

El cambio de la Justicia Penal hacia el sistema adversarial:

Dr. Santiago J. Peral

1- La necesidad de desformalizar el Proceso Penal:

Para analizar las características principales de la nueva Justicia Penal que busca implementarse en América Latina, así como los principios que la orientan, debemos analizar –siguiendo a Alberto M. Binder- las razones que impulsaron ese cambio y cuáles son los objetivos del proceso de reforma.

En las audiencias públicas celebradas en diciembre del año pasado hacíamos referencia a que reformar la justicia penal implicaba “dejar atrás el modelo inquisitorial y comenzar a desarrollar un nuevo modelo acusatorio o adversarial de justicia penal”. Esta frase es correcta pero necesita muchas aclaraciones. En primer lugar, se debe dejar en claro que el modelo inquisitorial es un modelo completo de administración de justicia, construido a lo largo de los siglos y que ha echado raíces en nuestra cultura jurídica.

El modelo inquisitorial ha tenido diversas formas. No es lo mismo el modelo inquisitorial más antiguo, de tipo español o alemán (el del proceso a los herejes y las brujas), que los modelos inquisitoriales más modernos (con base napoleónica) que ya fueron incorporando algunas instituciones acusatorias (el juicio oral) pero sin cambiar sus reglas de funcionamiento. No es posible cambiar el modelo inquisitorial sólo con un cambio de Código Procesal Penal. Si es posible, comenzar a cambiar algunas de sus reglas básicas y desencadenar un proceso que evolucione hacia formas más adversariales en el futuro.

Cuando hablamos de “sistema inquisitivo”, enseña Binder que no debe entenderse que hacemos alusión a un carácter del proceso penal, sino que también constituye el modelo inquisitivo la forma como se organizan las instituciones judiciales, el modo como se enseña el derecho, el funcionamiento de la justicia penal y en general todo lo que tiene que ver con el modelo centralizado y verticalizado de organización y gobierno judicial.

Las reglas básicas del funcionamiento de la justicia que penal que se quieren cambiar son las siguientes:

a)- En el modelo inquisitorial –que tratamos de superar- la investigación y el juzgamiento de los casos es llevado a cabo por los jueces de un modo unilateral y predominante y el papel de las partes es secundario. Como contrapartida en el sistema adversarial –al que queremos llegar- es central la división de funciones entre fiscales, jueces y defensores. El papel de las partes en la preparación del caso que deberá juzgar el juez es determinante y el juez debe mantener un papel imparcial.

b)- En el modelo inquisitorial no existe un verdadero juicio, donde se deba presentar la prueba, ella debe ser examinada por las partes y luego del debate se tome una decisión fundada en lo que surge de ese litigio y no de otra fuente. En el sistema adversarial se quiere que las decisiones judiciales surjan de audiencias públicas y contradictorias donde las partes deban presentar las pruebas, discutir y argumentar a favor de su caso. En especial, el juicio oral y público debe ser el momento donde las partes presentan su caso, examinan y contraexaminan la prueba, argumentan y contraargumentan y hacen peticiones concretas para que el juez decida.

c)- En el modelo inquisitorial los documentos y escritos son lo importante y las personas (víctimas, testigos, imputados) son tratados como objetos. En el sistema adversarial se le reconoce al imputado un rol como sujeto en el proceso y se le abren posibilidades de actuación a la víctima para la tutela de sus derechos.

d)- En el modelo inquisitorial lo importante es el trámite (de papeles) y todo se subordina a eso, sin importar los costos humanos que ello tenga (tanto en términos de impunidad como de violación de los derechos del imputado). En el modelo adversarial lo importante es que el caso tenga una respuesta del sistema judicial, ya sea por vías alternativas (no punitivas) como a través de un adecuado juzgamiento. La función de la justicia penal es dar respuesta, no tramitar expedientes.

Si bien el mencionado autor enseña que éstas no son las únicas reglas que diferencian a uno y otro sistema, en una primera etapa podemos decir que estas cuatro reglas de funcionamiento son las que apuntalan el cambio.

