

Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina*

Richter am LG, Prof. Dr. Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho penal internacional y Derecho comparado y Director del Departamento de Derecho penal extranjero e internacional, Instituto de Ciencias Criminales, Universidad de Göttingen, Alemania
kambos@gwdg.de

1.

El proceso de democratización en América Latina ha sido acompañado por importantes proyectos nacionales de reforma del sistema judicial, en particular del proceso penal.¹ La **reforma del proceso penal** es de particular importancia dado que el estado del mismo –como sismógrafo de la Constitución del Estado²– sirve para medir el grado de democratización de un Estado o, en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de derecho. En concreto, con respecto a la reforma de los sistemas procesales en América Latina se puede observar la tendencia a reemplazar el tradicional proceso inquisitivo escrito por formas de juicio oral propias de un Estado de Derecho.³ Como consecuencia, se reduce la característica posición de poder del juez y, como contrapartida, se mejora la posición del imputado, quien

* Ponencia presentada en la jornada „El Ministerio Público y el proceso de transición hacia el sistema acusatorio”, auspiciado por: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Fundación Alemana de Cooperación Legal Internacional, Ciudad de Panamá, 3, 4 y 5 de octubre de 2006. Segunda versión, evaluada por el Comité Editorial. Primera versión publicada en el Diario Electrónico El Dial http://www.eldial.com.ar/suplementos/penal/tcdNP.asp?id=2171&id_publicar=980&fecha_publicar=10/04/2006&camara=Doctrina [consultado el 15 de diciembre 2006]. El autor agradece a varios colegas latinoamericanos por sus comentarios (críticos) y sugerencias: Prof. Dr. Fauzi Choukr (Sao Paulo, Brasil), Prof. Oscar Julian Guerrero (Bogotá, Colombia), Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Caracas, Venezuela), Prof. Dra. Maria Thereza Moura (Sao Paulo, Brasil), Prof. Patricia Neri (Mexico), Prof. Dr. Daniel Pastor (Buenos Aires, Argentina), Prof. Fernando Velasquez (Medellín, Colombia), Dr. Ezequiel Malarino (Paris, Francia), Jaime Martínez (San Salvador, El Salvador), Elisabeth Santalla (La Paz, Bolivia).

¹ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Reforma del Estado y Derechos Humanos*. Lima: Comisión andina de juristas, 1999, p. 117 y ss.; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Democracia en la Encrucijada*. Lima: Comisión andina de juristas, 2000, p. 143 y ss.; CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

² ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Traducido por PASTOR, Daniel; CÓRDOBA, Gabriela. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 10.

³ AMBOS, Kai. „Strafprozeßreform in Lateinamerika. Normalverfahren und abgekürztes Verfahren in den neuen Strafprozeßordnungen von Chile, Bolivien, Venezuela, Paraguay und Uruguay“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. N° 110, 1998, p. 225-251; MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Editorial ad hoc en cooperación con Fundación Konrad Adenauer y Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2000; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. "Las reformas procesales penales en América Latina". *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. España, 2000, N° 2-3-4, p. 427-483 = *Derecho Penal Contemporáneo*. Colombia: Legis, N° 10, enero-marzo 2005, p. 87-152. AMBOS, Kai. „Strafprozeßreform in Lateinamerika. Normalverfahren und abgekürztes Verfahren in den neuen Strafprozeßordnungen von Chile, Bolivien, Venezuela, Paraguay und Uruguay“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*. N° 110, 1998, p. 225-251; MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Editorial ad hoc en cooperación con Fundación Konrad Adenauer y Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2000; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. "Las reformas procesales penales en América Latina". *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. España, 2000, N° 2-3-4, p. 427-483 = *Derecho Penal Contemporáneo*. Colombia: Legis, N° 10, enero-marzo 2005, p. 87-152.

en los sistemas tradicionales era considerado esencialmente como objeto⁴ del proceso penal iniciado en su contra. La reforma, en cambio, le garantiza determinados derechos.⁵ Desde luego, pese a que el *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*, presentado en 1988 por los profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B. J. Maier⁶, puede ser considerado el punto de partida central del movimiento reformador, la verdad es que los legisladores de los diferentes países fueron apartándose de él y continúan también haciéndolo de diversas maneras de las estructuras tradicionales.

2.

