeto que debía ser desplazado para “racionalizar” el ejercicio del poder penal sigue teniendo fuerza, por más que uno muestre con creces que el modo de ejercicio funcional de los propios funcionarios dista de ser racional,

3.5. Conclusiones: Mínima intervención. Máxima precisión y eficacia. El concepto de eficacia no violenta

Sin duda, en el proceso penal se expresan de un modo eminente los mecanismos de preservación de las libertades públicas y ello constituye una de sus principales preocupaciones. Mucho ganaría el derecho procesal penal – como disciplina – si se ocupara solo de esta perspectiva. Hemos visto, por otra parte, que las normas procesales penales son también instrumentos político-criminales. Pero como tales instrumentos están al servicio de una política pública que excede su expresión normativa. El análisis político-criminal nos sirve para clarificar y dotar de eficacia esa función instrumental, saliendo de los estrechos márgenes de la dimensión normativa, por más que la integremos adecuadamente.

Pensar la eficacia de la política criminal es un problema de mayor entidad, porque se trata de aquella que usa instrumentos de gran riesgo, tal como la violencia y la restricción de la libertad. Una política de esas características no puede darse el lujo de ser ineficaz; en ese caso, carecería de toda legitimidad. El poder penal está sometido a una doble exigencia de esta. Una proviene del sistema de garantías; la otra de su eficacia político-criminal.

En un sistema democrático la política criminal forma parte integrada de todo el sistema institucional de gestión de conflictos. De su propia naturaleza violenta y de las dificultades de cumplir objetivos de pacificación mediante

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

el uso (por más que sea legítimo) de la violencia, surge el principio de mínima intervención, que no solo significa poca política criminal, sino precisa, adecuada, sometida a un fuerte estándar de efectividad. Caso contrario, es ilegítimo inyectar violencia de la sociedad.

Por tal razón, debemos ahondar la reflexión y análisis de las condiciones de esa efectividad. De allí surgen evidentes tareas para el proceso penal, que implican superar la visión burocrática, la centralidad del trámite, el juego ambiguo entre la lógica del caso y las necesidades sociales generales, que le permite, según le convenga, instalarse en la visión interna del caso o en la externa de las necesidades de la sociedad. La precisión y utilidad que reclama la política criminal requiere un tipo de aparato conceptual al servicio de esas exigencias que hoy todavía no tenemos. Constituye una de las tareas más importantes del presente construir el método que nos permita diseñar, ejecutar y controlar la política criminal, dentro del conjunto valorativo del sistema democrático sometido al Estado de Derecho, con mayor rigor, menor contenido emocional y un amplio debate público. Eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo, y una de sus tareas más urgentes.

ALBERTO BINDER

3.6. Fuentes

AGUILAR, L. *El estudio de las políticas públicas*. México: Porrúa, 2003. 3.^a e.

BINDER, A. M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. 1.^a e.

CHRISTIE, N. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

DAHRENDORF, R.

- *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Madrid: Ediciones Rialp, 1957.
- *Ensayos sobre teoría de la sociedad*. 1968.
- *El moderno conflicto social*. Madrid: Mondadori, 1988.

GINER, S. *El progreso de la conciencia sociológica*. Barcelona: Península, 1974.

LINDBLOM, CH. E. *El proceso de elaboración de políticas públicas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991. Trad. Eduardo Zapico Goñi.

MAIER, J. *Derecho procesal penal*. Argentina: Del Puerto, 2004. T. I.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema del derecho penal*.

Barcelona: Bosch, 1972. Trad. Francisco Muñoz Conde.

La edición y diseño fue cuidada por la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León en abril de 2014. El tiraje consta de 1000 ejemplares.



Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro Monterrey, Nuevo León
México, C.P. 64000