El camino que hay que seguir para apuntalar una reforma del sistema penal se encuentra íntimamente vinculado con la necesidad de desformalizar el proceso penal. Hoy en día los abogados estamos identificados con la idea de “trámite”, producto de la tradición inquisitorial por la que nos encontramos influenciados. Resulta necesario que los operadores jurídicos evolucionemos de esa idea de “trámite” a la de “gestión de la conflictividad” porque verdaderamente la tarea de jueces, fiscales, abogados y defensores no se reduce tan solo a tramitar, sino que tienen conflictos en sus manos los cuales deben gestionar para que las personas involucradas en los mismos no vean restringidos ninguno de sus derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo importante para que el cambio en el sistema se produzca es que los operadores del mismo cambien su forma de actuar, lo cual no es nada sencillo. Ya dijimos que no es posible esperar que con un simple cambio de leyes se produzca el cambio de un modelo a otro; nadie podría lograr eso cuando se trata de que miles de personas (jueces, fiscales, abogados, policías, etc.) cambien su forma de actuar. Lo que si podemos lograr es que el nuevo modelo tenga capacidad de evolucionar, es decir, que mediante nuevas formas de intervención, no necesariamente legislativas (capacitación, reorganización

administrativa, diseño de nuevas actuaciones, evaluación y control de gestión, etc.) se vaya logrando que las personas cambien sus formas de actuar según las reglas del modelo adversarial.

Alberto M. Binder, en su obra *“La implementación de la nueva justicia penal adversarial”* analiza las siguientes ideas:

a)- En primer lugar la reforma de la justicia penal –a su criterio- debe ser vista como un cambio de prácticas. En la actualidad lo que llamamos justicia penal es un conjunto de prácticas (muchas veces no muy apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas.

b)- Señala el citado especialista que a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial.

c)- Como todo conjunto de prácticas, en poco tiempo, luego de una fase inicial de ajustes y cambios, el sistema adquiere un punto de equilibrio entre lo viejo y lo nuevo, que se manifiesta tanto en la pervivencia de prácticas viejas como en la distorsión de algunas prácticas nuevas, ya sea en la forma en que son ejecutadas o en las funciones que cumplen.

d)- Por todo esto, es importante tomar conciencia que la implementación de la reforma comienza el primer día de la entrada en vigencia y dura varios años, hasta que el sistema adquiere su primer punto de equilibrio. La experiencia que se puede recolectar de implementaciones del sistema adversarial en otros países, nos muestra que ese primer punto de equilibrio no es satisfactorio, por el excesivo peso que siguen manteniendo en él las prácticas inquisitivas. Es por ésta razón que los operadores deben prepararse para el duelo de prácticas y se debe monitorear permanentemente el proceso de implementación.

Lo fundamental es que desde el primer día de la entrada en vigencia, cuando comienza el proceso de implementación, se debe tratar de que los operadores respeten las reglas básicas de funcionamiento del sistema adversarial y que afronten el duelo de prácticas de tal modo (decisión, preparación, conciencia, responsabilidad, etc.) que el sistema de justicia evolucione hacia las formas adversariales.

2- ¿Cómo desarrollar una contracultura adversarial o acusatoria?:

A los fines de implementar el nuevo sistema de justicia penal adversarial resulta necesario desarrollar una contracultura. En la actual configuración de la justicia penal la cultura dominante es la inquisitorial; la nueva cultura adversarial se presenta entonces como una contracultura que busca desplazarla. No basta tan sólo con que se logre formar una subcultura adversarial y que tan sólo algunos jueces y abogados obren conforme a las reglas del sistema adversarial, sino que se debe buscar que todo el sistema actúe conforme a esas reglas. La nueva cultura adversarial debe ser con el tiempo la nueva cultura dominante, es decir que debe ganar el duelo de práctica al que hacemos referencia.

Para que en el duelo de prácticas triunfe la cultura adversarial, es necesario reforzar ciertas instituciones dentro del proceso penal, entre las cuales se encuentran las siguientes:

a)- Las audiencias públicas y contradictorias: las decisiones deben ser tomadas en audiencias públicas y contradictorias. En ellas se debe llevar adelante el mayor trabajo del juez. El nuevo sistema busca que las decisiones judiciales (o la gran mayoría de ellas) se tomen en audiencias orales donde las partes litiguen y presenten, cuando sea necesario y según el tipo de decisión, su prueba y sus argumentos. Cuantas más audiencias se realizan, cuanto más se litiga en esas audiencias y cuando los jueces toman sus decisiones sobre la base de lo que se ha discutido delante de ellos en la sala de audiencias, más avanza la cultura adversarial y se deja atrás las prácticas inquisitoriales. En los

sistemas donde se hacen pocas audiencias (en especial en la etapa preparatoria) más se fortalece la tradición inquisitorial.