Dentro de los factores que influyen en la medición de la calidad de un proceso penal (en términos de su conformidad constitucional o de respeto a un Estado de derecho) asume gran relevancia, sin duda alguna, el de la **actuación policial**. La razón de ello se evidencia, fácilmente, si se considera la enorme importancia que ella tiene durante el proceso penal, especialmente en sus primeros momentos: sin la Policía, la Fiscalía (o cualquier otro órgano de investigación, por ej., el Juez de instrucción) es “una cabeza sin manos”.⁷

El punto de partida en el ámbito latinoamericano es, sin embargo, más complicado que en el europeo;⁸ la situación policial se enfrenta a diversos problemas de base: por un lado, la Policía actúa en un contexto social desfavorable, signado por una enorme violencia social, un empobrecimiento de grandes masas de población y una altísima tasa de corrupción que, claro está, también la afecta. En este marco, los reclamos sociales enderezados hacia una mayor seguridad se traducen en respuestas demagógicas que, sin tener en cuenta las causas reales, intentan resolver el problema mediante el otorgamiento a la Policía de mayores posibilidades de intervención en la confrontación con el ciudadano, hecho que trae inevitablemente consigo el riesgo de mayores abusos. Por el otro, la Policía latinoamericana continúa fuertemente influenciada por un modelo de tipo militar, como producto de la continuidad de las policías de la dictadura (sobre todo del Cono Sur), pese a que en las últimas dos décadas la mayoría de los países de la región han retornado a la vida democrática y en algunos sistemas se ha creado una nueva policía civil con funciones de policía judicial (en Brasil, sin embargo, la Policía Civil que lleva a cabo el así llamado *inquerito policial* preparando la acusación formal del Ministerio Público, ya había sido creado en el siglo XIX, igual que la Policía Militar que, por un lado, tiene funciones preventivas y, por otro, investiga los crímenes militares). En todo caso, la situación general de la Policía latinoamericana parece alarmante, especialmente si se tiene presente el papel que ejercieron las policías en muchos países latinoamericanos durante los años de la dictadura.

⁴ BOFILL, Jorge. „Die Strafprozeßreform in Chile: ein Sprung in die Gegenwart“. En: GÖSSEL, Heinz; TRIFFTERER, Otto (editores). *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 441 define al imputado como al “verdadero ofendido del proceso penal”.

⁵ Esa misma evolución tuvo lugar en Europa continental en el siglo XIX, ROXIN, *Derecho procesal penal*, p. 117.

⁶ BERNAL CUÉLLAR, Jaime; FERNANDO DE LA RÚA; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAIER, Julio B. J. *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (editor). Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

⁷ KERN, Eduard. *Gerichtsverfassungsrecht*. München: C.H. Beck, 1965, p. 227; ROXIN, Claus. „Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft“. *Deutsche Richterzeitung*. 1969, p. 385-389, p. 385, 388.

⁸ AMBOS, Kai; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; VOGLER, Richard. *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibañez en cooperación con Friedrich-Ebert-Stiftung y Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2003; AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. “Die Polizei im lateinamerikanischen Rechtsstaat. Eine vergleichende Untersuchung“. *ZStW*. N° 116, 2004, p. 513-540 = BODEMER, Klaus; NOLTE, Detlef; SANGMEISTER, Hartmut (editores). *Lateinamerika Jahrbuch 2004*, Frankfurt a. M.: Vervuert, 2004, p. 69-92.

3.

Si bien las reformas legales o normativas de los sistemas judiciales, especialmente de la justicia penal, a partir de los años 90 del siglo pasado han producido cambios importantes en los planos normativo (nuevos Códigos de Procedimiento Penal) e institucional (creación de nuevos órganos: Tribunales Constitucionales, Consejos de la Judicatura, Defensores del Pueblo, etc.), el **balance** total es mixto. No puede afirmarse contundentemente, como sí lo hacen Pilar Domingo y Marisa Ramos Rollón, que se ha logrado “muy poco” y que “la percepción de cuánto se ha logrado es bastante desalentadora”,⁹ sino es importante analizar el proceso de reforma en torno del **desarrollo histórico legal** de América Latina, comenzando en la época precolombina y pasando por las etapas colonial y republicana. Mientras que hoy día es difícil generalizar, pues hay “muchas” Latinoaméricas, el común denominador de la historia legal fue el **matrimonio entre ley y política** que, a su vez, producía, de manera creciente, el **divorcio entre ley y realidad**. Sin que aquí se pueda entrar en más detalles, dado que ello supondría una investigación aparte, parece bastante claro que la “ley política”, es decir, la politización de la ley o, si se prefiere, el abuso político de la ley, fue el elemento más importante para formalizar (“legalizar”) la opresión y la explotación de las masas pobres, sea de raza indígena o –en tiempos modernos– de descendencia española o portuguesa.¹⁰ La situación se refleja más drásticamente en la época colonial, durante la que miles de leyes y normas fueron promulgados por España (la célebre “Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias” de 1680) y Portugal (las famosas “Ordenações Filipinas” confirmadas por Joao IV en 1643 y vigentes hasta 1917)¹¹ para organizar la explotación y la opresión de las colonias sin tomar en cuenta sus costumbres, deseos y necesidades.¹² En las palabras de Karst/Rosenn: “The diversity of means for transmitting the royal will to the colonists was nearly matched by the diversity of means for colonial administrators to frustrate that will.”¹³ Al mismo tiempo, este abuso de la ley, no para lograr justicia e igualdad para todos, sino para mantener un sistema de injusticia y desigualdad, llevó a su creciente deslegitimación y al ya mencionado divorcio entre la ley y la realidad que se puede resumir en la actitud de los funcionarios de la colonia del “obedezco pero no cumplo.”¹⁴