b)- El control de la sobrecarga de trabajo: Uno de los factores que más influyen en el mantenimiento de la tradición inquisitorial (su principal aliado) es la sobrecarga permanente del sistema de justicia penal. El problema está en que cuando el sistema está sobrecargado, los operadores (que inexorablemente son inexpertos en una primera etapa) tienden a reproducir lo que ya saben hacer, es decir, las viejas prácticas. Esas viejas prácticas (por su formalismo, demora, ritualismo, dificultad, etc.) sobrecargan más al sistema, generando un círculo vicioso muy nocivo. Los nuevos códigos procesales traen muchas nuevas instituciones que permiten regular la carga de trabajo con respuestas de alta calidad (reparación, conciliación, suspensión a prueba, procedimientos abreviados, etc.).

c)- El uso de la información: Otro de los elementos propios de la tradición inquisitorial es la permanencia del trámite por sobre todas las cosas y, a consecuencia de ello, el hecho de que los operadores judiciales se desentienden de los resultados. Una de las principales herramientas contraculturales, que si bien no se encuentra regulada en los códigos procesales, es que los operadores judiciales tengan a la vista y utilicen información sobre el desempeño del sistema en su conjunto y de cada sector en particular.

d)- La defensa pública: Dadas las condiciones socioeconómicas del país y las condiciones generales del ejercicio de la abogacía, el modo de actuación de la defensa pública, su fortaleza, organización, autonomía y preparación constituyen uno de los elementos dinamizadores del nuevo sistema, por el desafío que les pone delante a los fiscales.

e)- La participación de la víctima: Bajo todas sus formas, ya sea en su nudo papel de víctima o cuando asume el papel de acusador principal, la participación de la víctima empuja al sistema hacia sus formas adversariales,

cambia la dinámica del trabajo de los fiscales. Uno de los mejores instrumentos para frenar esa tendencia a la burocratización del Ministerio Público es el contacto de los fiscales con las víctimas y que ellos asuman claramente un deber de defensa de sus intereses. Tal como enseña Binder, cuanto más estrecha es la relación víctima-fiscales, más se pueden contrarrestar las tendencias inquisitoriales de la persecución penal.

Si bien -como señala Binder en su obra-, existen otras instituciones y muchas otras reglas de actuación a las que también hay que prestarles atención, las señaladas son especialmente útiles e importantes a la hora de fortalecer las tendencias adversariales del sistema en su lucha contra la tradición inquisitorial.

Claro que existen otras normas, reglas o instituciones dentro del sistema penal a las que se les debe prestar también atención, pero es importante, que al encarar una reforma radical de la justicia penal, se tome conciencia que no se puede lograr todo al mismo tiempo, salvo que –como enseña el citado jurista- nos interese construir ficciones.

3- El ámbito en el que se desarrolla el duelo de prácticas:

En general los operadores jurídicos no tienen conciencia de que cada una de sus prácticas cotidianas (cómo atiendo a esta persona, cómo estudio este caso, qué hago con este papel, cómo preparo este interrogatorio, qué les digo a los periodistas, cómo organizo mi escritorio, dónde archivo las causas, donde archivo las causas, cómo doy o recibo ordenes, cómo controlo si estoy trabajando bien, a quién consulto y otras tantas acciones concretas) tienen una enorme influencia en la configuración del nuevo sistema. Las prácticas inquisitoriales no se reproducen solas sino a través de miles de pequeñas acciones que son realizadas por personas que posiblemente no tengan ninguna intención de reproducir el sistema inquisitivo. Por eso a partir del comienzo de la implementación es tan importante seguir de cerca lo cotidiano.

Es importante tomar conciencia de la organización en la que estamos inmersos, esto es central porque el modelo de las organizaciones judiciales son el mayor reservorio de cultura inquisitorial. El duelo de prácticas se da en un contexto organizacional proclive al modelo inquisitorial.

Resulta muy difícil encarar un proceso de reforma desde lo cultural, porque implica que para encararla debemos pedirles a los operadores jurídicos que sean críticos respecto de sus prácticas. Esto es mucho más difícil porque estamos aun más instalados en nuestras prácticas que en nuestras ideas. Una persona cuanto menos tiempo tiene, más recurre a lo que ya sabe hacer y a los propios automatismos (de allí la importancia de no sobrecargar al sistema).

Lo cotidiano es lo que hacen los demás. Mis acciones y mi trabajo ocurren siempre en una interacción y son esas interacciones las que generan los mayores condicionamientos. Un juez puede tener claro cómo modificar sus prácticas, pero para ello depende también del cambio de prácticas de los fiscales. Por ejemplo, un juez puede tener claro que el nuevo papel en el proceso le exige no remplazar la actividad de las partes y dejar que ellas sean las que interrogan y examinen la prueba, pero para ello necesita que los fiscales y defensores preparen bien el caso.

La justicia penal como un campo de “juego”:

Para comprender los principios y el sentido del proceso de cambio de la justicia penal, es necesario tener una visión de campo. Para tener esa visión, tenemos que comprender que el accionar de jueces, fiscales, defensores, etc., se realiza en el marco de la vida social.

Lo que se pone en juego en el campo de la justicia penal es la violencia que ejerce el Estado (el cómo, en qué casos y con qué costo aplica esa violencia) y los límites que le debemos imponer para que la libertad de las personas no corra riesgos inadmisibles. También a ese campo de juego lo solemos llamar sistema penal y esta denominación es más pertinente porque

nos señala con mayor claridad la diversidad de “jugadores” que existen en ese campo de juego.

En el sistema penal existen muchos jugadores, tanto personales (cada uno de los operadores del sistema penal) como institucionales, tales como el Ministerio Público, los tribunales, la policía, la defensa pública, las escuelas de derecho, etc. Cada jugador tiene reglas de juego que cumplir y expectativas acerca del juego de los otros. No necesariamente el juego de estos jugadores debe ser “armónico” ya que ello no sólo es una ilusión sino que muchos de esos jugadores necesariamente deben jugar su propio juego. Lo que todo jugador debe saber es que el resultado final del juego será siempre el producto del juego de todos. Nadie puede pensar o actuar como si estuviera solo en el campo de juego porque eso es irreal y nocivo para todo el juego. Esta idea que parece obvia no lo es en la práctica de la justicia penal. Un fiscal no puede actuar como si los defensores no existieran o molestarse porque los defensores jueguen su juego. Tampoco el juez puede jugar su juego como si las partes no existieran y mucho menos el conjunto de jugadores “profesionales” pueden jugar como si otros jugadores (las víctimas, los imputados, los ciudadanos) no existieran.

Es muy importante en esta visión tener en cuenta la posición que cada jugador realmente ocupa y no la que debería ocupar y eso es, por ejemplo, uno de los objetivos de la reforma de la justicia (cambiar la posición de ciertos jugadores que ahora están donde no deberían estar, por ejemplo, que los fiscales investiguen, que los jueces sólo juzguen, etc.) pero no se puede desconocer el lugar o posición que realmente ocupan. Se debe tener claro la posición que se debe ocupar y la que efectivamente se tiene porque eso marca la trayectoria del cambio de posiciones y su grado de dificultad.

Modificar los puestos de los jugadores no es simple y necesita una estrategia que se sustente en planes, alianzas entre los actores y un

conocimiento muy claro de lo que realmente ocurre y de las funciones reales de cada puesto de juego.

Todos estos elementos son fundamentales para entender el proceso de cambio. Desde esta perspectiva es donde comprendemos el sentido y la razón de los cambios, de los principios, de las nuevas instituciones y también de las dificultades que habrá que afrontar. Aprender a mirar el campo de juego, tener conciencia de lo que está en juego y saber jugar conforme a las reglas es una condición necesaria para comprender los principios generales de la reforma de la justicia penal.

Eficiencia y garantía en la configuración de la justicia penal:

Todo el campo de la justicia penal está atravesado por dos grandes fuerzas que configuran las instituciones y las prácticas de todos los actores y generan reglas de juego. Por una parte, se busca que el programa punitivo del Estado, es decir, que las decisiones de utilizar la violencia del Estado (cárcel) en determinados conflictos que han sido determinados como delitos sean efectivas. El objetivo es, visto desde esta perspectiva, la construcción de una persecución penal efectiva y la gran tarea por delante es reducir los enormes niveles de impunidad existentes en especial en los delitos más graves, los que causan más daño a la sociedad. Por otra parte, se busca que al utilizar el poder penal del Estado no se causen abusos y arbitrariedades que puedan arruinar la vida de una persona. Por ello se construyen límites. Al conjunto de esos límites lo conocemos como sistema de garantías y el objetivo es proteger a cada ciudadano del peligro del uso arbitrario, injusto o ilegal del poder penal.