4.

Esta herencia histórica no terminó y no podía terminar de la noche a la mañana con la independencia. Antes bien, las nuevas repúblicas o, más exactamente, sus clases dirigentes, en su gran mayoría de descendencia española o portuguesa, seguían **usando la ley** como instrumento **para mantenerse en el poder** con sus privilegios de siempre. Si bien la normatividad colonial fue originalmente sustituida por la más liberal de los códigos legales de

⁹ DOMINGO, Pilar; RAMOS ROLLÓN, Marisa. “Reflexiones sobre la reforma judicial en América Latina y el papel de la Cooperación Española”. En: *III Reunión Anual. Red Eurolatinoamericana de Gobernabilidad para el Desarrollo*. Hamburgo: Instituto de Estudios Iberoamericanos, 12 y 13.12.2005, p. 2, 8.

¹⁰ VARGAS LLOSA, Álvaro. *Rumbo a la libertad. Por qué la izquierda y el “neoliberalismo” fracasan en América Latina*. Buenos Aires: Planeta, 2004, p. 21, 31 y s., p. 37 y ss., p. 51 y ss., p. 58 y ss.

¹¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Estudios de historia del derecho indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, p. 71 y ss y passim; KARST, Kenneth; ROSENN, Keith S. *Law and development in Latin America: a case book*. Berkely: UCLA, 1975, p. 34 y ss.

¹² VARGAS LLOSA, *Por qué la izquierda y el “neoliberalismo” fracasan*, p. 51.

¹³ KARST / ROSENN, *Law and development in Latin America: a case book*, p. 37.

¹⁴ GARCÍA-GALLO, Alfonso. “La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. t. 21, 1951, p. 607-730, p. 646 y ss; GARCÍA-GALLO, *Estudios de historia del derecho indiano*, p. 101.

Napoleón, los políticos cambiaron estas normas de acuerdo con sus intereses y, en todo caso, emplearon a los jueces de la República como *sus* intérpretes de *sus* normas dando al famoso proverbio de Montesquieu –“les juges sont le bouche de la loi”– un sentido bien diferente: arbitrariedad política en vez de seguridad legal. Mas allá de eso, “cada nuevo gobierno nombraba o removía jueces como le venía en gana”,¹⁵ para dejar así muy claro que la independencia del Poder Judicial es un valor meramente normativo sin sustento en la vida real de la República.

5.

Contra este trasfondo histórico es evidente que una verdadera reforma judicial en América Latina requiere mucho más que meras mutaciones normativas y que este “plus” debe consistir en **cambios estructurales** que exigen más que solamente unas décadas. Si bien las transformaciones normativas e institucionales ya pueden considerarse logros considerables, sobre todo tomando en cuenta la resistencia de los propios operadores judiciales, es claro que un *approach* puramente normativo resulta igualmente insuficiente, frente a los problemas históricos estructurales, que un *approach* “mecanista”¹⁶ o mono-causal, limitado a resolver problemas específicos con medios predominantemente técnicos y sin tomar en cuenta el contexto social, nacional y cultural.