Al choque de estas dos fuerzas (Eficiencia y Garantías) lo llamamos antinomia fundamental, porque señala la contradicción permanente que está siempre presente en el funcionamiento del sistema penal. Este choque se resuelve en un punto de equilibrio, como dos fuerzas que se oponen, pero ese punto de equilibrio no debemos confundirlo con una situación de armonía. Sin dudas nos gustaría que no tuviéramos necesidad de usar el poder penal para

intervenir en los conflictos de nuestra sociedad, pero lo cierto es que esa antinomia fundamental describe mucho mejor lo que ocurre en la vida cotidiana de los sistemas de justicia penal y por ellos nos es más útil como concepto para la comprensión del funcionamiento de la justicia penal y de sus instituciones en particular.

En la proyección de un cambio en la justicia penal podemos vislumbrar dos grandes tareas que tenemos por delante: por una parte, construir lo más rápidamente posible un sistema eficiente y eficaz de persecución penal, que no funde su falsa eficiencia en el abuso de poder y, por la otra parte, sostener los derechos fundamentales y las garantías judiciales en un contexto social y de violencia y grandes reclamos. Es preferible estar atentos a la existencia de estas tensiones antes que acomodarnos en ideas que nos permiten construir ficciones que ocultan el funcionamiento real del sistema penal.

Ese punto de equilibrio es inestable y variado. Cambia según los momentos de la sociedad y cambia también según la clase de los delitos y las condiciones reales de la persecución penal y de la defensa de los derechos. Lo que empuja a que este equilibrio sea siempre inestable son siempre otras fuerzas sociales. No debemos pensar esta antinomia como si se tratara de principios vs. realidad. En ambas dimensiones existen problemas bien reales. Por una parte, existe el dolor de las víctimas que son afectadas por el delito, la inseguridad de la vida cotidiana y el temor generalizado que eso genera. Por el otro, tenemos la realidad de los abusos de poder, de las prisiones prolongadas, de los juicios sin defensa, de las condiciones carcelarias inhumanas o del abuso y brutalidad policial. Éstas dimensiones son igualmente reales.

Lamentablemente es que el problema principal de nuestro sistema penal radica en que funciona mal en ambas dimensiones. Hoy contamos con un sistema de investigación y de persecución penal notoriamente ineficiente y al mismo tiempo con un sistema de garantías también débil e ineficiente. Es fundamental comprender que ambas debilidades no dependen una de otra. El

sistema de investigación no es ineficiente por culpa de que existen muchas garantías ni el sistema de garantías es débil por culpa de la eficiencia de la persecución penal. Ambas debilidades son autónomas y tienen causas propias. Sin embargo, como es bastante común que se culpe a la existencia de derechos del imputado por la ineficiencia de la investigación, al uso de esa argucia la denominamos falsas antinomias. La superación de las falsas antinomias es la tarea principal que debemos encarar porque ellas ocultan los verdaderos problemas.

Cuando hablamos de problemas reales para poder abordarlos y tratar de superarlos, sería muy importante poder contar con información precisa sobre el funcionamiento del sistema. Todavía no contamos con buenos sistemas de información que permitan construir una política criminal de base empírica.

Para ejemplificar un poco a lo que aludimos podemos decir que: la incapacidad del Ministerio Público de preparar los casos, trabajar en equipo con la policía de investigaciones, contar con organización moderna, eficiente y que asigne inteligentemente los recursos, no tiene ninguna relación con la existencia de derechos del imputado sino con deficiencias propias del Ministerio Público. Por otra parte, la falta de defensa efectiva de los imputados o la demora en ser juzgados tampoco guarda relación con la eficiencia de la persecución penal sino que se vincula con la debilidad de la defensa pública, la falta de organización de las audiencias, la ineficiencia del sistema de fianzas, etc. Superar las falsas antinomias es la forma de prepararnos para solucionar los verdaderos problemas reconociendo sus verdaderas causas y no discursos de justificación que nos eximen de afrontar y solucionar las deficiencias.

El juicio como formalización del conflicto:

Otro de los conceptos centrales para la comprensión del cambio en la justicia penal es el que vincula al funcionamiento de la justicia con la idea de conflicto. Debemos partir de la idea de que vivimos en una sociedad conflictiva

y la administración de justicia –dentro de ella la justicia penal- forma parte del conjunto de mecanismos que tiene esa sociedad para gestionar la conflictividad. Es ilusorio pensar que se puede acabar con los conflictos en una sociedad. Sin embargo, no podemos dejar a esa conflictividad librada a su propia dinámica porque entonces siempre se impondrá en cada conflicto el más fuerte. Evitar que prevalezca en la resolución de los conflictos el más fuerte en razón de su propia fuerza es el principal objetivo de toda la política de gestión de la conflictividad. De este modo evitar el abuso de poder y la violencia aparecen como objetivos centrales del sistema de gestión del cual forma parte la justicia penal.

Existen muchas formas de intervenir en la gestión de los conflictos. Normalmente en una sociedad existen planes de prevención de conflictos, de prevención de delitos, existen acciones disuasivas, se buscan formas conciliatorias, etc. Una de las formas de gestionar la conflictividad es en el momento que ellos ingresan al sistema judicial. Cuando se trata de conflictos más graves aparece el proceso penal. Las formas procesales, en su sentido político, no son meros requisitos legales, rituales o fórmulas vacías. Ellas buscan una formalización del conflicto para evitar la violencia y el abuso de poder.

Una de las razones por las cuales los ciudadanos no confían en la justicia tiene que ver con el hecho de que sus formas de actuación no son claras y sencillas y las decisiones siempre parecen arbitrarias. Es por ello que resulta totalmente necesario desformalizar el proceso penal, a los fines de tornarlo más rápido, sencillo y comprensible para todos los ciudadanos.

El cumplimiento adecuado de las formas procesales se ha considerado siempre como una de las tareas importantes de la judicatura y parte de lo que denominamos “principio de objetividad” del Ministerio Público. No obstante esa importante finalidad queda totalmente desvirtuada cuando las formas procesales se convierten en 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 las formas del proceso se convierte en una condición de confianza y no de rechazo.

A las normas procesales, es decir a las reglas de actuación, no las debemos ver como un trámite sino como una formalización o ritualización del conflicto creadas con la finalidad de pacificarlo y transmitir un mensaje firme de que el abuso de poder no es tolerado y que el más fuerte no prevalecerá por serlo. Por eso podemos decir con toda razón que el litigio que se da en el juicio es un conflicto formalizado con la finalidad de pacificarlo y darle una respuesta, que por más que siempre dejará a una de las partes descontenta siempre debe aparecer como una respuesta razonable, respetuosa de las versiones de cada una de ellas y transparente. Convertir el proceso penal en un trámite es uno de los peores efectos de los sistemas inquisitivos, porque privan a la sociedad de uno de los principales instrumentos de gestión de los conflictos, que es poder llevarlos a un tratamiento respetuoso en el marco de la sala de audiencia. Por ello la principal misión que debe tener todo proceso de reforma de la justicia penal, es la eliminación de la idea de trámite de nuestra cultura jurídica, y pasar a observar la realidad desde una visión de gestión de la conflictividad.

Además de la función política primaria, las formas procesales cumplen otras dos funciones principales: por una parte ellas permiten canalizar los reclamos de las víctimas y del conjunto de la sociedad y por ello constituyen una condición de la tutela judicial; por el otro, ellas procuran que no se abuse del poder penal del Estado y de sus órganos de persecución penal y por ello esas formas constituyen el sistema de garantías.

La tutela judicial efectiva:

Hoy en día en la realidad del sistema de justicia penal la víctima está desprotegida y abandonada y su lugar es ocupado por un Ministerio Público

que en los hechos, en su práctica cotidiana, no se ocupa de ella. Uno de los objetivos del sistema adversarial es recuperar en la práctica el lugar de la víctima y protegerla de un modo efectivo. Ello se logra de dos maneras: por una parte, evitando que los fiscales se abstraigan del problema de la víctima, que no se piensen a sí mismos como funcionarios que defienden un concepto abstracto (el interés general, la sociedad, la legalidad, etc.) y no se ocupan de las víctimas concretas de carne y hueso que están delante suyo. Por otra parte, es necesario permitir que la víctima misma asuma el papel importante como acusador dentro del proceso penal en defensa de sus propios intereses.

En el nuevo sistema de justicia penal adversarial, el fiscal debe defender el interés de la víctima y para ello debe saber con claridad cuál es ese interés. El modelo organizacional del Ministerio Público debe ser lo suficientemente abierto como para que sea amable para la víctima, un lugar institucional donde ella sepa que puede recurrir.

El sistema de garantías:

La segunda función de las formas procesales se relaciona con la construcción de límites al poder penal. El uso del poder penal ha generado a lo largo de la historia muchas arbitrariedades. El incumplimiento de los límites pensados para evitar el uso arbitrario e injusto del poder penal no sólo produce daños a quienes sufren sus consecuencias directas sino que es la principal causa de desconfianza en la administración de justicia y, además, acostumbra a los acusadores a ser ineficientes y no preocuparse por preparar su caso y presentar ante el tribunal verdadera prueba.