Sin pretender de darle una solución completa al problema planteado, quiero hacer algunas **sugerencias** desde una perspectiva, ciertamente limitada, académico-universitaria:

- En primer lugar, cada reforma requiere de un **diagnóstico preliminar** para identificar los déficit y defectos que ella pretende subsanar. Un tal diagnóstico es también necesario *ex post* para evaluar los resultados de la reforma. Para hacerlo, es necesario efectuar una investigación empírica y, si se trata de una reforma del sistema penal, esta investigación debe ser criminológica, es decir, ha de tratarse de un análisis interdisciplinario y empírico. Lamentablemente, la **Criminología empírica** no tiene hoy en América Latina el status y la importancia que merece y tiene en Alemania y EE.UU. En efecto, durante muchos años la llamada Criminología crítica dominó el discurso en América Latina (basta mencionar en este lugar como *pars pro toto* la obra de Alessandro Baratta) y este hecho es, sin negar la importancia político criminal de esta vertiente en su momento, una de las causas de la falta de una “cultura empírica” en la Criminología en la región. Con esto no se ignora que existen investigaciones empíricas, incluso de “criminólogos críticos”,¹⁷ pero sí es importante para el proceso de reforma reforzar el desarrollo de la criminología empírica en América Latina, no en últimas también para reducir la dependencia de las estadísticas policiales.

¹⁵ VARGAS LLOSA, *Por qué la izquierda y el “neoliberalismo” fracasan*, p. 58.

¹⁶ DOMINGO / RAMOS ROLLÓN, “Reflexiones sobre la reforma judicial en América Latina y el papel de la Cooperación Española”, p. 14.

¹⁷ Por ejemplo BERGALLI, Roberto. *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona: Sertesa, 1980; MARTÍNEZ-SÁNCHEZ, Mauricio. *¿Qué pasa en la criminología moderna?* Bogotá: Temis, 1990; DEL OLMO, Rosa. *Criminalidad y Criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998; TENORIO, Fernando. *Ciudades seguras*. 5 tomos. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002; GABALDÓN; BIRBECK; NORRIS. “La disposición de usar la fuerza contra el ciudadano: un estudio de la policía en cuatro ciudades de las Américas”. *Capítulo Criminológico*. Maracaibo. v. 31, n° 2, abril-junio 2003, p. 33-77; GABALDÓN, Luis Gerardo. “Fraude electrónico y cultura corporativa”. En: GABALDÓN y otros (editores). *Delincuencia económica y tecnológicas de la información*. Caracas: UCAB, 2004, p. 107-141; BERGMAN, Marcelo. *Delincuencia, Marginalidad y Desempeño Institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República Mexicana*. Distrito Federal, Morelos y Estado de México: CIDE, 2005.

- En segundo lugar, existe consenso entre los “expertos” y los actores de la cooperación judicial nacional e internacional respecto a que la **independencia real del poder judicial** es un presupuesto fundamental para el éxito de una reforma. Está claro que la “ley política” tradicional, la intromisión política en los asuntos de justicia no solamente va en contra del principio constitucional de separación de poderes, sino que hace depender cualquier reforma judicial de la voluntad de los políticos. De hecho, la “ley política” convierte la reforma judicial en una contradicción en los términos, pues, se trata, justamente, de separar política y ley (en la medida de lo posible) para lograr justicia sin arbitrariedades políticas. Esto presupone, claro está, la independencia funcional de los operadores del sistema judicial (jueces, fiscales, funcionarios judiciales) del poder político. El punto de partida de esta independencia es el ingreso al poder judicial (con inclusión del Ministerio Público y/o la Fiscalía) a través de un **sistema de concursos** (carrera judicial profesional) y el reconocimiento, en principio, de la **inamovilidad** laboral de los jueces y fiscales. En este contexto vale la pena recordar también que la **organización judicial** es un factor clave para el éxito de una reforma procesal penal. Para ser muy claro: El mejor Código no sirve para nada si con la reforma del Código no se haga los ajustes necesarios en la organización judicial para hacerla compatible con el nuevo sistema.
- En tercer lugar, y en relación directa con el punto anterior, no sobra anotar que la mayor parte de los países latinoamericanos han optado por reformas judiciales en un contexto que ha sido empujado por las necesidades de **mayor celeridad** de la administración de justicia, y una posibilidad de resolución de los conflictos que favorece ampliamente un modelo de administración de justicia proclive a restarle al Estado tareas que tradicionalmente han sido parte de su resorte. En este sentido la **influencia** de ordenamientos e institutos **extranjeros**, principalmente provenientes del derecho anglosajón, han significado un choque cultural que a diferencia de la discusión comparada e histórica de otras tradiciones jurídicas, por ejemplo, las Europeas (España, frente al derecho Alemán, o Alemania frente a EE.UU.), no ha permitido aclimatar de manera racional las reformas judiciales. En efecto, las reformas legales le han dado importancia mayúscula a la **oralidad** en los procedimientos, los institutos de aceleración o culminación procesal anticipada e incluso se nota una tendencia severa a la **privatización** de la justicia en otros sectores por las vías de negociación de penas, conciliación extrajudicial, arbitraje judicial privado, amigable composición etc. Pero como es obvio, este tipo de medidas no se pueden adecuar únicamente con leyes formales, sino también con estudios claves sobre su conveniencia y su compatibilidad frente a sistemas legales que tradicionalmente han operado con supuestos históricos distintos, en los que la iniciativa privada en la administración de justicia o la liberalización de los conflictos a las partes con una mínima intervención estatal puede ser observada con profunda desconfianza, por las consecuencias de desigualdad en la aplicación del derecho. Se nota que los institutos jurídicos foráneos sufren una transformación que a veces realmente corresponde a una verdadera desfiguración de los intereses estatales frente a la administración de justicia. Así, por ejemplo, se puede observar que en el campo penal la **negociación de penas** (*plea bargaining*) si bien se gana el objetivo de aceleración se pierde en lo relacionado con la formulación de una administración paritaria para casos similares. La aplicación en Colombia, por ejemplo, de la negociación de penas a narcotraficantes o guerrilleros replica las dificultades que en su tiempo tuvo Italia con el tratamiento legal del mismo fenómeno criminal (*pentiti*). Igualmente, en el campo privado se ha promovido la búsqueda de un modelo de juez más cercano al arbitro que se proyecta a revitalizar la institución del **arbitrio judicial privado**, con lo cual se gana en eficiencia por la