El primer paso en la construcción del sistema de garantías consiste en evitar que las decisiones judiciales se funden en meras razones de interés, en puros argumentos de utilidad. No es admisible que una persona sea condenada porque sea enemiga de alguien poderoso o temamos lo que pueda hacer en el futuro, ni siquiera porque sea el “enemigo del pueblo” o nos conmueva el dolor de la víctima. Menos aun porque así lo pide la “opinión pública”. Para evitar

estas desviaciones arbitrarias de la primera condición del ejercicio del poder penal es que a una persona la condenen solamente por lo que ha hecho. El principio del “hecho” y “principio de exterioridad” que obliga a los jueces a determinar la existencia de un hecho para fundar una reacción penal es la base de todo el sistema de garantías porque a partir de allí se organiza todo el litigio y la producción de la prueba.

Existen otros límites complementarios a este principio del “hecho”. En primer lugar es necesario calificar a ese hecho. Por lo tanto, además de su existencia se requerirá que ese hecho esté previsto en la ley como delito. El principio de legalidad que expresamos con la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* expresa esta necesidad y esta conquista. Pero tampoco ha sido suficiente con este nuevo principio, ya que la existencia de delitos fijados con anterioridad al hecho no ha sido suficiente para frenar la arbitrariedad y, en particular, no ha impedido que se les atribuyan a las personas hechos respecto de los cuales, en realidad, no eran responsables. Por tal motivo, además de un hecho, previsto con anterioridad por la ley, se exige que ese hecho sea uno de tal naturaleza que se pueda decidir que la persona juzgada es responsable de él, es decir, que lo cometió a pesar de que podía evitarlo. Este principio es lo que conocemos como principio de culpabilidad.

Sin embargo no es suficiente analizar la cuestión en base a lo expuesto hasta aquí. En primer lugar, se debe asegurar que ese hecho del cual soy culpable haya causado un verdadero daño a un tercero. Así evitamos que el poder penal se utilice para lograr finalidades morales (impropio de la actividad estatal) o simplemente para fortalecer la autoridad del Estado sin importar si se le ha causado algún daño a los otros ciudadanos. Por otra parte, el poder penal y sus instrumentos principales, en particular la cárcel, es un instrumento muy violento, una forma de intervención en los conflictos de alta intensidad, y se debe evitar que se lo utilice más allá de su justa medida y austeramente (economía de la violencia). Con este principio de “proporcionalidad” tratamos de evitar un desborde del poder punitivo estatal, ya que no olvidemos que en el

proceso de reforma hay que mentalizarse que el sistema penal es la *última ratio* a la que se debe recurrir para solucionar un conflicto en la sociedad.

Estos cuatro principios (legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad), que complementan el juzgamiento del hecho, han sido desarrollados por la Jurisprudencia y la Doctrina a través de lo que conocemos como “Teoría del Delito”. Todos estos principios son utilizados para evitar la arbitrariedad de la decisión y por ello le exigimos al juez que decida si se encuentran presentes en el caso y a los acusadores que demuestren que concurren. Por lo tanto el juez debe comprobar que ellos existen, es decir, debe admitir como verdadero lo que le presentan los acusadores o desecharlo porque no han demostrado que concurren esos requisitos.

Es muy importante aclarar que de poco servirían tantos resguardos si el juez ya tiene tomada su decisión antes de conocer las pruebas de los acusadores, tiene preconcepciones o prejuicios acerca de lo que ocurra en la sala de audiencia sino en función de otra fuente (documentos, expediente, etc.). Por ello el juez debe ser *imparcial, debe actuar como tal, y debe construir su decisión sobre la base de lo que las partes le presentan en la sala de audiencia y él observa directamente (inmediación)*.

Lo señalado *ut supra* es muy importante ya que la implementación del nuevo sistema de justicia penal adversarial revaloriza las audiencias públicas y contradictorias, las cuales permiten que se cumpla de manera más eficiente el Principio de inmediación procesal, teniendo el juez mayor cercanía con las partes y con el conflicto en sí mismo.

El principio de contradicción que asegura el carácter adversarial del juicio es central para permitir que el juez construya una sentencia segura basada en la fortaleza de las pruebas y su análisis y no en presunciones de culpabilidad. La imparcialidad del juez y las reglas adversariales del litigio son las dos caras de una misma moneda. Un juez no puede ser imparcial si no asiste a un litigio adversarial y no se respetan las reglas de la contradicción, si

el litigio no se lleva delante de un juez imparcial. Esto muestra la enorme importancia de respetar de un modo estricto estas reglas de juego, ellas son las que hacen que el juicio penal se convierta en una forma de juego limpio, de juicio justo o regular.

Hoy en día uno de los principales desafíos o problemas que atraviesa la Justicia es la falta de confianza del pueblo, sobre todo la justicia penal. El problema de credibilidad de la justicia frente a la sociedad podría solucionarse con la revalorización de otro principio procesal, el cual es el “Principio de Publicidad” que asegura que la sociedad pueda controlar que en el juicio se cumplen las reglas y que las decisiones de los jueces se fundan en lo que ocurrió en la sala de audiencia. Volvemos a recordar que las reglas del sistema adversarial implican que el juez debe tomar la decisión sobre la exclusiva base de lo que pudo observar y escuchar en esa sala de audiencia y sobre la base de los argumentos y peticiones de las partes. Todo esto se debe realizar de un modo público y transparente, de forma tal que la sociedad pueda recuperar su confianza en el sistema de justicia penal. El sistema de garantías precisamente existe para asegurar el desarrollo de una administración de justicia confiable para la ciudadanía.

Las partes para fundar sus peticiones deberán presentar información, datos que permitan reconstruir lo sucedido. El sistema de garantías fija reglas acerca de cómo recolectar, presentar, examinar y reconstruir la información que permite tomar la decisión. La presentación, el examen y la discusión sobre la información que nos permite reconstruir lo sucedido y tomar una decisión es el núcleo central del debate oral y público y por ello es indispensable que las partes tengan capacidad para hacerlo (técnicas de litigación). A su vez en el sistema de garantías existen reglas de prueba que establecen límites a la obtención, producción y presentación de la información. Desde el punto de vista de la valoración de la prueba existen estándares probatorios que señalan el tipo y el nivel de información que se necesita para que una decisión no sea arbitraria y esté bien fundada.

La centralidad del juicio en el sistema adversarial:

Como ya hemos analizado a lo largo del presente trabajo, establecer el sistema acusatorio o adversarial y dejar atrás el sistema inquisitorial consiste en modificar el modo como la justicia penal participa de la *gestión de los conflictos*. Dado que la justicia penal se enfrenta a conflictos graves, el modo como se actúa ante ellos es de vital importancia y por ello no sólo importan las decisiones finales sino el cómo se llega a ellas. Las reglas de juego del sistema adversarial son mucho más convenientes tanto para volver al sistema más eficiente como para preservar a los ciudadanos de la arbitrariedad en el uso del poder penal.

Cuando a los conflictos los formalizamos de un modo adecuado (sin ritualismo, sin rutina, sin burocracia) y aceptamos la lógica adversarial que está inscrita en la lógica del conflicto mismo, esas formas cumplen una función pacificadora. Es en el juicio oral, público y contradictorio donde esas reglas se fijan con claridad. Es en ese juicio donde ellas deben ser respetadas de un modo claro y simple, porque en su sencillez reside su fuerza. Por otra parte, esas reglas del juicio se convierten en el parámetro a seguir por todas las decisiones judiciales.

A esta función del juicio oral, público y contradictorio en la configuración de todo el sistema procesal la conocemos como *centralidad del juicio*. Con ello –explica Binder- no se quiere decir que todos los casos deben llegar a esa instancia, porque eso sería muy difícil de lograr y además muy costoso. Pero sus reglas principales se deben tomar como parámetro válido y ejemplar para todas las decisiones judiciales y la actividad de las partes.

Por último concluye el citado autor que la consecuencia más importante de la idea de *centralidad del juicio* es que todo imputado siempre tendrá derecho a que antes de aplicarle una sanción penal se realice un juicio oral, público y contradictorio según las reglas que fueron reseñadas antes. Pueden aceptarse libremente otras salidas alternativas o, incluso, podrá aceptar

libremente formas simplificadas o abreviadas para llegar a la decisión, pero nadie podrá quitarle el derecho de solicitar en todos los casos la realización de un juicio pleno y público.

Datos personales del ponente:

Nombre y Apellido: Santiago José Peral.-

Profesión: Abogado - Asesor Legisladora Prof. Camila Khoder.-

Correo electrónico: peralsantiago@hotmail.com.-

DNI nº: 34.186.357