terminación del conflicto que resulte aceptable para las partes, pero se pierde en calidad de la administración de justicia por aquello que se refiere a los patrones tradicionales de una decisión ajustada absolutamente a derecho. En igual medida, este modelo resulta a veces incompatible con las exigencias de una administración de justicia que históricamente le da determinadas prioridades en la solución de conflictos a la función estatal (modelo proveniente de Francia desde el siglo XIX). Es el caso de la figura del arbitraje judicial aplicado a los conflictos derivados de contratos administrativos. En este punto se observa la resistencia por los posibles factores de corrupción que se derivan del modelo básicamente prohiado por los sistemas anglosajones, principalmente EE.UU.

- Finalmente, la otra cara de la medalla es, sin embargo, la **calidad institucional de los operadores** del sistema. Si bien el sistema de concursos para ingresar al poder judicial o al Ministerio Público puede funcionar como filtro, la demanda siempre depende de la oferta. En otras palabras: si un poder judicial o Ministerio Público estatal, nacional o federal necesita un cierto número de jueces o fiscales va a tener que seleccionar entre los que se presentan y ellos son producto del **sistema universitario**. La calidad de los operadores depende fundamentalmente, entonces, del nivel del sistema universitario, de la formación que reciban los estudiantes de Derecho en las universidades del país. Si este sistema no es capaz de producir egresados bien formados, es decir, juristas que no solamente sepan de memoria todas las normas de sus códigos, sino que también conozcan y entiendan los conceptos teóricos que están detrás, los métodos de argumentación jurídica, algo de la Ciencia jurídica y su Dogmática así como de la investigación científica, cualquier reforma estará condenada al fracaso por falta de actores capaces de implantar las nuevas ideas y doctrinas. Esto quiere decir que cualquier reforma judicial implica siempre, por lo menos, un cambio del sistema de formación en cuanto a su contenido; es también posible, sin embargo, que se necesite más, a saber, una **reforma radical** dirigida al método de enseñanza, a la calidad de los profesores, etc. Si las Universidades siguen pagando poco a sus profesores solamente van a encontrar jueces, fiscales o abogados litigantes para la enseñanza y ellos normalmente – casos excepcionales confirmen la regla – solamente pueden enseñar lo que hacen, es decir, la práctica del sistema procesal que se pretende superar. En este contexto vale la pena señalar que el sistema del concurso también tiene que ser aplicado en las universidades y que los estudios de postgrado realizados en centros de excelencia reconocidos tanto del país, como extranjeros deben ser tomados en cuenta en el reclutamiento de los profesores. Hoy en día, en muchos países de América Latina la capacitación prestada a los jueces y fiscales en el marco de la cooperación internacional cumple, de hecho, la función de superar los déficits de la formación universitaria local.